



UNIVERSIDADE  
**FUMEC**

**MESTRADO  
EM DIREITO**

Programa de  
Pós-Graduação  
Stricto Sensu



**COORDENADORES**

Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes  
Laís Alves Camargos  
Fabrício Veiga Costa  
Sérgio Henriques Zandona Freitas

# **Desafios Jurídico- Constitucionais ao Direito Privado na Contemporaneidade Democrática**

## **AUTORES**

|  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| Adelson Gomes dos Santos                 | Jéssica Evellyn Batista Ribeiro      |
| Adriano da Silva Ribeiro                 | João Carlos Lopes Resende            |
| Ailana Silva Mendes Penido               | Johnatan da Costa Machado            |
| Alessandra Lage Martins                  | Jorge Heleno Costa                   |
| André Luiz Lima Soares                   | José Querino Tavares Neto            |
| Bruno Alves Apolinário                   | Laís Alves Camargos                  |
| Bruno Paiva Bernardes                    | Larissa Stephanie Pimentel de Souza  |
| Caio Augusto Souza Lara                  | Letícia da Silva Almeida             |
| Camila Drummond Lisa                     | Letícia Mendonça Gonzaga             |
| Camila Soares Gonçalves                  | Lucas Candini Soares                 |
| Claudionir Sebastião Maria               | Lucas Gonçalves da Silva             |
| Dardiane Pereira da Silva                | Márcio Eduardo Senra Nogueira        |
| Deilton Ribeiro Brasil                   | Pedrosa Morais                       |
| Eduardo Marinho Santana Júnior           | Marianna Keller Lima Coelho          |
| Fabrício Veiga Costa                     | Nilo Augusto Remígio Raposo          |
| Flávia Baracho Lotti Campos de Souza     | Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes  |
| Flávia Guimarães Campos Paulino da Costa | Paulo Márcio Reis Santos             |
| Frederico Cordeiro Martins               | Rafael da Silveira Teodoro           |
| Gabriela Oliveira Freitas                | Roberta Maciel Campolina             |
| Giovanni Galvão Vilaça Gregório          | Rogério Borba da Silva               |
| Gláucia Milagre Menezes                  | Sérgio Henriques Zandona Freitas     |
| Gristianne Pimenta Reis                  | Stephanie Almeida da Silveira Santos |
| Ilan Lansky                              | Wilson Engelmann                     |
| Ivan Dias da Motta                       | Valmir Cesar Pozzetti                |
| Izabela Arnoldo Rubinich                 | Valter Moura do Carmo                |
| Jean Carlos Dias                         | Viviane Toscano Sad                  |
| Jean Philippe Silva Pinto                |                                      |

## **PREFÁCIO**

Rogério Medeiros Garcia de Lima



**UNIVERSIDADE  
FUMEC**

#### REITORIA

##### Reitor:

Prof. Dr. Fernando de Melo Nogueira

##### Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

##### Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

##### Pró-Reitor de Pós-Graduação,

##### Pesquisa e Extensão:

Prof. Dr. Henrique Cordeiro Martins

#### FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

##### Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

##### Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

##### Presidente do Conselho Executivo:

Prof. Dr. Air Rabelo

#### FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

##### Diretor Geral:

Prof. Dr. Rodrigo Suzana Guimarães

Rua Cobre, 200, Cruzeiro – Belo

Horizonte/MG – CEP 30310-190

(31) 3228-3090 – www.fumec.br

#### PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FUMEC (PPGD):

##### Coordenador:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

##### Docentes:

André Cordeiro Leal

Antônio Carlos Diniz Murta

Carlos Victor Muzzi Filho

Daniel Firmato de Almeida Gloria

Danúbia Patrícia de Paiva

Frederico de Andrade Gabrich

Gabriela Oliveira Freitas

Lucas Moraes Martins

Luciana Diniz Durães Pereira

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

Paulo Márcio Reis Santos

Rafhael Frattari Bonito

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Sérgio Henriques Zandona Freitas

##### Estágio de Pós-Doutoramento

Professor Dr. Adriano da Silva Ribeiro

##### Conselho Editorial – Universidade FUMEC

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Profa. Ketnes Ermelinda Guimaraes Lopes Costa

Profa. Dra. Renata de Sousa da Silva Tolentino

Bibliotecária Ma. Priscila Reis dos Santos

##### Projeto Gráfico:

Rodrigo Tito Moura Valadares / Leonardo Ferreira

Costa / Therus Santana

##### Editoração Eletrônica:

Therus Santana / Tecnologia da Informação

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D441 Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática / Coordenadores Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes, Laís Alves Camargos, Fabrício Veiga Costa, Sérgio Henriques Zandona Freitas. - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2022.

Obra publicada em Portable Document Format (PDF)

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-88864-06-7

1. Direito privado. 2. Direito civil. 3. Direito de família. 4. Defesa do consumidor - Legislação. I. Título. II. Lopes, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. III. Camargos, Laís Alves. IV. Costa, Fabrício Veiga. V. Freitas, Sérgio Henriques Zandona.

CDU: 347

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Copyright © 2022 Universidade FUMEC. Todos os direitos reservados pela Universidade FUMEC. As opiniões emitidas e informações contidas nos capítulos e seções da obra são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial de capítulos ou seções desde que citada a fonte.



Obra sob Licença Creative Commons  
Atribuição 4.0 Internacional

# DESAFIOS JURÍDICO- CONSTITUCIONAIS AO DIREITO PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE DEMOCRÁTICA

A presente obra recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Editais N. 01/2020 – ProPIC 2020/2021 e N. 01/2021 – ProPIC 2021/2022 de Incentivo para Produção Científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado.

Todos os textos foram submetidos à banca de professores, com defesa e aprovação, e também submetidos ao Conselho Editorial da Universidade FUMEC.

A presente obra está disponibilizada no Repositório Institucional da Universidade FUMEC, com acesso aberto pelo link: <https://repositorio.fumec.br/>

O Repositório Institucional visa centralizar, preservar, tornar acessível e disseminar a produção científica e intelectual da Universidade FUMEC e de parceiros conveniados, buscando os índices de impacto exigidos pela CAPES.

# SUMÁRIO

## DIREITO DIGITAL

### **CAPÍTULO 01.** SMART CONTRACTS: NOVAS FRONTEIRAS ENTRE A LEI E A INTERNET .....16

Izabela Arnoldo Rubinich  
Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes  
Laís Alves Camargos  
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

### **CAPÍTULO 02.** BITCOIN: ANÁLISE SOB A ÓTICA JURÍDICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO BRASIL.....33

Jean Philippe Silva Pinto  
Frederico Cordeiro Martins  
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

### **CAPÍTULO 03.** OS IMPACTOS CAUSADOS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS EMPRESAS..... 44

Lucas Candini Soares  
André Luiz Lima Soares  
José Querino Tavares Neto

### **CAPÍTULO 04.** AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E OS ÓRGÃOS REGULADORES: A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS COMO DESAFIO AO DIREITO ...59

Adelson Gomes dos Santos  
Flávia Baracho Lotti Campos de Souza  
Valter Moura do Carmo

### **CAPÍTULO 05.** RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR INCIDENTES DE SEGURANÇA DE DADOS: ANÁLISE CRÍTICA DA LGPD, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL ..... 72

Marianna Keller Lima Coelho  
Ailana Silva Mendes Penido  
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

### **CAPÍTULO 06.** O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA EM FACE DOS PORTAIS ELETRÔNICOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA..... 88

Jéssica Evellyn Batista Ribeiro  
Jorge Heleno Costa  
Deilton Ribeiro Brasil

## DIREITO CIVIL

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO 07.</b> A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....   | 110 |
| João Carlos Lopes Resende<br>Bruno Alves Apolinário<br>Lucas Gonçalves da Silva   |     |
| <b>CAPÍTULO 08.</b> A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR APÓS A ENTREGA DA OBRA.....  | 127 |
| Claudionir Sebastião Maria<br>Eduardo Marinho Santana Júnior<br>Caio Augusto Souza Lara   |     |
| <b>CAPÍTULO 09.</b> RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ERRO MÉDICO E A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGES NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS ORIUNDAS DE TAL CONDUTA..... | 144 |
| Rafael da Silveira Teodoro<br>Flávia Guimarães Campos Paulino da Costa<br>Valmir Cesar Pozzetti   |     |
| <b>CAPÍTULO 10.</b> A DESJUDICIALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA .....  | 161 |
| Johnatan da Costa Machado<br>Camila Soares Gonçalves<br>Jean Carlos Dias  |     |
| <b>CAPÍTULO 11.</b> CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO E VEDAÇÃO À LOCAÇÃO POR MEIO DO AIRBNB.....   | 179 |
| Camila Drummond Lisa<br>Bruno Paiva Bernardes<br>Rogério Borba da Silva   |     |

## DIREITO DO CONSUMIDOR

|  |     |
|--|-----|
| <b>CAPÍTULO 12.</b> DOS LIMITES DO CONSENTIMENTO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMADA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ..... | 193 |
| Dardiane Pereira da Silva<br>Gláucia Milagre Menezes<br>Wilson Engelmann   |     |
| <b>CAPÍTULO 13.</b> A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM FACE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA .....                          | 211 |
| Letícia Mendonça Gonzaga<br>Nilo Augusto Remígio Raposo<br>Sérgio Henriques Zandoná Freitas                            |     |
| <b>CAPÍTULO 14.</b> O MERO DISSABOR À LUZ DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR .....                            | 228 |
| Ilan Lansky<br>Giovanni Galvão Vilaça Gregório<br>Paulo Márcio Reis Santos   |     |

## DIREITO DE FAMÍLIA

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO 15.</b> DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS POST MORTEM .....                    | 243 |
| Gristianne Pimenta Reis   |     |
| Adriano da Silva Ribeiro  |     |
| Laís Alves Camargos   |     |
| Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes   |     |
| <b>CAPÍTULO 16.</b> A ANÁLISE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....       | 256 |
| Alessandra Lage Martins   |     |
| Roberta Maciel Campolina  |     |
| Gabriela Oliveira Freitas   |     |
| <b>CAPÍTULO 17.</b> A RESPONSABILIDADE PARENTAL NO TOCANTE AOS EMBRIÕES .....       | 272 |
| Larissa Stephanie Pimentel de Souza   |     |
| Viviane Toscano Sad   |     |
| Ivan Dias da Motta  |     |
| <b>CAPÍTULO 18.</b> O CONTRATO DE NAMORO E SEUS ASPECTOS JURÍDICO-PATRIMONIAIS..... | 288 |
| Letícia da Silva Almeida  |     |
| Stephanie Almeida da Silveira Santos  |     |
| Fabrcio Veiga Costa   |     |

# PREFÁCIO

Quando julgava uma causa, não era ele quem julgava, era a lei, mas, quando esta era demasiado severa, sabia temperá-la, e, se não havia leis sobre a matéria, a sua equidade as criava. (VOLTAIRE, 1983, p. 28).

Recebi o honroso convite para prefaciar este excelente livro intitulado ***Os desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática***.

Reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) de bacharéis em Direito pela Universidade FUMEC (Belo Horizonte), aprovados com o grau de excelência, revisados e complementados por egressos e mestrados do Programa de Pós-Graduação ***Stricto Sensu*** em Direito da Universidade FUMEC, bem como por docentes de PPGDs das cinco regiões do país, dentre eles UNISINOS, UIT, VEIGA DE ALMEIDA, UNICESUMAR, CESUPA, UFS, UFG, UFAM, UFT, DHC, FADIVALE, EJEJF-TJMG e da própria Universidade FUMEC.

É uma iniciativa inédita na literatura jurídica brasileira, conforme registro dos Professores Laís Alves Camargos, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes, Fabrício Veiga Costa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, coordenadores da obra.

Os trabalhos são classificados por temas: Direito Digital, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito de Família.

Todos contêm:

uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o Direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica, vez que acurada a reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Privado Contemporâneo. (LOPES; CAMARGOS; COSTA; FREITAS, 2022, p. 46-47).

Farei um ligeiro retrospecto histórico.

---

Como citar o presente prefácio:

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Prefácio. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 7

Segundo Maria Helena Diniz, no século XIX, com a preponderância do **exegetismo**, a Ciência do Direito identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita:

(Chegou-se) a admitir que os códigos, elaborados de modo racional, eram expressão humana do direito natural; por isso o estudo do direito deveria reduzir-se a mera exegese dos códigos. [...] Como o (Código de Napoleão), publicado em 1804, unificou o direito civil francês, os juristas entenderam que deviam fazer apenas a exegese do texto legal, ficando, assim, a ciência do direito reduzida à mera tarefa de exegetas. Tal se deu porque toda época de recente codificação é idólatra da lei, que se apresenta no corpo dos Códigos como algo completo e acabado. O racionalismo buscava a simetria, a construção lógica perfeita, o que levou à utopia. (DINIZ, 1995, p. 46-47).

Nuno Gomes da Silva explanou sobre a codificação em Portugal, no século XIX:

É ao individualismo que vai caber a tarefa de levar por diante a promulgação de **Códigos**, isto é, de diplomas legislativos, cientificamente sistematizados e organizados, abrangendo um importante ramo ou sector da vida jurídica. A ideia de uma codificação geral e conjunta de todos os ramos do direito tivera como última expressão – pelo menos no plano oficial – a tentativa do **Novo Código**. “De acordo com fundamentação já lançada pelo **Iluminismo**, entende-se que grande parte dos males que afligem a sociedade provêm da existente pluralidade de **fontes de direito** (lei, costume, estilo, direito romano, direito canónico) e da abundância desordenada de **normas extravagantes**. Há, pois, que unificar, sistematizar, simplificar; há que considerar como única fonte a lei e que conservar, em vigência, poucas e claras leis. Em resumo: **só a lei e poucas e claras leis**. (GOMES DA SILVA, 2011, p. 496-499).

O espírito iluminista do século XIX influenciou a elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916, na erudita lição de Orlando Gomes:

A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. “Esse predomínio viera da sociedade colonial, ‘dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática’, que criara uma forma de organização social infensa à politização. A emancipação política do país não modificaria fundamentalmente essa estrutura. A sua classe política seria constituída pelas famílias que detinham a propriedade territorial e o monopólio de mando, tendo como seus representantes, embora dela distanciados pelo pensamento, pela educação literária e pela cultura, os doutores, que agiam em defesa de seus interesses, por tradição por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo esse poder. [...] “Por esse interesse fundamental explicam-se (as inclinações ideológicas das oligarquias brasileiras). Para defendê-lo, encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização. Os expoentes da intelectualidade brasileira de então, situados na classe média, inspiravam-se, por isso mesmo, no pensamento e nas formas políticas de povos mais adiantados, transplantando para o nosso solo instituições alienígenas, que nessas regiões começavam a murchar. O desenvolvimento das metrópoles, então dependente da atividade econômica da burguesia mercantil,

interessava fundamentalmente às classes médias, e, de modo particular à elite intelectual. (GOMES, 2003, p. 18, 19 e 27).

Caio Mário da Silva Pereira acentuava:

Costuma-se dizer, não sem certa amarga procedência, que o Código Civil de 1916, pela presença, em alguns aspectos preponderantes, do pensamento conservador e misoneísta, foi um monumento que já nasceu velho. E é precisamente pela necessidade de sua atualização que todo este esforço está sendo empenhando. Pois o Anteprojeto de 1972, pela muita timidez que revela, pelo divórcio que reflete em relação ao progresso da ciência jurídica, abdica da circunstância de ser o Código moderno de um povo vanguardeiro, em troca do comodismo das soluções passadistas. (PEREIRA, 1980, p. 139).

Não obstante, Miguel Reale celebrou o advento do Novo Código Civil de 2002:

Não se tratava de mera mudança de artigos, mas de tomada de posição perante o problema da codificação exigida pelo País, à luz de outros paradigmas de ordem ética e política, uma vez que o Código em vigor fora elaborado para uma nação predominantemente agrícola, com reduzida população urbana, sem os imensos problemas sociais do Brasil contemporâneo. (REALE, 2003, p. 24-25).

Acrescente-se o desenvolvimento da informática, a revolucionar as sociedades desde o final do século XX: "A irrupção da internet, ou seja, de uma rede mundial de circulação das mensagens, das ideias, das informações, dos discursos, no momento em que se fala de 'mundialização' das trocas e de 'globalização' dos mercados, parece abrir uma nova era na história da humanidade" (LECLERC, 2000, p. 7).

Enfim, salientou César Fiuza, desde a década de 1970 já se admitia a impossibilidade fática de um Código Civil abrangente de todo o sistema:

Seu lugar deveria ser apenas o centro desse sistema. A descodificação e o surgimento dos microssistemas já era realidade palpável. Aí entra em crise a sistematização. [...] "Se, por um lado, o Código Civil ocupava o centro do sistema, por outro, em sua periferia, nos entornos do Código, começaram a se formar pequenos microssistemas: o da família e dos menores; o do inquilinato; o dos contratos imobiliários; o dos condomínios; o dos títulos de crédito; o do consumidor, sem falar em microssistemas que, de certa forma, desde o início, se tornaram independentes, como o do trabalho. "Esses microssistemas, apesar de girarem em torno do Código Civil, têm vida própria. São, em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só de Direito Privado, como também de Direito Público. É o que ocorre, por exemplo, com os microssistemas do consumidor, da família e outros. (FIUZA, 2003, p. 86-88).

*Pari passu*, avultou a centralidade da Constituição no sistema jurídico. Professava Orlando Gomes, ao descrever o intervencionismo do Estado na ordem econômica e social:

Dado que a tendência **dirigista** não significa o fim do capitalismo nem é método gradualista para alcançar o socialismo, as medidas interventivas têm caráter excepcional, significação singular e fonte jurídica na Constituição. A **intervenção do Estado** plasma um **regime híbrido** caracterizado por

uma **economia** expressa na 'convergência liberalismo-dirigismo', em virtude da qual passam a se interpenetrar **o direito público e o direito privado, o direito constitucional e o direito civil**. Muito embora atinjam as principais **instituições do direito privado**, fundamentalmente **a propriedade e o contrato**, a nova função desses institutos passou a ser definida na Constituição. (GOMES, 1986, p. 14).

E arrematava:

Dentre as razões invocadas para demonstrar que [...] está na hora de 'despedir o Código Civil', apontam-se: [...] a quotidiana e penetrante conquista do território do Código por leis avulsas [...]; a perda do valor constitucional do código e a imigração para a Constituição de institutos básicos do direito privado no intento de resguardar importantes interesses privados contra os atentados da legislação ordinária e de defendê-las da 'ameaça do totalitarismo tecnocrático' (GIORGIANNI, COTTA); [...] a proliferação de microssistemas ou pequenos universos legislativos; [...] a caducidade dos termos ideais da codificação tais como 'a utopia de um direito traçado pela razão para todos os homens e a confiança na criatividade espontânea da consciência popular' (idem); [...] a instabilidade e a precariedade das leis, decorrentes da velocidade das transformações determinadas pelo desenvolvimento do país, tão agudas que, mal publicadas, são modificadas, corrigidas ou substituídas; [...] o esvaziamento do código civil a partir do momento em que deixou de ser o estatuto orgânico da vida privada – o breviário da vida civil, como disse RIPERT –, desde que perdeu a generalidade, a completude e a imutabilidade [...]. Normas disciplinadoras de relações jurídicas entre particulares emigraram para a Constituição. [...] As novas Constituições, elaboradas com aperfeiçoamento do modelo alemão da constituição republicana de Weimar, conservaram o patrimônio das liberdades políticas e civis, mas se enriqueceram com novas figuras jurídicas que representam, em grande parte, uma projeção dos conteúdos e formas de legislação ordinária. As novas Constituições passaram a ser, no conceito de IRTI, o centro do universo jurídico. (GOMES, 1986, p. 132, 133, 148-149).

Fala-se hodiernamente na **constitucionalização do direito infraconstitucional**. Originária da Alemanha e Itália, a teoria irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (BARROSO, 2005, p. 21).

O jurista italiano Pietro Perlingieri dissertou:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores

e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individualização dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas. (PERLINGIERE, 2002, p. 6).

Não se omitta que, no Brasil, a Constituição de 1988, no âmbito das relações entre particulares, mostrou-se coerente com a evolução processada no Direito Privado, tanto ao nível doutrinário, quanto jurisprudencial. Acolheu soluções que têm sido adotadas no Direito interno e no Direito dos países mais desenvolvidos, à luz da realidade fática. A nova Carta sacramentou, para a regência das relações privadas, noções éticas, sociais, políticas e econômicas, que as sociedades modernas têm firmado nos países mais desenvolvidos de inspiração romano-cristã. Dentre outros, França, Itália, Alemanha, Espanha e Portugal. Assim, as ideias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social norteiam a necessária reforma da legislação ordinária. A ênfase nos aspectos morais produz consequências no âmbito dos direitos obrigacionais, na teoria dos contratos, na teoria da responsabilidade civil, no relacionamento familiar (este influenciado pelas noções de igualdade entre homem e mulher e paridade entre os filhos, dentre outros posicionamentos específicos), no plano dos direitos intelectuais e em outros campos da vida privada. (BITTAR, 1991, p. 25-26).

Os publicistas, por sua vez, apontam a nova conformação do Estado de Direito:

Os estudiosos do tema Estado de Direito procuram demonstrar que a expressão admite um sentido formal, que designa a exigência de submissão do Estado à lei, e um sentido material, que exige seja observada a **justiça** na aplicação da lei. É a ideia a que nos referimos sobre as inovações trazidas pelo modelo do Estado Democrático de Direito: aquele em que o poder público deve obediência à lei e ao direito, na conhecida fórmula inserida na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. (DI PIETRO, 2012, p. 27).

Não discrepa a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROGRAMA NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA. RETIRADA IMOTIVADA DE ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO SOCIAL À MORADIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC DE 1973. 1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. 2. Cuida a hipótese sob exame de Ação proposta pelo Ministério Público Federal com o escopo de obstar a retirada imotivada em 24 horas, pelo Incra, de entidade familiar, em situação de hipossuficiência, do local em que residem há 12 anos, situado no lote 36 do Projeto de Assentamento Nhundiaquara/Gleba Pantanal - Município de Morrentes/RS. 3. O Tribunal regional concluiu pela ilegitimidade ativa do MPF para ajuizar a demanda, pois não haveria inequívoco interesse social a justificar a

atuação ministerial, mas mero interesse privado do casal de assentados em permanecer no Programa Nacional de Reforma Agrária, apesar de não ter condição compatível com as normas de seleção de assentados. 4. O art. 6º, VII e XIV, da LC 75/1993 prevê como competência do Ministério Público a promoção de inquérito civil para a proteção de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, 'd'), conferindo-lhe, ainda, competência para promoção de 'outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 6º, XIV). 5. Ademais, o Parquet possui competência para tutelar interesse de entidade familiar, pois o direito social à moradia não atinge apenas o casal, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Cuida-se, portanto, de direito individual indisponível, sobre o qual não pode transigir. 6. **Hodiernamente, não podemos perder de vista a evolução do direito civil, com a sua crescente constitucionalização, principalmente com a entrada em vigor do novel Código Civil, que possibilita a proteção plena da pessoa humana contra a ingerência do Estado. Sem esquecer que o direito à moradia se constitui em um direito da personalidade, por isso é inato e indisponível.** Dessarte, não existe dúvida sobre a legitimidade ativa do MPF. 7. Recurso Especial parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1602907/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017). (BRASIL, 2017, grifo nosso).

O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, 'há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro.' 'Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (**Les Forces Créatives du Droit**, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado'; 'deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada', pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta (trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial nº 196-RS). (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1990, p. 170-173).

Concluo: a presente obra compila trabalhos condizentes com o espírito da nossa época, ao conferir à Constituição centralidade no sistema jurídico e assim enfocar os temas escolhidos.

É leitura valiosa.

**Rogério Medeiros Garcia de Lima**

*Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor universitário. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4429284307402203>.*

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 21, abr./jun. 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial (REsp.) n. 1602907/PR. Rel. Ministro Herman Benjamin, Julgado em 27/06/2017. **DJe**, 30 jun. 2017.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (organizador). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: fontes de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- LECLERC, Gérard. **A sociedade de comunicação: uma abordagem sociológica e crítica**. Trad. Sylvie Canapé. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2000.
- LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Apresentação. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reformulação da ordem jurídica e outros temas**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 79, n. 651, jan. 1990. 416 p.
- VOLTAIRE. **Contos**. Trad. Mario Quintana. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

# APRESENTAÇÃO

A presente obra intitulada “DESAFIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS AO DIREITO PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE DEMOCRÁTICA” é um projeto institucional que envolve docentes, discentes e egressos do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC e do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD), nível mestrado, da Universidade FUMEC, pesquisas integradas e co-participadas com docentes doutores de outros PPGDs do país como a UNISINOS, UIT, VEIGA DE ALMEIDA, UNICESUMAR, CESUPA, UFS, UFG, UFAM, UFT, DHC, FADIVALE e EJEJ-TJMG.

Trata-se de um projeto que se consolida pela aprovação e indicação de publicação de excelentes Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) de bacharéis em Direito pela Universidade FUMEC, revisados, acrescidos e evoluídos por docentes de PPGDs de todas as regiões do país, integrando as pesquisas em obra inédita no Brasil.

Os melhores Trabalhos de Conclusão de Curso de Direito Privado foram selecionados e, na sequência, mestrandos(as), mestres(as), doutorandos(as) e doutores(as) da Universidade FUMEC e de PPGDs parceiros do país, os aperfeiçoaram e atualizaram com a finalidade de compor a presente obra.

Os artigos seguem linha de pesquisa na “Autonomia privada, regulação e estratégia” do PPGD FUMEC, apresentando argumentações jurídicas de Direito Digital, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito de Família, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

A obra é resultado do desejo de seus coordenadores, bem como da vontade e dedicação de todos os autores e autoras que se orgulham de seus trabalhos e pesquisas. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o Direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica, vez que acurada a reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Privado Contemporâneo.

A pesquisa somente foi possível pelo apoio acadêmico dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado; bem como o apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto

---

Como citar a presente apresentação:

LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Apresentação. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 14

de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Editais N. 01/2020 – ProPIC 2020/2021 e N. 01/2021 – ProPIC 2021/2022 de Incentivo para Produção Científica), bem como pelo empenho de graduandos, graduados, mestres e mestrandos, doutorandos e doutores em Direito, que dedicaram seus esforços para testificar os institutos de Direito Privado em vigor e não se intimidaram em questionar o ordenamento jurídico brasileiro em busca de melhorias para a gestão da esfera privada no Direito pátrio.

Aos queridos autores e leitores, fraternalmente, os coordenadores da obra expressam o agradecimento, e o incentivo para a pesquisa, como fonte primeira para os avanços na ciência jurídica do Brasil.

*Belo Horizonte, Dezembro de 2021.*

### **Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes**

*Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.*

*E-mail: pauloricaldoni@gmail.com.*

*Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.*

### **Laís Alves Camargos**

*Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil. Coordenadora Adjunta e Editora Chefe das Revistas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenadora dos encontros do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) e integrante do Observatório de Pesquisa (projeto da Processualistas vinculado ao Grupo de Pesquisa Processo Civil Contemporâneo da UFC). Parecerista de periódicos. Professora universitária. Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.*

*E-mail: laisalves8@gmail.com.*

*Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7573071908977176>*

### **Fabício Veiga Costa**

*Doutor em Direito – PUCMINAS. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE.*

*Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.*

### **Sérgio Henriques Zandona Freitas**

*Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP).*

*Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>*

*Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>.*

*E-mail: [sergiohzf@fumec.br](mailto:sergiohzf@fumec.br).*

*Site: [www.imdp.com.br](http://www.imdp.com.br) e [www.zandona.pro.br](http://www.zandona.pro.br).*

# 01

CAPÍTULO

# SMART CONTRACTS: NOVAS FRONTEIRAS ENTRE A LEI E A INTERNET

IZABELA ARNOLDO RUBINICH<sup>1</sup>

PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES<sup>2</sup>

LAÍS ALVES CAMARGOS<sup>3</sup>

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS<sup>4</sup>

## RESUMO

O presente estudo envolve a análise das tecnologias *Smart Contracts* e *Blockchain* em face ao Direito dos Contratos. Assim, busca-se analisar a teoria geral dos contratos para identificar se os contratos inteligentes inseridos em uma *blockchain* preenchem os requisitos de validade, existência e eficiência. Além disso, busca-se utilizar a figura de *Judges as a Service* na arbitragem e os Contratos Ricardianos para trabalhar a dinâmica entre o Direito tradicional e novas tecnologias. Utilizou-se o método dedutivo e pesquisa científica, tendo como referencial teórico o Código Civil e o artigo *Blockchain, smart contracts e Judge as a service* no Direito brasileiro.

**Palavras-chave:** smart contracts; blockchain; judges as a service; contratos ricardianos; arbitragem.

## ABSTRACT

*The present study analyzes the Smart Contracts and Blockchain technologies by the perspective of the Contracts Right. Thus, seek to investigate the general theory of contracts to identify whether smart contracts inserted in a blockchain meet the requirements of validity, existence and efficiency. In addition, seeks to use the figure of the Judge as a Service in arbitration and Ricardian Contracts to work the dynamics between traditional law and new technologies. The deductive method and scientific research were used, having as theoretical reference the Civil Code and the article Blockchain smart contracts and Judge as a service in Brazilian legislation.*

**Keywords:** smart contracts; blockchain; judges as a service; ricardian contracts; arbitrage.

1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: izabelarubinich@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3187148799598861>

2 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Pesquisador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

3 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-graduada em Direito Público. Professora universitária. Coordenadora Adjunta e Editora Chefe das Revistas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) e do Observatório de Pesquisa (projeto da Processualistas vinculado ao Grupo de Pesquisa Processo Civil Contemporâneo da UFC). Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: laisalves8@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7573071908977176>.

4 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br. Site: [www.imdp.com.br](http://www.imdp.com.br) e [www.zandona.pro.br](http://www.zandona.pro.br).

### Como citar o presente artigo científico:

RUBINICH, Izabela Arnoldo; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Smart contracts: novas fronteiras entre a lei e a internet. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 17.

## 1 INTRODUÇÃO

O avanço dos tempos e tecnologias modificam profundamente a forma com que as pessoas interagem e, conseqüentemente, os modelos de contratação precisam evoluir para acompanhar os novos tempos. A Lei Modelo da UNCITRAL (*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*) sobre Comércio Eletrônico, já em 1996 institucionalizou os contratos eletrônicos, estabelecendo diretrizes jurídicas e sociais para o uso nos meios digitais de comunicação (ONU, 1996). Após, os contratos digitais evoluíram no decorrer dos anos, culminando nos *Smart Contracts* ou Contratos Inteligentes, os quais tiveram suas aplicações majoradas com o advento da tecnologia *blockchain*, cunhado em 1996, pelo cientista da computação e criptógrafo americano Nick Szabo.

Devido à complexidade técnica envolvendo tais inovações, buscou-se, através da pesquisa bibliográfica e documental, apresentar uma introdução ao tema, expondo o conceito e o funcionamento da tecnologia *blockchain*, com foco nos *smart contracts*.

O tema reflete um novo contexto dentro do Judiciário Brasileiro, especialmente se considerada a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), que reforça variados princípios contratuais, integralmente aplicáveis aos *Smart Contracts*, como a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a livre iniciativa.

Por esta razão, tendo por referencial os estudos desenvolvidos nessa área, pelo Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS)<sup>5</sup>, pretendeu-se analisar a possibilidade da criação de um juízo arbitral especializado na matéria alvo de conflito, contribuindo para a elucidação do problema da atuação do judiciário, frente a nova tecnologia.

Encontrar uma forma de regularizar a situação dos contratos inteligente, tanto no campo legal tradicional, quanto no ciberespaço, possibilitando ampla compreensão nos dois vieses é problema ainda a ser resolvido. De tal maneira que o Direito, como ciência jurídica e seus operadores devem contribuir para o fortalecimento de um ambiente propício às políticas de inovação da Internet.

## 2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO

Os contratos encontram-se no âmbito dos negócios jurídicos bilaterais, sendo compreendidos como o acordo de vontades ou necessidades, pelos quais as pessoas formam um vínculo jurídico. Dessa forma, se estabelece uma regulamentação de interesses entre as partes, uma obrigação que ocasiona na criação, modificação ou extinção de relações patrimoniais (GAGLIANO, 2016).

Para que o negócio jurídico seja válido (artigo 104 do Código Civil), devem ser observados os planos da existência, validade e eficácia, representados pelo agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma adequada (prescrita ou não defesa em lei) (BRASIL, 2002). Sendo assim, ao cumprir os três planos tem-se que o ato existe, atende aos

---

5 O IRIS é um centro de estudos independente fundado em Belo Horizonte, Minas Gerais, que busca investigar os desdobramentos da Internet sobre a sociedade contemporânea.

elementos exigidos pela lei e produz efeitos jurídicos, criando, extinguindo ou modificando relações jurídicas.

Ademais, o artigo 113 do Código Civil, determina que o negócio jurídico deve ser interpretado conforme a boa-fé, ou seja, os contratantes devem agir segundo certos padrões de conduta, que se caracterizam pela correção e lisura de comportamento frente ao outro contratante (BRASIL, 2002).

Não obstante, a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), igualmente determina que devem ser observados também os princípios contratuais da boa-fé objetiva, função social do contrato, autonomia privada, intervenção mínima, força obrigatória dos contratos e a excepcionalidade da revisão contratual (BRASIL, 2019).

Como última análise sobre o dispositivo, o parágrafo 2º no artigo 113 do Código Civil, prevê que “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” (BRASIL, 2002).

A discussão acerca da validade dessa cláusula centra-se na tensão entre os princípios da autonomia privada e da função social do contrato. De acordo com doutrina especializada, o princípio da autonomia privada corresponde ao poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. A autonomia privada, embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como a boa-fé e a função social do contrato), apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado, especialmente no plano do Direito Empresarial. O pressuposto imediato da autonomia privada é a liberdade como valor jurídico. Mediatemente, o personalismo ético aparece também como fundamento, com a concepção de que o indivíduo é o centro do ordenamento jurídico e de que sua vontade, livremente manifestada, deve ser resguardada como instrumento de realização de justiça. O princípio da autonomia privada concretiza-se, fundamentalmente, no direito contratual, por meio de uma tríplice dimensão: a liberdade contratual, a força obrigatória dos pactos e a relatividade dos contratos. A liberdade contratual representa o poder conferido às partes de escolher o negócio a ser celebrado, com quem contratar e o conteúdo das cláusulas contratuais. É a ampla faixa de autonomia conferida pelo ordenamento jurídico à manifestação de vontade dos contratantes (BRASIL, 2016).

A função social do contrato, prevista nos artigos 421, 422 e consagrada como princípio de ordem pública no artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil, projeta-se sobre duas vertentes: a eficácia interna, entre as próprias partes contratantes e, a externa, para além das partes contratantes, possibilitando que o contrato gere efeitos perante terceiros. Com suas projeções internas e externas, a função social limita a liberdade contratual, relativa ao conteúdo negocial em si, às cláusulas contratuais propriamente ditas (TARTUCE, 2019).

Quanto ao parágrafo único do artigo 421, ao mencionar a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, reforça o princípio da força obrigatória do contrato, compreendido pela máxima *pacta sunt servanda* (MARTINS NETO, 2019).

A Lei da Liberdade Econômica introduziu, ainda, o artigo 421-A ao Código Civil, que reforça a autonomia privada, consignando expressamente que as partes terão liberdade em estipular os termos e condições dos contratos que celebrarem, fixando, previamente, os eventos que podem gerar imprevisibilidade, extraordinariedade ou onerosidade excessiva.

Levando-se em consideração as modificações trazidas pela Lei 13.874/2019, é possível auferir que as partes contratantes possuem maior liberdade para estabelecer as condições do contrato, bem como manter o que foi inicialmente pactuado, evitando a intervenção e o ativismo judicial excessivos nas relações contratuais privadas (MARTINS NETO, 2019). De tal a revisão contratual, pela Função Judiciária, deverá ser medida excepcional, reiterando novamente o princípio da força obrigatória dos contratos.

### 3 A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

A tecnologia *blockchain* foi introduzida no artigo "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*", que defende a ideia de um sistema de pagamentos *peer-to-peer* descentralizado, através de uma moeda criptografada de nome *Bitcoin* (NAKAMOTO, 2008). Essa inovação tecnológica consiste em uma estrutura formada por computadores conectados pela internet, compartilhando um elevado volume de dados sem que haja necessidade de um servidor central específico. Dessa forma, há o surgimento de um plano descentralizado, no qual as negociações realizadas dispensam a intervenção de terceiros (tais como instituições financeiras) para mediar transações (CONCEIÇÃO; ROCHA; PAULA, 2019).

Além da descentralização, outra característica marcante é a validação de determinado tipo de transação por reconhecimento único e criptografado, característica essa conhecida como *Proof-of-work*. Por meio dela, os registros realizados no *blockchain* tendem a ser inalteráveis e ao mesmo tempo seguros, pois impossibilitam qualquer tipo de retificação. Outro ponto importante é a consensualidade, que funciona como uma espécie de conectividade entre blocos, validando as transações dos usuários (*nodes*) de forma sincronizada (CARDOSO, 2018).

Essencialmente, o *blockchain* consiste em uma estrutura de banco de dados, que trabalha com blocos em cadeias, transportando dados criptografados. Os blocos são interligados em sequência e cada um possui uma identificação digital, sendo que cada bloco carrega informações de identidade digital do anterior. Dessa forma, quando duas informações se conectam, dão origem a uma impressão digital própria (TAPSCOTT, D.; TAPSCOTT, A., 2017).

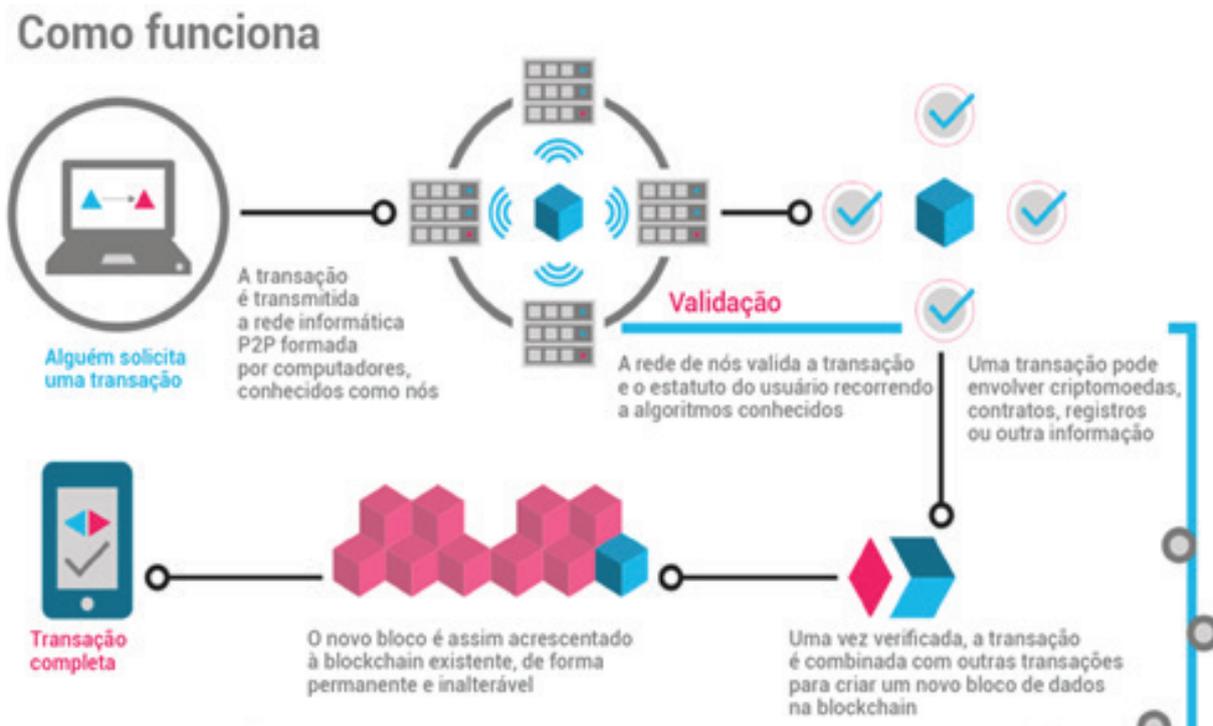
Essa impressão digital é formada por um *hash*, que consiste em um código de identificação com letras e números, gerado por função matemática, que representa os dados inseridos em um arquivo na rede. O *hash* valida e assina o conteúdo dos blocos e, se houver qualquer alteração nos dados, o sistema identificará o erro e invalidará a transação (TAVARES; TEIXEIRA, 2017). Por fim, transcrevem-se os dados contidos nos blocos para o *ledger*, que armazena todas as transações disponíveis no *blockchain*, e, a partir daí nada poderá ser alterado, tornando-se imutável (CROSBY *et al.*, 2016).

Esta estrutura replica uma transação financeira utilizando-se da tecnologia *blockchain*. Observe que uma pessoa requisita uma transação – A transfere dinheiro a B. Este comando é enviado por meio de uma mensagem cripto-

grafada à rede de computadores, ou seja, os nós que compõem o *blockchain*. O sistema que comanda a rede irá verificar a autenticidade da informação e validar a operação em todos os nós mediante consenso, alterando o banco de dados, gerando um novo bloco de informações, alterado com a informação de que A transferiu certa quantidade de dinheiro a B. De tempos em tempos este banco de dados é atualizado por meio deste sistema descentralizado. (MOREIRA, 2018, p. 6).

A dificuldade de alterações ou modificações nas transações faz com que o *blockchain* represente o meio mais adequado para recepcionar os contratos inteligentes, visto que garante a integridade e permite que sejam executados com segurança (TAVARES; TEIXEIRA, 2017).

Figura 1 – Estrutura básica de uma blockchain



Fonte: (CARDOSO, 2018)

A tecnologia *blockchain* possui inúmeras aplicações, sendo as criptomoedas, como o *Bitcoin*, a mais conhecida atualmente, entretanto, a utilização que possivelmente trará maior impacto no meio jurídico diz respeito aos *Smart Contracts* ou contratos inteligentes.

## 4 SMART CONTRACTS

O termo *Smart Contracts* ou Contratos Inteligentes foi cunhado pelo cientista da computação e criptógrafo americano Nick Szabo, em 1996, que o define como um conjunto de promessas, com protocolos para sua utilização, especificadas de forma digital (SÁENZ, 2017). Em seu artigo "*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*", Szabo questiona o uso das formas tradicionais de contratos na era do ciberespaço, apresentando, mais precisamente, a concepção dos Contratos Inteligentes:

Novas instituições e novas formas de formalizar as relações que compõem essas instituições agora são possíveis graças à revolução digital. Eu chamo esses novos contratos de “inteligentes”, porque eles são muito mais funcionais do que seus ancestrais inanimados baseados em papel. Nenhum uso de inteligência artificial está implícito. Um contrato inteligente é um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo protocolos nos quais as partes cumprem essas promessas. (SZABO, 1996, tradução nossa).<sup>6</sup>

Como exemplo prático, pode-se fazer uma analogia entre um contrato inteligente e uma máquina de bebidas. Nesse modelo, existem o credor (pessoa física) e o devedor (máquina), cada qual com suas respectivas obrigações. A máquina já está programada para liberar a bebida assim que o pagamento for inserido, dessa forma, o credor, ao depositar o valor, cumpre sua parte do contrato. Logo, a máquina prepara a bebida, cumprindo também com sua obrigação. Não havendo necessidade de avisar um terceiro que o dinheiro foi inserido, o contrato estabelecido entre as partes foi cumprido de forma automática (DANTAS, 2019).

Portanto, os *Smart Contracts* podem ser entendidos como contratos convertidos em *softwares*, programados para determinar automaticamente o cumprimento dos seus termos e então executar as disposições ou conjunto de regras que já estavam acordadas. Ou seja, torna-se desnecessário a participação de intermediários, visto que o contrato já prevê o que deverá ser cumprido e o que acarretará o adimplemento ou não das disposições. Isso é possível, visto que são escritos na fórmula de programação computacional, se x, então y, ou seja, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Nesse novo modelo de contratação, as cláusulas, como são conhecidas atualmente, cedem espaço para a linguagem de programação, códigos digitais e criptografia. É aqui que se percebe a distinção crucial entre os contratos tradicionais e os inteligentes: estes são baseados em *bits* e lógicas com sustentação matemática, dedicadas principalmente à negociação e a execução de acordos, de forma segura, automatizada e descentralizada; enquanto aqueles apresentam sua lógica nas normas legais e regulamentares (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Dessa forma, enquanto um contrato tradicional é relativamente flexível, suscetível a modificações, envolvendo interpretação e julgamento, uma versão em *software* é rígida e previsível, permitindo que se possa confiar no contrato em si, sendo garantido maior segurança jurídica (GOMES, 2018). Contudo, para serem viáveis, os contratos inteligentes dependem de uma plataforma onde sejam invioláveis, sendo uma *blockchain* pública e descentralizada a melhor maneira de possibilitar seu correto funcionamento (GOMES, 2018).

Atualmente, a plataforma mais utilizada é a *Ethereum*, pois foi especificamente desenhada para abrigar os contratos inteligentes, fornecendo capacidade ilimitada de processamento e criação de aplicações (FREIRE, 2017). A rede se concentra na execução de código de programação de qualquer aplicação descentralizada, sendo a mais avançada para codificar e processar contratos inteligentes, em virtude da máquina virtual descentralizada de Turing completa<sup>7</sup>, chamada de *Ethereum Virtual Machine* (EVM) (FREIRE, 2017).

6 Texto original: “New institutions, and new ways to formalize the relationships that make up these institutions, are now made possible by the digital revolution. I call these new contracts “smart”, because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied. A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises.”

7 Turing-completo - Na teoria da computação, um sistema de regras de manipulação de dados, como em um conjunto de instruções, é dito Turing-complet. Sendo um sistema computacional, que pode computar qualquer função Turing-computável (FREIRE, 2017).

A EVM é responsável por executar contratos inteligentes, através de uma rede internacional de nós públicos (*public nodes*), assegurando assim a resistência da plataforma às tentativas de censura e é feito com a nova linguagem de programação chamada *Solidity* (BINANCE ACADEMY, 2020).

Em suma, os contratos inteligentes da *Ethereum* são compostos por um código de contrato e duas chaves públicas. Sendo que a primeira chave pública é fornecida pelo criador do contrato e a outra representa o contrato em si, agindo como um identificador digital que é único para cada contrato inteligente (BASSOTO, 2018).

A implantação de qualquer contrato é feita através de uma transação de *blockchain* e o contrato só pode ser ativado quando chamado por um *node* (usuário), sendo executado pela EVM, de acordo com regras definidas previamente na programação (BASSOTO, 2018).

Em uma transação envolvendo um contrato inteligente os ativos e os termos do contrato são codificados e colocados em um *blockchain*, sendo distribuído e copiado várias vezes entre os nós que fazem parte da plataforma. Após o desencadeamento do processo, o contrato é executado de acordo com os termos nele contidos, sendo a implementação dos compromissos verificada automaticamente (CAMARGO, 2017).

Em um esquema hipotético de uma operação imobiliária, por meio de um *smart contract*, após as partes inserem os parâmetros desejados no contrato, que ficarão registrado em um *blockchain* e após o financiamento ter sido quitado no prazo estabelecido, a promessa de compra em venda será convertida em uma transação definitiva. Tudo ocorre de forma automática, sem a participação de intermediários (cartórios, contadores, advogados ou bancos), apenas com base no algoritmo programado (MOREIRA, 2018).

Outro exemplo de aplicação se apresenta com as apólices de seguro. Tradicionalmente, o processo de reivindicações das apólices é burocrático e requerer um apanhado de ações humanas, elevando os custos administrativos que são repassados aos clientes (CARDOSO, 2018). Ao se utilizar de um contrato inteligente, as políticas de seguro serão automatizadas, portanto, quando as condições de entrada do algoritmo são informadas sobre um evento segurado, o processo de reivindicações é desencadeado imediatamente (CARDOSO, 2018).

Dessa forma, devido à natureza distribuída dos contratos inteligentes na *blockchain*, a transparência no processo é visível para todas as partes interessadas e os custos administrativos são reduzidos (CARDOSO, 2018).

Os parâmetros mensuráveis do evento, como a velocidade do vento, a localização de um furacão ou a magnitude de um terremoto podem ser registrados na cadeia de blocos. Variável com a complexidade do contrato inteligente, à medida que os parâmetros atravessam certos limiares pré-acordados, o processo de reclamações é desencadeado imediatamente e a quantidade exata de pagamento financeiro pode ser entregue sem necessidade de intervenção humana. (CARDOSO, 2018).

As inovações contratuais despertam na ciência jurídica dúvidas que envolvem questões técnicas e multidisciplinares, as quais, em regra, não são compreendidas facilmente pelo operador do Direito. Neste viés, os smart contracts, pela sua complexidade técnica, que ultrapassam a formação tradicional dos juristas, têm levantado inúmeras problemáticas, principalmente,

porque inexistem leis específicas para tutela desta inovação contratual, sendo necessária a análise do Ordenamento com um todo.

## 5 NOVAS FRONTEIRAS ENTRE A LEI E A INTERNET

O marco inicial da regulamentação dos contratos digitais se deu em 1996, com a Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission On International Trade Law*) sobre Comércio Eletrônico, instituída pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (ONU, 1996). O intuito inicial foi estabelecer diretrizes para o uso dos meios eletrônicos de comunicação que pudessem ser seguidas pelos diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos existentes no mundo (LAWAND, 2003). Conforme previsto no artigo 5º da referida lei, os contratos eletrônicos ganharam espaço, sendo compreendidos como contratos formalizados através do meio eletrônico, no qual a manifestação da vontade das partes ocorre de forma virtual (LIMA, 2004).

Os contratos eletrônicos podem ser divididos em três categorias, sendo intersistêmicos, no qual a comunicação se dá entre os sistemas (computadores) e não com o consumidor; interpessoais, no qual as partes, por meio do computador (por e-mails, videoconferência, sistema de mensagens) instrumentalizam a contratação da avença. E, por fim, podem ser contratos interativos, firmados entre um sistema operacional e uma pessoa (são os contratos realizados por meio de site ou loja virtual) (LAWAND, 2003).

É possível perceber que os contratos eletrônicos são mais simples e de caráter praticamente instantâneo, enquanto os *smart contracts* tem maior grau de complexidade, tendo como premissa a automatização, sendo programados com uma lógica interna capaz de tomar decisões.

Ao criar um contrato inteligente devem ser observados quatro requisitos: observabilidade, no qual o cumprimento das obrigações do contrato deve ser monitorável; averiguável, de modo que se possa comprovar o adimplemento ou inadimplemento das obrigações; exequível, no sentido que se lhe possa dar execução específica, inclusive de forma autônoma; privado, significando que o contrato só produz efeito entre as partes e impossibilita a avença da interferência de terceiros, de modo que sua existência e efeitos sejam restritos às partes envolvidas (SZABO, 1996).

Dessa forma, constata-se novamente o princípio da força obrigatória dos contratos, o qual constitui uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante (RODRIGUES, 2016).

No Direito contratual vigente, as pessoas têm liberdade de celebrar negócios jurídicos, criando direitos e contraindo obrigações. Ao passo que se confere aos entes privados a possibilidade de confeccionar os contratos inteligentes, especialmente levando em consideração a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) que reforça a autonomia privada (BRASIL, 2019).

Não obstante, os artigos 1º, inciso IV e 170, caput da Constituição da República (BRASIL, 1988), bem como o artigo 2º, inciso V, Lei 12.965/2014, que trata do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), abordam outro fundamento aplicável aos contratos inteligentes.

Em análise ao Marco Civil da Internet, mais especificamente em seus artigos 3º, inciso VIII e 4º, inciso III, encontra-se consagrada também a liberdade de modelo de negócios promovida na internet, tendo como objetivo a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e novos modelos de acesso (BRASIL, 2014). Nesse tocante, é válido relacionar a liberdade de modelo de negócios, com o artigo 107 do Código Civil, que não vincula a pactuação dos negócios jurídicos à forma específica, salvo nos casos em que se exige forma solene (ASSAF FILHO, 2019).

Ainda, neste diploma, é tido como lícito às partes estipularem contratos atípicos, nos moldes do artigo 425, podendo também pactuar livremente regras de interpretação (BRASIL, 2019). Haja vista a ausência de legislação específica que regulamente os contratos inteligentes, podem esses ser classificados como atípicos, nos moldes do mencionado artigo, devendo ser aplicadas suas regras gerais (ASSAF FILHO, 2019).

Além disso, como mencionado anteriormente, os *smart contracts* utilizam a fórmula de programação computacional, se x, então y, o que acarreta o cumprimento automático da prestação contraposta se implementada a condição estipulada. Por esta razão, diz-se que são regidos pelo princípio de que *the code is law*<sup>8</sup>, na qual o código computacional promoverá a execução dos termos contratuais, tornando-o irreversível, ou seja, se as partes envolvidas por qualquer razão desejarem reverter a transação, retornando ao *status quo*, deverão se engajar em um novo contrato inteligente para tal. Sendo caracterizados por isso, como autoexecutáveis e alheios aos poderes jurisdicionais tradicionais do Estado (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Pelo fato de serem autoexecutáveis e imutáveis, pode-se afirmar que os contratos inteligentes são regidos pelo princípio da irretroatividade da *blockchain* (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Não se poderia cogitar, inclusive, na obtenção de ordem judicial para modificar, ou mesmo resolver o contrato celebrado em *blockchain*. De um lado, porque, a tecnologia é criada, justamente, para não permitir a reversibilidade dos comandos programados e de outro, porque, uma decisão judicial, nos termos como concebida atualmente (comando escrito), não conseguiria atuar limitando um código computacional autoexecutável, no qual fora desenvolvido o *smart contract*. (EFING; SANTOS, 2018).

Todavia, essa característica vai de encontro com o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88, visto que nenhuma lesão ou ameaça ao direito poderá ficar à margem da tutela jurisdicional (BRASIL, 1988).

## 5.1 JUDGES AS A SERVICE

Diante do crescente aumento de litígios e número de feitos nos tribunais brasileiros, o Código de Processo Civil de 2015, reforçou em seu artigo 3º a opção que é dada de utilizar métodos adequados de solução de conflitos como mediação, conciliação e arbitragem (BRASIL, 2015).

8 Teoria apresentada no livro "Code and Other Laws of Cyberspace" (Código e Outras Leis do Ciberespaço, em tradução livre), do professor de cyberlaws da Harvard Law School, Lawrence Lessig. Para Lessig, o código do ciberespaço, isto é, a sua arquitetura, é uma lei, ou seja, uma compilação de regras de condutas sociais aceitas pelos participantes (KAMINSKI, 2001).

As duas primeiras modalidades são caracterizadas pelo caráter autocompositivo, ou seja, tem como objetivo que a solução do litígio venha das partes. Já a arbitragem, possui índole jurisdicional, exercida por um comando impositivo/vinculativo, decorrente da jurisdição privada (BOAS, 2019).

[...] é o meio alternativo de solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. (CARMONA, 2009, p. 31).

Trata-se, portanto, de um acordo de vontades das partes em que autorizam a solução de conflitos por meio não estatal, instaurando-se uma jurisdição privada, na qual o árbitro, por meio da sentença arbitral, profere um comando com poder coercitivo, tendo força de título executivo judicial (BOAS, 2019).

Vale mencionar, conforme apontado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem (2020) e previsto na Lei 9.307/1996, que a arbitragem pode ser instituída por uma cláusula compromissória estipulada por escrito e inserta no contrato, na qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem litígios que possam, no futuro, surgir relativamente àquele contrato (IMAPR, 2020). A cláusula pode ser firmada separadamente, em termo apartado, porém, referindo-se ao contrato principal. Outra maneira de se instaurar é através do compromisso arbitral, também expresso por escrito, mas é atual ao litígio, ou seja, as partes declaram a vontade de que o conflito já existente deverá ser solucionado por meio de arbitragem, sem a necessidade de manifestação anterior (BRASIL, 1996).

Um dos grandes diferenciais da arbitragem é a possibilidade de eleger um árbitro especializado na matéria alvo de conflito. Dessa maneira, o juízo arbitral é conferido a alguém com conhecimento em determinado assunto, por exemplo, noções técnicas relacionadas aos *smart contracts* e a tecnologia *blockchain*, se tornando desnecessária a figura da perícia técnica, que deve ser utilizada por magistrados quando o tema demandar experiência técnica (vide artigo 375 do CPC).

Nesse contexto, Pedro Vilela Resende Gonçalves e Rafael Coutinho Camargo, sugeriram a figura do *Judges as a Service* (JaaS)<sup>9</sup>

[...] uma espécie de árbitro com poderes técnicos para reverter ou alterar transações realizadas através de *smart contracts* na *Blockchain*. Durante a elaboração do *smart contract*, predefine-se um ou mais indivíduos ou um mecanismo que definirá tais indivíduos (que podem ser escolhidos pelo algoritmo por meio de critérios como a reputação objetiva de um membro da comunidade, pela presença em um banco de dados previamente determinado ou que pode ser o próprio criador do *smart contract*) que analisará o negócio jurídico e atestará sua validade. Ele também terá poderes para garantir seu cumprimento em observância com a lei da jurisdição na qual as partes se inserem e, assim, corrigir quaisquer vícios ou nulidades no contrato inteligente. (GONÇALVES; CAMARGO, 2017).

Em outras palavras, seria uma espécie de juiz com conhecimento técnico, capaz de proferir decisões alinhadas às especificidades da área que analisaria as condições estabelecidas pelo código, ponderando dentro dos limites lógicos de cada contrato, sempre se atentando aos princípios gerais de formação e execução de contratos (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Considerando a conjuntura brasileira, uma maneira tangível de se aplicar o instituto do JaaS, seria por meio da criação de uma câmara arbitral e um tribunal arbitral especializados, com profissionais que possuem conhecimentos tanto na área jurídica, como na área tecnológica. Assim, seriam capazes de dirimir eventuais conflitos relativos à direitos disponíveis, surtidos com a execução do contrato, implementando por meio de códigos, a resolução dada no âmbito jurídico (SALDANHA, 2019). Portanto, o juiz arbitral, pessoa escolhida pelas partes em cláusula contratual, atuaria como um intermediário, facilitando a dissolução do litígio encontrado pelas partes na execução do contrato, utilizando dos privilégios técnicos para alterar as questões necessárias, se valendo ainda da força legal da sentença arbitral (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Cabe mencionar que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação com o sistema de precedentes e resolução de demandas repetitivas, disposto nos artigos 926 a 928, que representa um benefício ao JaaS. Resumidamente, estabeleceu-se que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, de maneira coerente dentro do ordenamento jurídico pátrio, respeitando as decisões das instâncias superiores, assim como, aplicarem determinadas decisões em incidentes de demandas repetitivas (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Dessa forma, o atual diploma ampliou, substancialmente, o rol de decisões que passam a ser dotadas de caráter vinculante no ordenamento jurídico, concedendo amplificado valor à estabilidade dos precedentes (AMARAL, 2015), o que representa uma vantagem à figura do *Judges as a Service*.

[...] a organização, classificação e aplicação dos precedentes pode ser feita por meio de algoritmos. Estes iriam constatar a similaridade de novas demandas com aquelas previamente definidas como precedentes, ou a averiguação de litígios repetitivos. Além disso, o registro das decisões na *Blockchain* aperfeiçoa e garante mais segurança a este modelo. (GONÇALVES; CAMARGOS, 2017).

Por se tratar de temas que necessitam unir profissionais altamente capacitados entre aspectos técnicos e jurídicos, a criação da câmara e do tribunal arbitral especializado se apresentam como a melhor forma de se solucionar os problemas apresentados pelas tecnologias da *blockchain* e dos *smart contracts*.

## 5.2 CONTRATOS INTELIGENTES RICARDIANOS

Para melhor solucionar os empecilhos enfrentados pelos *smart contracts*, buscou-se uma maneira de interligar as camadas técnicas e legais presentes no contrato. Essa solução permitiria a compreensão das cláusulas contratuais em formato de códigos computacionais pelos tribunais, ou seja, tornaria o código legível às pessoas e não somente às máquinas e programadores (EFING; SANTOS, 2018).

Os contratos inteligentes ricardianos cumprem essa função. Desenvolvidos nos anos de 1995/1996, por Ian Grigg, os *Ricardian contracts* ou contratos ricardianos tem como objetivo converter um contrato tradicional, elaborado em linguagem humana, em algoritmo, a fim de que seja executado por um *software* (LAMOUNIER, 2018).

Por conseguinte, os contratos ricardianos possibilitam a análise de cláusulas mais complexas e, portanto, subjetivas, devido a suas duas interfaces, quais sejam a de linguagem humana, cujas cláusulas subjetivas podem ser interpretadas no mundo real e a de linguagem de programação, não se limitando a lógica matemática por condicionais (*if then*, equivalente a explicação se X, então Y) (MALGUEIRO CAMPOS ADVOCACIA, 2019).

Em 2015, Grigg aprimorou seus estudos em contratos ricardianos incluindo o conceito de *smart contracts* ricardianos, sendo considerados como a segunda geração dos contratos inteligentes (GRIGG, 2015). Com essa modalidade de contratos inteligentes, é possível criar um contrato legível e auditável por seres humanos, que será posteriormente inserido num *software* com linguagem criptografada, que será reconhecida pela *blockchain* e então automatizado (MALGUEIRO CAMPOS ADVOCACIA, 2019).

Conforme o método Ricardiano, a arquitetura de um *smart contract* deve possuir três elementos: parâmetros, prosa e códigos (HAZARD; HAAPIO, 2017). Os parâmetros são definidos pelas partes e individualizam a operação, como por exemplo, o objeto do contrato e o prazo. A prosa é o contrato em linguagem humana. E o código, por sua vez, é o algoritmo que permitirá a execução das obrigações. "Assim, a parte insere determinados parâmetros, que devem ser, de um lado, convertidos em código para que sejam compreendidos e executados pelo computador e, de outro lado, resultem num instrumento contratual tradicional, escrito em prosa." (MOREIRA, 2018, p. 16).

Os contratos inteligentes ricardianos utilizam *templates* ou modelos de documentos, que conectam os parâmetros, a prosa e o código. Esses modelos podem ser elaborados com base em contratos tradicionais, representando a mesma estrutura obrigacional (MOREIRA, 2018). Neste modelo as partes inserem os parâmetros da operação (objeto, preço, prazo etc.) no *template*, que os converte em códigos a serem interpretados pelos *smart contracts*, permitindo o cumprimento de certa função, vale ressaltar, que quanto maior o número de parâmetros maior será a complexidade do código. Além disso, o *template* cria, paralelamente, um instrumento contratual tradicional, que será integrado ao código com a tecnologia *peer to peer* (P2P) do *blockchain* (MOREIRA, 2018).

Dessa forma, com os contratos inteligentes ricardianos tem-se a criação de um sistema com maior dinamicidade, que possibilita a interação técnica e legal, ou seja, permite a compreensão de cláusulas e códigos computacionais pelos tribunais.

Nesse sentido, o Poder Judiciário deverá se adequar à inovação disruptiva, sendo de extrema importância a interdisciplinaridade com profissionais de tecnologia, bem como o investimento em plataformas capacitadas para a confecção, armazenamento e ajustes nos contratos inteligentes.

## 6 CONCLUSÃO

Em decorrência dos aspectos analisados, fica evidente que as implicações jurídicas decorrentes da execução dos *smart contracts* ainda não encontram no ordenamento brasileiro respostas, devido à complexidade técnica que envolve a temática. Sendo, por isso, imperioso maiores estudos envolvendo os *smart contracts* e a tecnologia *blockchain*, visando melhor compreensão do tema, bem como sua viabilidade e eficácia dentro do ordenamento jurídico.

Com a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), percebe-se um movimento favorável à utilização dos contratos inteligentes, visto que se conferiu maior autonomia às partes para pactuar e interpretar um contrato (BRASIL, 2019). Ainda, o Marco Civil da Internet, promove a inovação e o fomento à ampla difusão de novas tecnologias e novos modelos de acesso, o que impulsiona a utilização dessa nova forma de negociação.

Nota-se, portanto, que o maior empecilho para a adoção dessa tecnologia, é, ao mesmo tempo, sua maior vantagem, qual seja, a imutabilidade, que proporciona, de um lado, maior segurança aos contratantes e, de outro, um risco aos poderes jurisdicionais tradicionais. Dessa forma, enquanto a lei tradicional é relativamente flexível, envolvendo interpretação e julgamento, podendo ser modificada, a versão em *software* é rígida, sendo regida pela Teoria *The Code is Law* e a lógica *If Then*.

Uma possível solução, englobando a camada técnica e a legal, que pode dirimir o problema mencionado acima é a trazida pelo Código de Processo Civil, com o sistema de precedentes e resolução de demandas repetitivas, que é perfeitamente passível de ser aplicado por meio de algoritmos, combinando o 'código legal' com a teoria de Lessing (O código é a Lei), tornando de fato o código como a representação fiel da lei e sua jurisprudência.

Entretanto, a utilização de mecanismos como o *Jugdes as a Service* e de outros análogos ainda é essencial, isso ocorre, devido os conhecimentos técnicos do juízo arbitral, que o possibilitam de atuar diretamente com a linguagem de programação. Conquanto, torna-se imprescindível sua adequação às normas do Direito brasileiro.

Diante do exposto, os contratos inteligentes ricardianos podem ser entendidos como a resposta para o cerne da questão, haja vista suas duas interfaces, que permitem a compreensão das cláusulas contratuais em formato de códigos computacionais pelos tribunais. Dessa forma, é viável a criação de um contrato com cláusulas subjetivas, que não se limitam à lógica condicional, sendo passível de revisão e que ao mesmo tempo, possuem a linguagem criptografada, trazendo segurança ao negócio.

Nesse sentido, ainda é imperiosa à adequação do Poder Judiciário aos novos conceitos, sendo necessário o desenvolvimento e investimento em plataformas capacitadas para abrigar os *smart contracts* ricardianos, bem como a interdisciplinaridade com profissionais da área, com o intuito de estabelecer diretrizes para o uso dos contratos, além de conferir maior segurança ao Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSAF FILHO, Alexandre. **Tecnologia x Judiciário: os "smart contracts"**. 2019. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/tecnologia-x-judiciario-os-smart-contracts/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BASSOTO, Lucas. **Ethereum: uma análise completa**. 2018. Disponível em: <https://cointimes.com.br/avaliacao-de-criptomoedas-ethereum/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BINANCE ACADEMY. **O que é Ethereum?** 2020. Disponível em: <https://www.binance.vision/pt/blockchain/what-is-ethereum>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BOAS, Daniel Vilas. **Tópicos avançados de direito I**. 1 ago./10 dez. 2019. Notas de Aula.
- BRASIL. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.409.849/PR. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de abril de 2016. **Diário eletrônico**, 5 maio 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1507444&num\\_registro=201303420570&data=20160505&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1507444&num_registro=201303420570&data=20160505&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 10 maio 2021.
- CAMARGO, Renata Freitas. **Bitcoins, Blockchain e Smart Contracts: por que a área financeira precisa saber isso?** 2017. Disponível em: <https://www.treasy.com.br/blog/bitcoins-blockchain-smart-contracts/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- CARDOSO, Bruno. Contratos inteligentes: descubra o que são e como funcionam. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/569694569/contratos-inteligentes-descubra-o-que-sao-e-como-funcionam>. Acesso em: 10 maio 2021.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CONCEIÇÃO, Arlindo F.; ROCHA, Vladimir Moreira da; PAULA, Ricardo Felipe de. **Blockchain e Aplicações em Saúde**. In: ZIVIANI, Artur; FERNANDES, Natalia Castro; SAADE, Débora Christina Muchaluat. **Livro de Minicursos [do] 19º Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde**. Niterói: Sociedade Brasileira de Computação, 2019. cap. 2, p. 43-92. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/livros/index.php/sbc/catalog/view/29/94/244-1>. Acesso em: 10 maio 2021.
- CROSBY, Michael *et al.* Blockchain Technology: Beyond Bitcoin. **Applied Innovation**, Berkeley, v. 2, p. 6-10, 2016. Disponível em: <https://www.appliedinnovationinstitute.org/blockchain-technology-beyond-bitcoin/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- DANTAS, Henrique. **O que são os Contratos Inteligentes [Guia completo]**. 2019. Disponível em: <https://www.advogatech.com.br/blog/@HenriqueDantas/o-que-sao-os-contratos-inteligentes-guia-completo-ag5dywo>. Acesso em: 10 maio 2021.
- EFING, Antônio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. **Direito e Desenvolvimento**, v. 9, n. 2, p. 49-64, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755>. Acesso em: 10 maio 2021.

- FREIRE, Mafalda. **Seguros SURA adota blockchain para Smart Contracts**. 2017. Disponível em: <https://www.bit-mag.com.br/2017/11/seguros-sura-adota-blockchain-para-smart-contracts/> Acesso em: 10 maio 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GOMES, Delber Pinto. Contratos *ex machina*: breves notas sobre a introdução da tecnologia (*Blockchain* e *Smart Contracts*). **Revista Eletrônica de Direito**, n. 3, out. 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3352031](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3352031). Acesso em: 10 maio 2021.
- GONÇALVES, Pedro Vilela Resende; CAMARGOS, Rafael Coutinho. *Blockchain, smart contracts e Judge as a service* no Direito brasileiro. In: SEMINÁRIO GOVERNANÇA DAS REDES E O MARCO CIVIL DA INTERNET, 2., 2016, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2017. p. 207-212. Disponível em: <http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Anais-do-II-Semin%C3%A1rio-Governan%C3%A7a-das-Redes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.
- GRIGG, Ian. **On the intersection of Ricardian and Smart Contracts**. 2015. Disponível em: [https://iang.org/papers/intersection\\_ricardian\\_smart.html](https://iang.org/papers/intersection_ricardian_smart.html). Acesso em: 10 maio 2021.
- HAZARD, James; HAAPIO, Helena. Wise Contracts: Smart contracts that Work for People and Machines. In: INTERNATIONAL LEGAL INFORMATICS SYMPOSIUM IRIS, 20., 2017, Viena. **Proceedings** [...]. Viena: Jusletter, 2017. p. 425-432. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2925871>. Acesso em: 10 maio 2021.
- IMAPR. Instituto de Mediação e Arbitragem. **Conceito de arbitragem**. 2020. Disponível em: <http://www.imapr.com.br/conceito-de-arbitragem/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- KAMINSKI, Omar. O código é Lei: a arquitetura na Internet dita as regras. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2001. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2001-nov-05/codigo\\_ciberespaco\\_regula\\_espaco\\_fisico?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2001-nov-05/codigo_ciberespaco_regula_espaco_fisico?pagina=2). Acesso em: 10 maio 2021.
- LAMOUNIER, Lucas. **O que é um Contrato Ricardiano?** Um Guia Completo. 2018. Disponível em: <https://101blockchains.com/pt/contrato-ricardiano/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LIMA, Rogério Montai. Peculiaridades dos contratos eletrônicos. **Revista de ciências jurídicas**, Londrina, v. 5, p. 17-23, mar. 2004. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/1331>. Acesso em: 10 maio 2021.
- MALGUEIRO CAMPOS ADVOCACIA. **Smart contracts e contratos ricardianos** – o que você precisa saber? 2019. Disponível em: <https://malgueirocampos.com.br/smart-contracts-e-contratos-ricardianos/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- MARTINS NETO, Orlando Quintino. **Impactos da Lei da Liberdade Econômica nas relações contratuais**. Moema, 2019. Disponível em: <https://www.fortes.adv.br/pt-BR/conteudo/artigos-e-noticias/846/impactos-da-lei-da-liberdade-economica-nas-relacoes-contratuais.aspx>. Acesso em: 10 maio 2021.
- MOREIRA, Rodrigo. **Investigação preliminar sobre a natureza e os critérios de interpretação dos smart contracts**. 2018. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4650996/mod\\_resource/content/1/MOREIRA%20Uma%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4650996/mod_resource/content/1/MOREIRA%20Uma%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf). Acesso em: 10 maio 2021.
- NAKAMOTO, S. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. White Paper. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.
- ONU. Organização das Nações Unidas. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico**. Nova York, 1996. Disponível em: [https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic\\_commerce](https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce). Acesso em: 10 maio 2021.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SÁENZ, Marina Echebarría. Contratos electronicos autoejecutables (*smart contract*) y pagos con tecnología *blockchain*. **Revista de estudios europeos**, n. 70, p. 69-97, 2017. Disponível em: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/28434>. Acesso em: 10 maio 2021.

SALDANHA, Gustavo Felipe Andrade. **Smart Contract e a visão do Judiciário Brasileiro**. 2019. Monografia (Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito dos Contratos) – Insper, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/2508>. Acesso em: 10 maio 2021.

SZABO, Nick. **Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets**. 1996. Disponível em: [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html). Acesso em: 10 maio 2021.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. How Blockchain Will Change Organizations. **MIT Sloan Management Review**, Ontario, v. 58, n. 2, p. 10, 2017. Disponível em: <https://sloanreview.mit.edu/article/how-blockchain-will-change-organizations/>. Acesso em: 10 maio 2021.

TARTUCE, Flávio. **A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil**. Segunda parte. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>. Acesso em: 10 maio 2021.

TAVARES, João Felipe Chagas; TEIXEIRA, Luiz Felipe Drummond. *Blockchain: dos conceitos às possíveis aplicações*. In: SEMINÁRIO GOVERNANÇA DAS REDES E O MARCO CIVIL DA INTERNET, 2., 2016, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2017. p. 213-217. Disponível em: <http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Anais-do-II-Semin%C3%A1rio-Governan%C3%A7a-das-Redes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

# 02

CAPÍTULO

# BITCOIN: ANÁLISE SOB A ÓTICA JURÍDICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO BRASIL

JEAN PHILIPPE SILVA PINTO<sup>1</sup>

FREDERICO CORDEIRO MARTINS<sup>2</sup>

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo descrever o sentido jurídico do *Bitcoin* a partir de seu conceito, principais características, natureza jurídica e tratamento no direito comparado. Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, qualitativa, viabilizada pela revisão narrativa de literatura, buscando a identificação de elementos teóricos importantes para o debate sobre as questões jurídicas relevantes envolvendo o *Bitcoin*. Como resultado, foram encontrados conceitos básicos e principais características sobre o *Bitcoin*, sua classificação como moeda, ativo financeiro ou bem, a proposta brasileira de regulamentação como forma de pagamento e a maneira como é tratado no Japão, Estados Unidos e Alemanha. Conclui-se, a partir deste estudo, que há muitas questões necessárias ao aprofundamento. Não obstante, a revisão narrativa trouxe um debate fundamental que, dado o momento atual, de avanço acelerado da tecnologia e das novas dinâmicas sociais, se torna ainda mais relevante.

**Palavras-chave:** *bitcoin*; características; natureza jurídica; regulamentação; direito comparado.

## ABSTRACT

*This article aims to describe the legal sense of Bitcoin from its concept, main characteristics, legal nature and treatment in comparative law. To this end, a qualitative bibliographic research was carried out, made possible by the narrative review of the literature, seeking to identify important theoretical elements for the debate on the relevant legal issues involving Bitcoin. As a result, basic concepts and main characteristics about Bitcoin were found, its classification as currency, financial asset or asset, the Brazilian regulation proposal as a form of payment and the way it is treated in Japan, the United States and Germany. It is concluded, from this study, that there are many questions necessary for further study. Nevertheless, the narrative review brought a fundamental debate that, given the current moment, of accelerated advancement in technology and new social dynamics, becomes even more relevant.*

**Keywords:** *bitcoin*; features; legal nature; regulation; comparative law.

1 Pós-graduando em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Assistente jurídico. E-mail: jean\_phh@hotmail.com

2 Doutor em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento pela Universidade FUMEC. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais. Advogado. E-mail: frederico.cordeiro.martins@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0016923349977820>.

3 Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho/RJ (2008). Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019). Especialista em Direito Público pela Universidad Castilla-La Mancha (Espanha-2021). Professor da graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Professor da Faculdade de Pará de Minas. Coordenador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna (Mestrado e Doutorado). Coordenador da Comissão Própria de Avaliação da Faculdade de Pará de Minas. E-mail: marcioeduardopedrosamorais@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4987303044300524>.

### Como citar o presente artigo científico:

PINTO, Jean Philippe Silva; MARTINS, Frederico Cordeiro; MORAIS, Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Bitcoin: análise sob a ótica jurídica e suas implicações no Brasil. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 34.

# 1 INTRODUÇÃO

A humanidade vem enfrentando diversos desafios ao longo de sua história, sendo um deles os que se relacionam aos aspectos financeiros. Sociedades que se deparam com inflação, ciclos econômicos, falta de confiança e instabilidade de instituições financeiras, carência quanto ao acesso a serviços financeiros para toda a população, buscam por meio da tecnologia a solução para os problemas, através da fusão com área econômica.

Os avanços tecnológicos tem possibilitado uma mudança no padrão de comportamento das sociedades através de experiências cada vez mais inovadoras em diversas áreas do conhecimento. Ocorre que, a despeito dessas inovações, o dinheiro é uma das poucas invenções humanas que sofreram inovações *disruptivas* na sua maneira de uso, especialmente no que tange ao controle governamental na padronização e garantia de autenticidade dele.

No entanto, surge, na década de 2000, um novo paradigma do dinheiro "*Peer-to-Peer Electronic Cash System*" (NAKAMOTO, 2008) que se amolda às ideias de inovação e *disrupção* amparadas pelas tecnologias de informação e comunicação e contraria a tradicional ideia do papel ou metal moeda e o monopólio estatal da riqueza e seus mecanismos de ação o que, via de consequência, implica no surgimento de discussões científicas de cunho social e jurídico.

Assim, tendo em conta, especialmente, que o *Bitcoin*, é uma moeda digital que surge como uma nova forma de utilizar o dinheiro e que tem como marco a não utilização de uma autoridade central regulando o seu funcionamento é que se desenvolve o presente estudo, com o objetivo de descrever, através de estudo da literatura, o sentido jurídico do *Bitcoin* a partir de seu conceito, principais características, natureza jurídica e tratamento no direito comparado.

Para compreender como o *Bitcoin* se insere no cenário jurídico, optou-se pelo método de pesquisa bibliográfica, qualitativa, viabilizada por meio de revisão narrativa de literatura. Para Mendes-da-Silva, a revisão narrativa aborda, usualmente, uma ou mais questões e, diferentemente das revisões sistemáticas, os critérios de seleção para inclusão dos artigos podem ou não estar especificados explicitamente pelos pesquisadores. Coerentemente com a pretensão desta investigação, Mendes-da-Silva esclarece que as revisões narrativas de literatura podem ser aplicadas para "debates gerais, discussão de trabalhos anteriores, e lacunas atuais no campo de conhecimento. Podem ainda trazer raciais para pesquisas futuras" (MENDES-DA-SILVA, 2019).

Na revisão narrativa a identificação de *corpus* do conhecimento atinente ao objetivo e a sua análise possibilitam a obtenção de respostas. A clareza a respeito do percurso adotado, para Wendler, permite gerar um arcabouço de informações que, futuramente, auxiliará outros pesquisadores, possibilitando-lhes a identificação dos métodos, conteúdos e tendências das publicações utilizadas (WENDLER, 2012). Neste sentido, esclarece-se que, além da literatura clássica, foram mapeados artigos publicados em periódicos, levantados por procedimentos de busca estruturada na *Scientific Electronic Library Online* (SciELO).

A averiguação, nos referidos indexadores, ocorreu a partir de palavras-chave, combinadas com emprego de operadores lógicos, nos campos título e assunto. Foram excluídos textos duplicados, vídeos, imagens ou artigos que, após a leitura dos resumos, revelaram-se inadequados para a temática desta investigação. Não houve delimitação temporal, selecionou-se apenas ensaios em português, inglês e espanhol, bem como aqueles cujos textos completos estivessem disponíveis. As seções seguintes apresentam os resultados e as discussões.

## 2 ENTENDENDO O *BITCOIN*

Entender o *Bitcoin* hoje é uma tarefa tão difícil quanto era a de saber o funcionamento do Telex ou Fax, formas de comunicação que eram amplamente utilizadas até o final do século passado, dadas as suas peculiaridades e o aspecto temporal.

Não há um conceito único, mas os pontos de convergência são a ideia de que se trata de uma moeda digital de código aberto baseada num conjunto de tecnologias e conceitos, de ponto a ponto (*peer-to-peer*), sem intermediários, que representam, guardam e transmitem valores, que não constitui uma nova forma de dinheiro, apenas uma nova maneira de empregar moeda já existente (ULRICH, 2014; ANTANOPOULOS, 2014; SHOSTAK, 2013).

O *Bitcoin*, segundo Ulrich, é uma moeda digital criada por meio de programas de computador de código aberto, que é um software que permite execução, cópia e modificação por todos os usuários (ULRICH, 2014). Salienta-se o fato que mesmo se tratando de um código livre, o mesmo não é sinônimo de gratuito e sim de liberdade dos usuários na colaboração e compartilhamento de informações para o aperfeiçoamento do software. Estes softwares são implementados por usuários espalhados em todas as partes do mundo, utilizando para tanto, o código fonte que é aberto.

O sistema *peer-to-peer* permite que os usuários do software realizem transações uns com os outros sem qualquer intermediação de terceiros na negociação atuando, portanto, de modo descentralizado, sem a atuação de um ente central intermediando a negociação (AGNER, 2017).

Sobre o funcionamento do *Bitcoin*:

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas “chaves”, uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando a Maria decide transferir *Bitcoins* ao João, ela cria uma mensagem, chamada de “transação”, que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Olhando a chave pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que João é o novo proprietário dos fundos. A transação – e, portanto, uma transferência de propriedade dos *Bitcoins* – é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um “bloco” do blockchain (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede *Bitcoin*). A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede *Bitcoin*, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude. (ULRICH, 2014, p. 18).

Os usuários do *Bitcoin* podem ser divididos em dois grupos distintos, os mineradores, que atuam como fornecedores, ou seja, transferem a propriedade de um consumidor para o outro, além de gerarem novos *Bitcoins* e, também, existem os clientes, que não participam desse processo de mineração, criação de novos *Bitcoins*, estes, apenas utilizam a moeda como forma de pagamento de diversas transações (FOBE, 2016)

As moedas virtuais são geradas por operações matemáticas realizadas por computadores em rede, que, depois de determinado espaço de tempo geram um código com vários caracteres. Esta operação é chamada de mineração.

Ulrich ensina que como não existe um ente central que controla as transações nem cria os *Bitcoins*, os próprios usuários ficam a cargo de realizar tal função e são denominados mine-radores. Os mineradores são recompensados pelo seu trabalho com *Bitcoins* recém-criados (ULRICH, 2014, p. 19).

O sistema utilizado para a realização de todas as transações é chamado Blockchain, que é um banco de dados que registra todas as movimentações que são realizadas com os *Bitcoins*. Antanopoulos assevera que o Blockchain se traduz em uma "estrutura de dados é um orde-nador, lista de blocos de transações com encadernação. O Blockchain pode ser armazenado como um arquivo simples ou em um banco de dados simples" (ANTANOPOULOS, 2014, p. 195). Além disso, o *Blockchain* serve como um suporte de segurança na realização das transações (OLIVEIRA, 2018).

Percebe-se pelos ensinamentos expostos que o *Blockchain* além de ser a plataforma que realiza e mantém todos os registros das transações serve como um suporte de segurança na realização das transações, evitando assim o chamado gasto duplo e possuindo um ambiente seguro através da criptografia:

Além de atuar como um meio de defesa nos termos supramencionados, o blockchain dá um caráter público a qual transação que seja realizada nela, isso porque uma vez que seja registrada nessa espécie de livro-razão, qualquer indivíduo pode acessá-lo, obtendo tais dados. Portanto as informações das transações não se restringem aos contratantes. Pode-se afirmar que é graças a existência do blockchain em conjunto com a rede peer-to-peer e a função hash (função matemática usada para criptografar as moedas digitais) que o *Bitcoin* obteve sucesso onde tantas outras moedas falharam (por terem um caráter centralizado), possibilitando que inúmeras outras moedas criptografa-das surgissem em sua esteira. (OLIVEIRA, 2018, p. 29).

Vê-se, portanto, que o *Blockchain* é instrumento de suma importância para o registro e segurança das informações, possuindo ainda um caráter de publicidade, sendo que algumas informações são de acesso público.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DO *BITCOIN*

Nas pesquisas que embasaram o presente o artigo foi possível identificar o *Bitcoin* como dinheiro, valor mobiliário, título de crédito, ativo financeiro e bem jurídico, ou seja, não possui uma natureza jurídica única ou propriamente dita, motivo pelo qual os autores a tratam de dife-rentes formas, tendo em vista os contextos em que se inserem.

Conforme já mencionado, o *Bitcoin* é uma moeda digital que, por conceituação dada pelo Banco Central (BACEN), nos termos comunicado nº 31.379, de 2017, não tem como referência o Real ou outra moeda estabelecida por governos soberanos (BRASIL, 2017). Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário n. 478410 SP deixou claro que "A moeda, pois, não é senão um nome sacralizado pela ordem jurídica. Em 30 de junho de 1994 ano o "real" passou a ser moeda [unidade monetária] brasileira única e exclusivamente porque assim o disse, definindo-o como tal, o direito positivo brasileiro." "Todas as demais unidades monetárias

como tais definidas pelos ordenamentos jurídicos de outros Estados não revestem, no quadro do direito positivo brasileiro, a qualidade de moeda." (BRASIL, 2010).

Outros fundamentos embasam o entendimento de que o *Bitcoin* não pode ser classificado como dinheiro: por não ser um meio de troca universalmente aceito (ULRICH, 2014), em razão da falta de uma unidade padrão de medida de valor, devido a sua alta volatilidade e, também, pela ausência de reserva de valor.

A ausência ou dificuldade de delimitar um valor intrínseco para o *Bitcoin* traz um grave problema de estabilidade da criptomoeda como um ativo, impossibilitando expectativas racionais de equilíbrio de preço se concretizem, ocorrendo assim as chamadas bolhas, demonstrando com isso sua volatilidade.

A volatilidade se refere ao fato de o *Bitcoin* sofrer variações constantes em seus preços, havendo momentos de grandes valorizações e momentos de profunda desvalorização, o que pode representar uma grade bolha especulativa (ULRICH, 2014).

Também, foi possível evidenciar por meio desta pesquisa que o *Bitcoin* não se classifica com valor mobiliário, tendo em vista o artigo 2º da Lei nº 6.385/76 - Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários - não elenca a moeda digital em nenhum de seus incisos, sendo que se trata de um rol taxativo (BRASIL, 1976), o que é corroborado por Balduccini *et al*, visto que as moedas virtuais possuem características de investimento coletivo de circulação em massa perante uma pluralidade de pessoas vinculadas a este mesmo investimento (BALDUCCINI; BEDICKS; KADAMANI; SALOMÃO, 2015).

No que diz respeito ao *Bitcoin* como título de crédito falta-lhe os requisitos previstos na legislação cambiária, quais sejam: literalidade<sup>4</sup>, autonomia<sup>5</sup> e cartularidade<sup>6</sup>, além do instrumento formal demonstrando estar presente as suas características fundamentais. Além disso, não se pode considerar o *Bitcoin* como título executivo extrajudicial, como acontece no caso dos demais títulos de crédito, pois não se encontra previsto no artigo 784 do Código de Processo Civil<sup>7</sup>.

4 O conceito de literalidade para Waldomiro Bulgarelli "é a medida do direito contido no título. Vale, assim, o documento pelo que nele se contém, exprimindo, portanto, a sua existência, o seu conteúdo, a sua extensão, e a modalidade do direito nele mencionado" (BULGARELLI apud GRAHL, 2003, p. 30).

5 Segundo Fábio Ulhoa Coelho, "pelo princípio da autonomia das obrigações cambiais, os vícios que comprometem a validade de uma relação jurídica, documentada em título de crédito, não se estendem às demais relações abrangidas no mesmo documento" (COELHO, 2010, p. 399).

6 Segundo Rubens Requião, "para o exercício do direito resultante do crédito concedido torna-se essencial a exibição do documento. O documento é necessário para o exercício do direito de crédito. Sem a exibição material não pode o credor exigir ou exercitar qualquer direito fundado no título de crédito" (REQUIÃO, 2008, p. 371).

7 Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (BRASIL, 2015a).

Rechaçada pela CVM no ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN endereçada aos Diretores Responsáveis pela Administração e Gestão de Fundos de Investimento como ativo financeiro, o *Bitcoin* não pode ser adquirido diretamente pelos fundos de investimento regulados na Instrução CVM nº 555/14<sup>8</sup> e ainda por não existir muitos riscos ligados a ele (BRASIL, 2018).

Nos artigos pesquisados, foi possível classificar o *Bitcoin* apenas como bem jurídico incorpóreo<sup>9</sup>, utilizado na troca de bens e serviços, pois, como menciona Gonçalves “bens, portanto, são coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como a existência imaterial economicamente apreciáveis” (GONÇALVES, 2012, p. 705).

### 3.1 O PROJETO DE LEI (PL) Nº 2.303/2015

Na inexistência de legislação específica sobre o tema e a crescente onda de comercialização e utilização das moedas, levou à elaboração do Projeto de Lei nº 2.303 de 2015 que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central (BACEN), pois há uma preocupação com os efeitos das transações realizadas por meios destes instrumentos, especialmente quanto: ausência de regulação propriamente dita, aos direitos dos consumidores e atividades ilegais.

De acordo com Ulrich: “as pessoas que não são cuidadosas, elas podem inadvertidamente apagar ou perder seus *Bitcoins*. Uma vez que o arquivo digital esteja perdido, o dinheiro está perdido, da mesma forma com dinheiro vivo de papel” (ULRICH, 2014, p. 30). Percebe-se que deve haver grande cuidado quanto ao gerenciamento da segurança da moeda, se utilizando de meios como a criptografia para amenizar os perigos.

Enquanto a falsificação não é supostamente possível, casas de câmbio de *Bitcoin* e serviços de carteira online têm por vezes lutado com a questão da segurança. Dinheiro e sistemas tradicionais de pagamento eletrônico também têm problemas periódicos de segurança, mas uma alta incidência de problemas de segurança em um sistema que tenta estabelecer-se e ganhar confiança dos clientes poderia ser mais danoso.

## 4 O BITCOIN NO DIREITO COMPARADO

Andrade elenca o uso do Bitcoin em diversos países e apresenta destaque para o seu crescimento e a incerteza quanto a sua natureza jurídica e sua forma de regulação (ANDRADE, 2017). Silva assevera que a União Europeia não regulou de forma efetiva a utilização dos *Bitcoins* em suas transações, mas emitiu um parecer alertando os riscos que envolvem a sua utilização por parte dos consumidores:

8 “Art. 2º Para os efeitos desta Instrução, entende-se por: V – ativos financeiros: a) títulos da dívida pública; b) contratos derivativos;” (BRASIL, 2018).

9 “Bem em um sentido mais amplo, é tudo aquilo que nos apresenta como digno, útil, necessário valioso [...] Os bens são, pois, coisas reais, ou objeto ideal dotado de valor, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que além de ser o que são, valem.” (TOLEDO, 1994).

A União Europeia já iniciou a sua atividade jurisdicional relacionada à Criptomoeda. O Tribunal de Justiça de União Europeia emitiu parecer indicando qual é o tratamento tributário das operações envolvendo a conversão de Criptomoedas em moedas tradicionais, cabendo destacar que tanto a Autoridade Bancária Europeia (European Banking Authority) como o Banco Central Europeu (European Central Bank) já emitiram posicionamento a respeito do uso e dos riscos associados às Criptomoedas. Não houve a emissão de regulação efetiva por qualquer dos órgãos, porém estes sempre indicam que o uso de Criptomoedas, apesar de apresentar uma evolução tecnológica, expõe o sistema financeiro a risco na medida em que as legislações de Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro não são aplicadas na utilização de tal instrumento. Especificamente, a Autoridade Bancária Europeia destacou que, em virtude do fato de que as Criptomoedas não serem reguladas, elas expõem os consumidores ao risco de perder o seu dinheiro além de eventuais aplicações de sanções na esfera tributária. (SILVA, 2017, p. 91).

Já o Canadá, conforme destaca Andrade, não emitiu regulamentação específica sobre o tema, embora a considere o *Bitcoin* como serviço financeiro. Andrade destaca que a Colômbia emitiu parecer informando que as criptomoedas não possuem curso legal, não havendo a obrigação de serem aceitas pelos comerciantes, sendo que sua utilização envolve grandes riscos (ANDRADE, 2017). O Reino Unido acena positivamente para a utilização das criptomoedas, embora não tenha estabelecido legislação própria a respeito.

O Japão reconhece o *Bitcoin* como um método de pagamento legalmente estabelecido, fazendo jus ao ser um dos centros tecnológicos de referência mundial, sendo o país que mais utiliza as criptomoedas. É o que se verifica do site [btc-soul](https://www.btc-soul.com)<sup>10</sup>, que divulga artigos sobre *Bitcoin*.

Desde abril de 2017 o *Bitcoin* é um método de pagamento legal no Japão, aceito por mais de 4.500 lojas. Conforme demonstrado por Silva, o Japão emitiu diversas minutas regulamentando as empresas operadoras das criptomoedas, alterando a legislação sobre pagamentos e a legislação sobre a prevenção de lavagem de dinheiro (SILVA, 2017).

Os Estados Unidos se destacam por serem o primeiro país a emitir uma regulamentação sobre a utilização das criptomoedas. De acordo com Silva, foi emitido um comunicado sobre o tratamento jurídico do *Bitcoin*, reconhecido como bem, sendo aplicado a legislação que recai sobre esta temática (SILVA, 2017).

Os Estados Unidos também possuem uma série de requisitos para a utilização das moedas e para a abertura de empresas que fazem as transações, sendo importante destacar que:

I - Os contribuintes que receberem qualquer quantidade de Criptomoedas devem declarar os ganhos para que possam ser calculados na declaração de imposto de renda, levando-se em consideração o valor da moeda na data na qual a transação ocorreu, sendo regulamentada em legislação federal, aplicável a todos os Estados;

II - Devido ao federalismo americana cada Estado pode regulamentar a matéria individualmente e ter aplicações diferentes. (SILVA, 2017, p. 95).

O governo Alemão emitiu parecer, em março de 2018, legalizando a criptomoeda e classificando o *Bitcoin* como meio de pagamento, não podendo ser taxado. Essa decisão, emitida pelo ministério de finanças alemão, foi baseada em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Europeu:

A Alemanha é um dos países que mais avançou, em termos regulatórios, no tocante às moedas virtuais. Desde 2011 quando a BAFin publicou um comunicado atestando que o *Bitcoin* não se enquadrava na definição de e-money por não possuir curso forçado, o país vem inovando na regulação de *Bitcoins*. Naquele momento, o país reconheceu ao *Bitcoin* o status de mercadoria, sujeitando-o à tributação. (FOBE, 2016, p. 96).

Percebe-se que a utilização do Bitcoin e sua regulamentação é extremamente mutável de acordo com os países e que é um tema que gera bastante discussão em âmbito internacional, ficando claro os posicionamentos de alguns países que sinalizaram de forma positiva para a utilização das criptomoedas os países que estão constantemente em avanços tecnológicos.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o *Bitcoin*, em seu conceito, principais características, aplicações e repercussões no plano jurídico e trouxe importantes reflexões a respeito da sua natureza jurídica no Brasil e em alguns países estrangeiros. Considera-se que não há, nos artigos mapeados, uma resposta única e conclusiva, para o tema-problema. Não obstante, a revisão narrativa ora apresentada trouxe um debate fundamental por si só e que, considerando-se o momento atual, se torna ainda mais relevante.

Evidenciado por este artigo que o *Bitcoin* é uma tendência mundial e que já existem países que o utilizam de forma recorrente com base em legislações específicas sobre o tema, no Brasil ainda se debate sobre sua natureza jurídica e classificação em algum instituto jurídico, mesmo não havendo regulação própria para o tema. Verificou-se que de todas as classificações na qual o *Bitcoin* poderia figurar a melhor em que se enquadrou foi como bem jurídico.

Contudo, apenas enquadrá-lo como um bem jurídico não garante a segurança jurídica na qual a sociedade e o próprio legislador buscam, devendo ser criada uma legislação própria sobre o tema. Para tanto tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 2.303 de 2015 que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central.

A partir da análise do referido projeto de lei, verifica-se o interesse estatal na regulação do *Bitcoin*, porém esta regulação deve ser feita com cautela e um estudo prévio sobre as implicações de uma interferência assídua por parte do Estado.

Quanto aos limites do texto, além daqueles impostos pela insipiência da pesquisa, tem-se que uma questão que merece discussão adicional refere-se aos arranjos desenvolvidos por outras nações para definir contornos jurídicos claros quanto ao uso do *Bitcoin*.

Ao fim, instigados pelo interesse em tantas questões presentes nos textos que compuseram esta revisão, propõe-se a continuidade do estudo com um maior nível de detalhamento em relação aos temas aqui abordados.

## REFERÊNCIAS

- AGNER, Marco. **Bitcoin para Programadores**. Rio de Janeiro: ITS. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/06/bitcoin-para-programadores.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- ANDRADE, Mariana Dionisio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos *Bitcoins* e o crime de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 7. n. 3. dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4897/3645>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- ANTANOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin: Unlocking digital cryptocurrencies**. Sebastopol: Oreilly, 2014.
- BALDUCCINI, Bruno; BEDICKS, Leonardo Baracat; KADAMANI, Rosine; SALOMÃO, Raphael Palmieri. *Bitcoins: os lados desta moeda*. Revista dos Tribunais, [S. l.], v. 953, n. 104, p. 19-33, mar. 2015.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Comunicado nº 31.379**. 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidade-financeira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Ofício Circular no 1/2018/CVM/SIN**. 2018. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm). Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.303 de 2015**. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. 2015b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/banco-central-regular-moedas-virtuais>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 478410 SP**. Relator: Min. Eros Grau, 14 de maio de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611071>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- FOBE, Nicole Julie. **O Bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos**. 2016. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15986/2016.03.22\\_Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_Nicole\\_Fobe\\_Vers%C3%A3o%20Protocolo.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15986/2016.03.22_Disserta%C3%A7%C3%A3o_Nicole_Fobe_Vers%C3%A3o%20Protocolo.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em: 22 abr. 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- GRAHL, Orival. **Título de Crédito Eletrônico**. 2003. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2003. Disponível em: [http://www.bdt.uec.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=105](http://www.bdt.uec.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=105). Acesso em: 22 abr. 2021.
- MENDES-DA-SILVA, Wesley. Contribuições e Limitações de Revisões Narrativas e Revisões Sistemáticas na Área de Negócios. **Rev. adm. contemp.**, Curitiba, v. 23, n. 2, p. 1-11, mar. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-6552019000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552019000200001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 abr. 2021.
- NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**. 2008. Disponível em: <https://Bitcoin.org/Bitcoin.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- OLIVEIRA, Leonardo Rodrigues de. **Uma análise jurídica da (des)necessidade da regulamentação das moedas digitais**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188016/TCC%20-%20Moedas%20Digitais-20Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.
- SILVA, Luiz Gustavo Doles. **A regulação do uso de criptomoeda no Brasil**. 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3358/5/Luiz%20Gustavo%20Doles%20Silva.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- SHOSTAK, Frank. **The Bitcoin Money Myth**. Mises Daily, Auburn: Ludwig von Mises Institute, 17 abr. 2013. Disponível em: <http://mises.org/daily/6411/The-Bitcoin-Money-Myth>. Acesso em: 22 abr. 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. Saraiva: São Paulo, 1994.

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

WENDLER, R. The maturity of maturity model research: a systematic mapping study. **Information and software technology**, v. 54, n. 12, p. 1317-1339, 2012. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0950584912001334>. Acesso em: 22 abr. 2021.

# 03

CAPÍTULO

# OS IMPACTOS CAUSADOS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS EMPRESAS

LUCAS CANDINI SOARES<sup>1</sup>  
ANDRÉ LUIZ LIMA SOARES<sup>2</sup>  
JOSÉ QUERINO TAVARES NETO<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo, mediante pesquisa bibliográfica pelo método dedutivo, tem como objetivo apresentar o contexto jurídico e os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas empresas. Os dados pessoais por muito tempo, vem sendo valorizados e monetizados. O tratamento dos dados afeta as relações de trabalho, sendo o principal desafio para as empresas a sua implementação conforme processo de compliance estabelecido pela lei. Por fim, será realizado um sobrevoo em relação as sanções previstas pela lei, as suas aplicações, bem como à apresentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão regulador e de fiscalização da LGPD.

**Palavras-chave:** dados pessoais; sociedade da informação; relações de trabalho; *compliance*; ANPD.

## ABSTRACT

*The present article, through bibliographic research using the deductive method, aims to present the legal context and the impacts of the General Data Protection Law in companies. Personal data has long been valued and monetized. The treatment of data affects labor relations and the main challenge for companies being its implementation according to the compliance process established by the general law. Finally, an overflight will be*

- 1 Advogado. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC (2021). Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Civil, Trabalho, Empresarial, Imobiliário e LGPD.
- 2 Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (2020/2022). Pós-Graduado (Especialização em Direito Processual) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008) Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2005). Professor Universitário. Presidente da Comissão de Direito Securitário e Previdência Complementar da OAB/MG.(2016/2021) Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG (2019/2021). Membro do Instituto Mineiro de Direito Processual. Pesquisador do CNPQ. Associado a AIDA-Brasil - Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito de Seguros. Membro do GNT de Processo Civil da AIDA- Brasil. Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva do Estado de Minas Gerais. Leader Coach pela Escola Legal Leader. Sócio e Advogado do escritório Pinto & Soares Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Civil, Empresarial e Seguros Privados e na área de Direito Público em Processo Coletivo.
- 3 Possui pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra sob a supervisão do Doutor José Joaquim Gomes Canotilho (2007), com bolsa da Capes, Graduado em Ciências Sociais (1988) e em Direito (1993), Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (1997), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2001), Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2014), Curso de Formação em Psicanálise (2019-2020) na Associação Livre Goiânia. Atualmente é Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Professor do Programa em Direito e Políticas Públicas da UFG no qual é Bolsista de Produtividade com apoio do PPGDP-UFG e seus financiadores. Bolsista de Produtividade do CNPq. É líder do grupo de pesquisa Estado, Governo e Sociedade que se reúne regularmente na UFG. <https://orcid.org/0000-0003-2496-4886>. E-mail: [josequerinotavares@gmail.com](mailto:josequerinotavares@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2420742587515754>.

### Como citar o presente artigo científico:

SOARES, Lucas Candini; SOARES, André Luiz Lima; TAVARES NETO, José Querino. Os impactos causados pela Lei Geral de Proteção de Dados nas empresas. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 45.

carried out in relation to the sanctions provided by the law and their applications, as well as the presentation of the National Data Protection Authority (NDPA), the regulatory and supervisory body of the GDPR.

**Keywords:** personal data; information society; work relationships; compliance; NDPA.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe analisar de forma geral os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nas empresas. Este trabalho busca de certo modo apresentar como a Lei Geral de Proteção de Dados exerce substancial importância no cotidiano dos cidadãos brasileiros.

O trabalho parte inicialmente do objetivo de classificar o conceito de dados pessoais e o contexto gerado pela sociedade para a regulamentação destes, principalmente aqueles que tratam sobre registro civil, documentos pessoais, informações raciais ou étnica, convicções religiosas, opiniões políticas, saúde ou vida sexual.

Outro ponto importante sobre os dados pessoais, é o fato de que existem empresas que monetizam as suas informações e com o passar do tempo esta prática rendeu muitos dividendos, sendo que atualmente os dados são equiparados ao petróleo.

Os impactos gerados pela LGPD nas empresas são grandes, pois obrigam as organizações realizarem um complexo processo de implementação através do mapeamento dos riscos existentes junto aos recursos humanos, compliance, financeiro e comercial com o objetivo de adequarem a legislação.

Com o intuito de demonstrarmos estes impactos no cotidiano das empresas, apresentaremos alguns apontamentos sobre o setor de recursos humanos, pois classificamos como um dos mais sensíveis para as organizações empresariais.

Ressalte que as relações de trabalho e o *compliance* estão diretamente relacionados com a gestão de pessoas e demandam muita atenção com a chegada da LGPD.

No que diz respeito as relações de trabalho as empresas necessitam realizar um mapeamento dos seus processos internos, buscando efetivar o tratamento dos dados pessoais dos seus empregados, capacitando os seus colaboradores, bem como resguardando os dados arquivados na medida das necessidades da empresa com o intuito de evitar prejuízos e perdas decorrentes da não observância da lei.

Já em relação ao *compliance* são feitas algumas conjecturas sobre quais os melhores meios de segurança, ética e responsabilidade, quando trata-se de dados pessoais, impondo uma série de ajustes às empresas, principalmente sobre como se dará a efetivação dos artigos 17 a 22 da LGPD.

As empresas precisam desenvolver inúmeros controles sobre os dados pessoais, diante disso é recomendado que nomeiem um DPO - *Data Protection Officer*, pois somente com uma gestão eficiente de boas práticas torna-se possível uma implementação efetiva da lei.

Ressalta ainda que a violação da Lei Geral de Proteção de Dados, enseja consequências legais aos infratores. Assim, os agentes de tratamento que infringirem a Lei de proteção de dados estarão sujeitos à arcar com sanções administrativas, seguindo os critérios da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Tais sanções estão disciplinadas no artigo 52 da LGPD.

Com o intuito de tornar o estudo reflexivo, iremos realizar um sobrevoo sobre as sanções disciplinadas pela lei, demonstrando que aqueles que não cumprirem as exigências da norma relativo aos dados em sua custódia, poderão responder administrativamente pelas infrações cometidas.

Por fim, iremos analisar as funções da ANPD, uma vez que a mesma deve ter um papel fiscalizatório e regulatório, como instituição reguladora que detenha a autonomia necessária para a edição de atos administrativos normativos de caráter técnico, respeitados os parâmetros legalmente impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Desta feita, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise sobre os impactos da lei geral de proteção de dados nas empresas e suas consequências na hipótese de sua inobservância.

Esse artigo é fruto de estudo bibliográfico e das normas jurídicas de direito tendo utilizado do método dedutivo.

## 2 DADOS PESSOAIS EM MEIO A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O conceito de dado pessoal é um elemento chave. É o que irá determinar o terreno em que a Lei de proteção de dados irá ocupar, tal é a importância de se entender este conceito. Inicialmente deve-se compreender que dado pessoal é uma informação que está associada a uma pessoa específica, que seja capaz de identificar a partir de qual indivíduo se projeta determinado dado (BIONI, 2015, p. 17-18).

No atual estágio da sociedade pós-industrial, passamos por uma forma de organização em que a informação é o elemento central para o desenvolvimento da economia, sobrepondo aos demais recursos disponíveis.

A informação é o novo elemento que estrutura e reorganiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.

Ainda que essa nova forma de organização social não se resuma apenas ao meio ambiente virtual, a internet é a ferramenta de maior destaque nesse processo de informatização. É justamente em razão do tamanho do impacto gerado pela era digital que é necessário investigar a regulação dos bancos de dados eletrônicos, em especial as principais mudanças no formato da economia atual e quais danos colaterais isso pode gerar aos cidadãos.

A grande reviravolta para o atual estágio da capacidade de processamento de informação foi a transição da plataforma na qual ela é colocada. O surgimento dos *bits*, que desmaterializariam a informação, permitindo a sua introdução em computadores. E, com o passar do tempo, todo tipo de informação passou a ser digitalizado, tal como áudio e o vídeo (NEGROPONTE, 1995).

Tal revolução não somente comprimiu consideravelmente o armazenamento da informação, mas, igualmente, permitiu a ela um acesso mais facilitado. Houve, portanto, um progresso quantitativo e qualitativo do processamento informacional.

## 2.1 OS DADOS PESSOAIS COMO BEM ECONÔMICO

A partir da grande máquina mercadológica atuante em uma economia capitalista, em especial quanto os segmentos dos bens de consumo e a sua promoção, os dados pessoais dos cidadãos se converteram em um bem vital que faz parte da engrenagem da economia dentro da sociedade de informação.

Com o nascimento da possibilidade de organizar os dados pessoais, bem como a viabilidade de aglutina-los através de "*Big Datas*", surgiu um mercado cuja a base de sustentação é a sua extração. Fazendo com que os dados dos cidadãos sejam vigiados e constantemente usados pela sociedade de consumo (ZUBOFF, 2019).

Diante disso, em virtude da evolução dos mecanismos de captura e manutenção dos dados pessoais, com o intuito de gerar controles e evitar abusos, o Estado Brasileiro representado pelo poder legislativo, discutiu a necessidade de criação da lei de proteção de dados pessoais, para contrapor a atual posição de passividade atribuída ao cidadão quanto ao uso de suas informações pessoais.

## 2.2 O VALOR ECONÔMICO DOS DADOS PESSOAIS

Para entender o valor econômico dos dados pessoais um bom exemplo é a aquisição do aplicativo de mensagens instantâneas Whatsapp pela rede social Facebook, na ordem de U\$19 bilhões de dólares – no ano de 2014, ficando registrada na época como uma das maiores transações econômicas do ramo digital.

Inicialmente o WhatsApp nasceu como um aplicativo de troca de mensagens privadas, com a promessa de que os dados pessoais dos seus usuários não seriam revertidos para fins de publicidade comportamental (UOL, 2014).

Por essa razão, o criador do aplicativo cobraria o valor de U\$1,00 dólar ao ano. O valor pago tinha o objetivo de subsidiar os custos do aplicativo, evitando com isso que os dados pessoais dos usuários fossem comercializados (DIAS, 2014).

Ocorre que, após a aquisição, a nova política de privacidade do WhatsApp modificou o seu modelo de negócio. Os dados pessoais dos seus usuários foram compartilhados entre os grupos de empresas do Facebook com o objetivo de "aprimorar as experiências" dos seus serviços, especialmente com relação aos anúncios e produtos do Facebook (BIONI, 2016).

O valor de U\$19 bilhões de dólares pagos para a aquisição dos dados pessoais dos usuários da plataforma com a realização do seu tratamento se mostrou um ótimo negócio. A perspectiva de rentalizar os dados pessoais dos usuários da plataforma via publicidade comportamental elevaria o valor de U\$ 1,00 por ano – como antes cogitado pelo próprio fundador do Whatsapp – para U\$12,00 por ano (YARON, 2014).

A importância do valor econômico dos dados pessoais, conforme ficou demonstrado no exemplo retratado com a plataforma Whatsapp, aponta os riscos da sua monetização como estratégia comercial, bem como gera inúmeras reflexões sobre a necessidade regulatória e a sua proteção (BIONI, 2016).

## 2.3 MONETIZAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Analisar o fato da alocação dos dados pessoais como um ativo econômico é de extrema importância. O avanço da tecnologia, como propulsor de um salto no volume de processamento da informação, permitiu a introjeção desses dados como um fator crítico da atividade empresarial através da virtualização da informação.

Os dados pessoais se revelaram como um elemento crítico para a promoção dos bens de consumo. Pelo qual a publicidade pode ser direcionada, especialmente no ambiente virtual, com base nas preferências do consumidor final. E, com o avanço tecnológico, permitiu-se cada vez mais traçar o perfil de cada consumidor, através do monitoramento do seu comportamento, para correlacionar à mensagem publicitária.

O consumidor muitas vezes não paga diretamente por um bem de consumo mediante uma prestação pecuniária. A contraprestação consiste no fornecimento de seus dados pessoais para a entrega de publicidade direcionada, em troca de produtos virtuais “gratuitos”. Essa monetização dos dados pessoais formatou uma nova economia.

Por isso é de total importância que qualquer legislação de cunho regulatório para a proteção de dados pessoais leve em consideração estes mecanismos de atuação, ou seja, a existência de uma “economia de vigilância” (DE VRIES, 2012).

Por fim, tal constatação faz parte de estratégias regulatórias complementares que são, por um lado, o empoderamento do indivíduo para exercer um controle significativo sobre seus dados pessoais, e, por outro lado, a consideração de que o próprio fluxo das informações não deve se submeter indiscriminadamente aos interesses econômicos em jogo.

## 3 A LGPD E OS IMPACTOS NAS EMPRESAS QUANDO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A LGPD, define, previamente à regulamentação propriamente dita, de alguns conceitos com base nos quais, após, definirá direitos e obrigações. Dentre esses conceitos, os mais importantes, para efeito de verificar a aplicação dos seus dispositivos para à relação de emprego, estão disciplinados pelo artigo 5º da legislação e são os seguintes<sup>4</sup>: (i) Titular dos dados: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais (art. 5º, V); (ii) Controlador: pessoa natural ou jurídica que decide quanto ao tratamento dos dados do titular (art. 5º, VI); (iii) Operador: pessoa natural ou jurídica que faz o tratamento dos dados (art. 5º, VII); (iv) Dado Pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificável (art. 5º, I); (v) Tratamento: todo o manuseio dos dados, envolvendo desde a coleta, até o seu armazenamento, sua transmissão, etc. (art. 5º, X) (BRASIL, 2018).

A partir desses conceitos, e à luz da relação de emprego nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT (BRASIL, 1943), não parece haver dúvidas de que o empregado é o titular dos dados, que, por força do contrato de trabalho fornece informações suas ao empregador, que vem a ser por sua vez o Controlador desses dados, cabendo a ele tomar as decisões necessárias sobre o

4 Os demais conceitos são, sempre conforme o art 5º da LGPD: dado pessoal sensível, dado anonimizado, bando de dados, encarregado, agentes de tratamento (Controlador e Operador), anonimização, consentimento, bloqueio, eliminação, transferência internacional de dados, uso compartilhado de dados, órgão de pesquisa, e autoridade nacional.

Tratamento a ser levado a cabo por um Operador – que pode ser o próprio empregador, ou um setor do empregador, ou um terceiro, externo à relação de emprego.

Com isso fica fácil compreender que a LGPD gera impactos significativos perante as empresas na simples relação de emprego. Diante disso é importante que as organizações tenham plena ciência das suas responsabilidades como controladoras dos dados pessoais e possam com isso, buscarem a correta adequação na forma disciplinada pela legislação com o intuito de evitarem prejuízos futuros.

### 3.1 A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR-CONTROLADOR

Há um intenso fluxo de “Dados Pessoais”, tal qual definido na LGPD, envolvendo o contrato de trabalho, diretamente entre o Empregador-Titular e o Empregador-Controlador/Operador, desde (a) as fases anteriores à sua celebração (informações sobre o candidato, currículo, histórico, etc.), passando (b) pela celebração do contrato de trabalho (dados cadastrais, filiação a sindicato, endereço, nomes dos genitores, escolaridade, situação familiar, nomes dos filhos, idade, tipo sanguíneo, etc.), e ainda (c) durante a execução do contrato de trabalho (jornada de trabalho, valor salário, descontos, faltas, motivos das faltas, doenças, acidentes, situações conjugais, que podem ter reflexos em providências da empresa, como o pagamento de pensão, inclusão de um dependente no plano de saúde, etc.), e por fim (d) ao término do contrato de trabalho (motivo de desligamento, valor das verbas rescisórias, etc.).

Há, ainda, uma intensa troca de informações entre o Empregador-Controlador e outros Controladores e os órgãos públicos. Com efeito toda vez que o empregador repassa qualquer informação de um empregado que possibilite a identificação desse empregado para um terceiro, seja quem for esse terceiro, haverá uma transmissão de dados pessoais nos termos da lei. Isso envolve, por exemplo, convênios médicos, planos de saúde, vales-refeição, vales-alimentação e etc. Haverá tratamento de dados pessoais ainda, em relação aos dados dos empregados das empresas terceirizadas que forem transmitidas à empresa contratante.

É certo que, mesmo antes da LGPD, o empregador sempre deteve responsabilidade jurídica em relação a esses dados fornecidos a ele pelo empregado, e sempre foi obrigado a utilizá-los para finalidades compatíveis com as do contrato de trabalho, de boa-fé, sujeitando-se, porventura, a uma eventual reparação por dano moral ou material no caso de desvios ou abusos de sua parte (arts. 113, 186 e 927 do Código Civil) (BRASIL, 2002).

O que antes era somente uma “Ficha de Registro” do Empregado, passou a ser, à luz da LGPD, um conjunto de “Dados Pessoais”, alguns deles, inclusive “Dados Pessoais Sensíveis”, cujo tratamento, nos termos da LGPD, não observa necessariamente a mesma rotina que aqueles “Dados Pessoais Não-Sensíveis”. Por exemplo, nos termos do art. 5º, I e II da LGPD, a “filiação a sindicato” é um dado pessoal sensível do titular, e toda empresa precisa saber se o empregado é ou não associado a um sindicato pela razão simples de que, se o for, terá que efetuar os descontos (BRASIL, 2018).

Significa portanto, que num mesmo documento, a “Ficha de Registro”, haverá dados de natureza distinta, o que pode levar a consequência diferentes no âmbito da rotina interna e dos fluxos de Recursos Humanos da empresa.

É importante frisar que aquelas empresas que não observarem em consonância com a LGPD, o tratamento de dados de seus empregados incorrerão ao risco de sanções, que serão tratadas no próximo tópico.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS MULTAS NA RELAÇÃO EMPREGADOR-TITULARES PELA LGPD

Ainda não se sabe se os direitos agora previstos na LGPD em relação aos Empregados-Titulares têm natureza de direitos trabalhistas ou não. A resposta será afirmativa caso se considere que os dados do titular somente estão sendo objeto de aplicação da lei em razão da existência do contrato de trabalho, sendo portanto um direito que decorre do contrato de trabalho.

Mas a resposta pode ser negativa, aplicando-se por exemplo a mesma razão de decidir do STF no RE 586.543, que apreciou a questão da competência da Justiça do Trabalho para julgar pedidos de complementação de aposentadoria, entendendo que aquela relação jurídica com as entidades de complementação de aposentadoria se baseava nos regulamentos das entidades e não no contrato de trabalho (BRASIL, 2012). Assim, seria possível concluir que a relação Titular-Controlador, que se dá a partir da LGPD, embora ocorra no âmbito de um contrato de trabalho, não seria coincidente, em sua natureza, com a relação Empregado-Empregador, porque os direitos previstos na LGPD transcenderiam o contrato de trabalho.

São diversos os pontos controvertidos quanto aos questionamentos quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar ações questionando multas que venham a ser aplicadas a Controladores em relação a violações da LGPD de titulares de dados que sejam empregados seus.

Um ponto importante que poderá responder a este tópico do trabalho, é saber se aplicaria às normas internas de compliance de trabalho, ou ainda se essas normas internas de compliance, a depender do seu teor, poderiam ser consideradas cláusulas do contrato de trabalho capazes de gerar direitos e obrigações, ou meras normas de organização interna da empresa.

Assim é importante que as empresas realizem o mapeamento dos seus setores, realize a capacitação de seus funcionários, estimule as boas práticas por todos, analise os riscos decorrentes das suas atividades com o intuito de mitigar a aplicação das sanções disciplinadas no Artigo 52 da LGPD.

O que resta concluir é que a existência de boas práticas e normas internas de compliance podem reduzir o valor de uma eventual autuação (art. 52, §1º, VIII, IX), o que traz um estímulo para que os Controladores busquem reduzir, minimizar, ou eliminar os riscos de sofrerem sanções previstas na lei regulatória de proteções de dados (BRASIL, 2018).

## 4 AS PRÁTICAS E MEDIDAS DE COMPLIANCE PARA APLICAÇÃO DA LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, traz consigo o dever de segurança, ética e responsabilidade, quando se trata de dados pessoais, impondo uma série de requisitos às empresas que demandam interdisciplinaridade das mesmas, para estar em adequação com

a legislação. Ou seja, não apenas o setor jurídico e/ou "TI" terão de se adequar às novas disposições advindas da lei, mas a empresa como um todo. A ideia é que as regras e princípios de proteção de dados sejam incorporados pela instituição, passando a integrar os valores e missão dessa.

O desafio maior será a coordenação entre as determinações trazidas pelo texto legal, tais como, a necessidade do consentimento, políticas de segurança da informação, acesso aos dados e transparência. Resta-se claro a necessidade de criar novas dinâmicas dentro dos estabelecimentos comerciais, e ao mesmo tempo, surge o questionamento de como priorizar e por onde começar o processo de *compliance* com a lei.

#### 4.1 O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS PELAS EMPRESAS

Para que possa ser viabilizado o processo de *compliance*, é fundamental que as empresas disponibilizem um canal de comunicação com os titulares e sobre como se dará a efetivação dos artigos 17 a 22 da LGPD, que elencam estes direitos. Dentre os quais está a garantia de, por meio simples, facilitado e imediato, os cidadãos requererem ao controlador (i) confirmação da existência de tratamento; (ii) acesso aos dados; (iii) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; (iv) anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários e excessivos; (v) portabilidade dos dados; (vi) eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; (vii) informação sobre uso compartilhado de dados e implicações do não fornecimento do consentimento; (viii) possibilidade de não fornecimento de dados; e (ix) revogação do consentimento (BRASIL, 2018).

Contudo, à exemplo do cenário internacional, é temerário fechar os olhos para esses artigos de lei, mesmo que em um primeiro momento, não transpareçam uma certa coerência. No entanto, é importante que as empresas utilizem da tecnologia como uma alinhada para implementação da LGPD, pois alcançarão eficiência, rapidez e segurança.

Segundo o relatório desenvolvido pela DataGrail, empresa da Califórnia de soluções para gestão de programas de privacidade, acerca do impacto operacional da GDPR, 58% das empresas submetidas a essa normativa estão recebendo mais de 11 requerimentos de dados por mês, 28% estão recebendo mais de 100 pedidos. Com isso, 58% das empresas possuem pelo menos 26 funcionários envolvidos em atividades relacionadas aos requerimentos feitos pelos titulares. Além disso, com o intuito de evitar erro humano durante o processamento dessas requisições, 84% das empresas adotaram algum mecanismo de automação do gerenciamento desses pedidos, embora ainda existam muitas empresas que façam o processo manualmente (DATAGRAIL, 2019).

De acordo com o relatório, a preparação para cumprimento de tais requisitos na GDPR envolveu um conjunto grande de atividades e providências como, a organização e o mapeamento dos dados, o estabelecimento de um fluxo de trabalho para o processamento das requisições, a implementação de gestão de consentimento e a atualização de políticas de privacidade.

O que se percebe nas nações que já adotaram a lei de proteção aos dados é um custo de conformidade contínuo. As empresas que são capazes de automatizar os processos manuais vinculados à adequação de privacidade, como mapeamento de dados e processamento dos requerimentos dos titulares, maximizaram sua eficiência e produtividade, minimizando os riscos e custos dessa conformidade contínua.

## 4.2 IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD NAS EMPRESAS

No contexto da legislação de proteção de dados, o que se sugere é a criação de uma interface entre a empresa e o titular dos dados, de forma que seja possibilitado o exercício das garantias elencadas nos aludidos dispositivos, cumprindo, assim, com os requisitos de facilidade, respeito a privacidade, autodeterminação informativa, inviolabilidade da intimidade, simplicidade e imediatismo determinados pela LGPD. Desta forma, é possível fazer a gestão e o controle das solicitações, ao mesmo tempo que se permite que o titular exerça o seu direito.

Como já foi dito, a sociedade vivencia a era da informação e conseqüentemente a era da privacidade dos dados. Com isso, deve-se seguir modelos que estão em fase mais avançada de proteção de dados, como a GDPR, para serem traçadas metas e caminhos que levem à concretização e eficácia da LGPD.

Quanto antes se iniciar este processo, menor será a curva de conhecimento e implementação. Indo ao encontro disso, na pesquisa realizada pela DataGrail, os profissionais de privacidade da GDPR informaram que se pudessem ter feito algo diferente teriam (i) iniciado o planejamento e a implementação mais rapidamente; (ii) feito o levantamento dos dados; (iii) comprado uma solução comercial invés de produzir sua própria solução tecnológica; (iv) buscado por uma solução tecnológica e (v) contratado mais mão-de-obra para se envolver nessas atividades.

Nota-se que, na Europa a saída encontrada está sendo investir em soluções de tecnologia comercial que automatizem processos manuais e integrem sistemas de negócios e serviços de terceiros (DATAGRAIL, 2019). O fato é, os primeiros a desvendarem esse percurso para implementarem a lei de proteção de dados estarão à frente do mercado, sendo os precursores do efetivo *compliance* disciplinado pela LGPD, garantindo os direitos dos titulares, assim como, a segurança dos dados pessoais.

## 5 ANPD – AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (assim como a ANCINE, ANVISA, ANATEL e etc.) é o órgão governamental responsável por fiscalizar a correta adoção da coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, essencial para o bom andamento e a correta implementação da LGPD no país.

O objetivo da ANPD é fiscalizar, controlar e, se for o caso, multar todas as organizações empresariais que lidam com dados pessoais e privacidade. Sendo o grau máximo, hierarquicamente, na esfera administrativa da Lei Geral de Proteção de Dados.

Deve-se destacar que, em virtude de sua natureza o procedimento fiscalizatório e punitivo previsto pela LGPD, deve ser aplicada de forma subsidiária as disposições gerais da Lei 9.784 de 1999 e que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Assim, seguindo o texto legal, a ANPD, ao exercer sua competência, deverá observar, além das garantias fundamentais contidas na Constituição da República de 1988, especificamente no que diz respeito a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, também os princípios gerais do direito como da legalidade, motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público, eficiência, entre outros.

## 5.1 ESTRUTURA E ATRIBUIÇÕES DA ANPD

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi estruturada e se organiza em 6 (seis) setores independentes (FERRAZ; DALLARI, 2007).

O Conselho Diretor que é formado por 5 membros, responsáveis por administrar, planejar e tomar decisões pertinentes ao bom funcionamento da LGPD. Um Diretor-Presidente será designado para encabeçar o Conselho.

O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e de Privacidade, possuindo uma formação de diversos nichos, será composto por 23 membros da sociedade, sem direito a voto nas tomadas de decisões da ANPD. Conforme o art. 58 da lei.

A Corregedoria, setor especializado na apuração de erros ou práticas que não estejam em conformidade com a lei. Em caso de erros dos agentes públicos, o setor será o responsável por aplicar as penalidades necessárias. A ouvidoria, especializada em atender a população, sendo a ponte entre os titulares dos dados e a ANPD, responsável por atender a reclamações, dúvidas e mensagens, em geral.

Um órgão de assessoramento jurídico próprio, como setor especializado em consultoria e assistência jurídica na aplicação da LGPD, para pessoas físicas e jurídicas. É quem irá apoiar a implementação da lei esclarecendo as principais dificuldades que possam ser apresentadas durante os projetos de adequação e *compliance*.

Por fim as Unidades Administrativas e Especializadas, setor formado por diversos órgãos, que serão os responsáveis diretos pela aplicação do que dispõe a Lei Geral de Proteção de Dados.

Dentre as principais atribuições da ANPD, temos as seguintes: (i) estabelecer os padrões técnicos para o cumprimento da lei; (ii) determinar os requisitos necessários para a elaboração dos Relatórios de Impacto; (iii) Fiscalização e aplicação de advertências, multas e demais sanções; (iv) celebrar compromissos com as empresas; (v) comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais obtiver o conhecimento; (vi) receber e processar toda e qualquer reclamação de pessoa física titular de dados; (vii) atividades para difundir e educar a população sobre a LGPD.

O papel exercido pela ANPD será fundamental para a adequação das empresas nos moldes da LGPD. No entanto a agência reguladora deve analisar com muita cautela as ocorrências e infração, pois a falta de critérios pode desencadear prejuízos incalculáveis as empresas, como a falência e o desemprego de inúmeros trabalhadores, impactando diretamente na economia do Brasil, o que naturalmente desencadeará um efeito danoso a imagem do órgão governamental, no que diz respeito a seu protagonismo, a função social, legitimidade e credibilidade perante a sociedade.

## 6 OS IMPACTOS DA LGPD NAS EMPRESAS E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A Lei Geral de Proteção de Dados, com o intuito de obrigar a sua observância em todos os setores, estabelece sanções punitivas para aquelas empresas que não adequarem aos parâmetros estabelecidos pela norma, impactando substancialmente nas organizações. A exemplo

disso o §1 do artigo 52 cuida de especificar os critérios que deverão nortear a aplicação de tais penalidades (BRASIL, 2018).

Sendo assim, observadas as peculiaridades de cada caso concreto, deve a autoridade administrativa se pautar a partir dos seguintes fatores: (i) gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; (ii) a configuração de boa-fé por parte do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida; (iv) a condição econômica do infrator; (v) a reincidência; (vi) o grau do dano; (vii) o nível de cooperação do infrator; (viii) a adoção reiterada e demonstrada de medidas para reverter ou mitigar os efeitos do dano; (ix) a adoção de política de boas práticas e governança; (x) a pronta adoção de medidas corretivas; e (xi) a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Deve-se verificar a existência de políticas de boas práticas e governança corporativa, para a aplicação das sanções punitivas, demonstrando a intenção do legislador em estimular no mercado o exercício de comportamento ético e cuidadoso com dados pessoais pelas empresas.

Vale ressaltar que algumas empresas realizam grandes quantidades de tratamentos de dados pessoais em suas operações diárias. Nestes casos, com o intuito de evitar surpresas desagradáveis e a aplicação de multas desnecessárias, recomenda-se a nomeação de um DPO - *Data Protection Officer* ou encarregado de proteção de dados. O DPO tem a função de monitorá-las garantindo a realização de boas práticas estabelecidas pela norma, diminuindo os riscos de inobservância da lei e a consequente aplicação das sanções disciplinadas pelo artigo 52 da LGPD.

Por fim, na hipótese de aplicação das sanções, os métodos legais do poder punitivo do Estado, estão alinhados com as garantias constitucionais e processuais de defesa existentes no ordenamento jurídico brasileiro conforme já foi amplamente exposto. Ressalta-se que na forma disciplinada pela legislação as sanções por violação ao tratamento de dados, somente terão efetividade após regular procedimento administrativo, no qual as garantias do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal serão obrigatoriamente observadas.

## 6.1 AS ESPÉCIES DE SANÇÕES E APLICAÇÃO DA LEI NA PRÁTICA

Ao sancionar a Lei Geral de Proteção de Dados, ficou determinado que todas as empresas deverão cumprir a lei e seguir o que está disciplinado nela. Porém, na hipótese de haver alguma organização que preencher os requisitos das infrações estabelecidas na norma, as punições previstas no texto vão desde a uma mera advertência, até uma multa baseada no percentual de faturamento da empresa limitada em 50 milhões de reais.

Especificamente no que se refere à imposição de multas, o §4 do artigo 52 permite que a agência reguladora, quando não houver apurado o valor preciso do faturamento do ramo de atividade em questão ou quando este valor for apresentado de forma insatisfatória, calcule o *quantum* aplicável a partir do faturamento total da empresa ou do grupo de empresas que praticaram a infração (BRASIL, 2018).

Do mesmo modo, o artigo 54, trata diretamente do arbitramento de multa diária, repete a gravidade da infração e o grau do dano como parâmetros para a valoração da sanção. Soma-se a isso a expressa necessidade de fundamentação da decisão proferida pela Autoridade Nacional, bem como a devida instrução de sua intimação, com dados suficientes sobre a natureza, o prazo e os valores envolvidos na hipótese.

O artigo 53 determina que a ANPD, a quem compete os poderes fiscalizatórios, deverá instituir um regulamento próprio, voltado a complementar as premissas genéricas da LGPD e regular aspectos pendentes, de modo a viabilizar o pleno exercício da Lei. Especificamente, a norma deverá conter a metodologia de cálculos das multas previstas, a dosimetria das penalidades cominadas, as circunstâncias e condições para configuração de cada sanção e a respectiva distinção entre si, sobretudo entre as multas simples e diárias.

Sendo assim, o referido regulamento deverá ser submetido à ampla consulta pública, deve ser previamente publicado e os seus motivos devidamente fundamentado, para ciência dos agentes de tratamento e demais envolvidos. Dessa forma quando da publicação do regulamento pela ANPD, este possui natureza complementar a lei, não podendo modificar o rol de sanções administrativas e tampouco alterar os limites materiais já estabelecidos.

Portanto, o regulamento deve ser interpretado, de forma sistemática, em favor da proteção de dados pessoais e com o objetivo declarado de resguardar os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Por fim, fica apenas a interpergoção em quais moldes serão editados o regulamento previsto no artigo 53, cabendo aos operadores da Lei, especificamente aqueles que irão compor a ANPD, estabelecer um consenso e evitar eventuais conflitos com as outras disposições normativas quando da implementação de seus termos.

## 7 CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, a sociedade, as empresas e todos os Controladores devem entender o valor dos dados pessoais como direito fundamental, para que a aplicação da lei seja levada a sério.

Note-se ainda, que o tratamento de dados, segundo a LGPD, consiste em 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.

Todos aqueles que possuem bancos de dados de informações de outras pessoas tem o dever de promover formas de controle, tutela e adequado gerenciamento destes dados, a fim de não comprometerem o seu titular.

A LGPD vai impactar substancialmente as empresas, pois o objetivo é que os princípios de proteção de dados sejam incorporados pela instituição, passando a integrar os valores e missão dessa, onde todos os colaboradores e parceiros da organização devem se envolver como regras de *compliance* das empresas.

A lei deve ser interpretada, de forma sistemática, em favor da proteção de dados pessoais e com o objetivo declarado de resguardar os direitos fundamentais de liberdade, privacidade, honra a imagem, inviolabilidade da intimidade, liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.

Na hipótese de inobservância da LGPD, a norma prevê a aplicação de sanções, que obrigatoriamente deverão estar alinhados com as garantias constitucionais e processuais de defesa existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra questão relevante e desafiante é a estruturação da ANPD, e sobre como em meio a atual sociedade da hiperinformação, a “sociedade líquida”, ela irá conseguir regulamentar a aplicação da lei de proteção aos dados pessoais, uma vez que o cenário público e privado tem ficado cada vez mais entrelaçado.

Os desafios do futuro são imensos, exigindo criatividade intelectual, multidisciplinaridade de conhecimento e flexível adaptabilidade de condutas.

Por fim, vale lembrar que a lei para ser boa deve ser bem aplicada. No entanto a agência reguladora deve analisar com muita cautela as ocorrências de infrações, pois a falta de critérios pode desencadear prejuízos incalculáveis às empresas, o que naturalmente desencadeará um efeito danoso à imagem do órgão governamental, no que diz respeito a seu protagonismo, a sua função social, legitimidade e credibilidade perante a sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno Ricardo. **WhatsApp e a chance para uma nova discussão**. 2016. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/nova-politica-de-privacidade-do-whatsapp-chance-de-se-discutir-modelos-de-negocios-e-praticas-de-tratamento-de-dados-menos-invasivos-privacidade/>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Xeque-mate: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. São Paulo: GPOPAL, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 Abr. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 25 jun. 2020.
- BRASIL. **Notícias STF: Justiça Comum é competente para julgar casos de previdência complementar privada**. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=231193>. Acesso em: 2 Abr. 2021.
- DATA GRAIL. **The Age of Privacy: The Cost of Continuous Compliance - Benchmarking the Ongoing Operational Impact of GDPR & CCPA**. 2019. Disponível em: <http://www.portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2019/05/GDPR-CCPA-cost-report.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.
- DE VRIES, Jennifer Valentino. **The Economics of Surveillance**. 2012. Disponível em: <http://blogs.wsj.com/digits/2012/09/28/the-economics-of-surveillance/>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- DIAS, Roberto. **Transcrevendo tal ponto de vista do criador do aplicativo: Análise: Aquisição do WhatsApp une duas visões de mundo opostas**. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1414823-analise-aquisicao-do-whatsapp-une-duas-visoes-de-mundo-opostas.shtml>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Disponível em: <https://www.compugraf.com.br/anpd-entenda-o-orgao-gestor-da-lgpd/>. Acesso em: 29 jun. 2020.
- NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

YARON, Jay. **The Chart That Shows WhatsApp Was A Bargain At \$19 Billion**. 2014. Disponível em: <http://www.businessinsider.com/price-per-user-for-whatsapp-2014-2#ixzz2vzLK2Kit>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **Capitalismo de vigilância e o desafio da ação coletiva**. 2019. Disponível em: <https://newlaborforum.cuny.edu/2019/01/22/surveillance-capitalism/>. Acesso em: 24 Abr. 2021.

UOL. **Facebook anuncia compra do aplicativo WhatsApp por US\$ 16 bilhões**. 2014. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/19/facebook-anuncia-compra-do-aplicativo-whatsapp.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

# 04

CAPÍTULO

# AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E OS ÓRGÃOS REGULADORES: A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS COMO DESAFIO AO DIREITO

ADELSON GOMES DOS SANTOS<sup>1</sup>

FLÁVIA BARACHO LOTTI CAMPOS DE SOUZA<sup>2</sup>

VALTER MOURA DO CARMO<sup>3</sup>

## RESUMO

---

As inovações tecnológicas transformaram o sistema financeiro, democratizando os serviços oferecidos pelas instituições financeiras ao possibilitar um acesso maior a seus produtos e exigindo dos órgãos reguladores uma atuação capaz de proteger todos os atores envolvidos, sem frear as alterações tecnológicas que promovem grandes oportunidades de melhoria ao setor. Nesse contexto, buscar-se-á, utilizando-se de uma pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, realizar uma análise crítica da postura do mercado financeiro frente ao avanço da tecnologia e apontar os desafios dos órgãos reguladores, para concluir pela necessidade de equilíbrio e de harmonia entre os setores.

**Palavras-chave:** tecnologia; inovação; transformação digital; instituições financeiras; sistema regulatório.

## ABSTRACT

---

*Technological innovations have transformed the financial system, democratizing the services offered by financial institutions by enabling greater access to their products, requiring regulators to act capable of protecting the actors involved, without curbing technological changes that promote great opportunities for improvement to the sector. In this context, it will be sought, using a bibliographic research and the hypothetical-deductive method, to perform a critical analysis of the position of the financial market in the face of the advance of technology and to point out the challenges of regulatory bodies, to conclude by the need for balance and harmony between sectors.*

**Keywords:** technology; innovation; digital transformation; financial institutions; regulatory system.

---

1 Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Advogado. E-mail: adelsong@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7695581822196641>.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO). Articulista e parecerista em periódicos jurídicos nacionais. E-mail: flaviabaracho@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6974995901549094>.

3 Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Membro do Conselho Fiscal do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Editor-adjunto da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Sócio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC (desde 2005). E-mail: vmcarmo86@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0080024407634503>.

### Como citar o presente artigo científico:

SANTOS, Adelson Gomes dos; SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de; CARMO, Valter Moura do Carmo. As inovações tecnológicas e os órgãos reguladores: a transformação digital das instituições financeiras como desafio ao direito. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 60.

## 1 INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas transformaram o sistema financeiro, democratizando os serviços oferecidos pelas instituições financeiras ao possibilitar um alcance e acesso maior a seus produtos, exigindo dos órgãos reguladores uma atuação capaz de proteger os atores envolvidos, sem frear as alterações tecnológicas que promovem grandes oportunidades de melhoria ao setor.

Existem diversas razões para os órgãos reguladores acompanharem de perto o desenvolvimento das *fintechs* no Brasil. As *fintechs* são empresas de tecnologias financeiras que buscam, por meio da tecnologia, inovar e otimizar serviços do sistema financeiro, barateando custos operacionais se comparadas às tradicionais instituições do setor (FINTECH, 2021). Atualmente existem 550 *fintechs* no país de acordo com o estudo Fintech Mining Report 2019, sendo que, no período de 2016 a 2018, nasceram 231 novas *startups* financeiras (SIMPI, 2019).

Estas novas modalidades de relacionamento com o crédito vêm aniquilando o modelo de instituição financeira tradicional ao se valer da tecnologia, principalmente dos smartphones, para introduzir novas formas de trabalho. Tais inovações impulsionam o mercado, inclusive, os bancos tradicionais para adotarem novas posturas tecnológicas.

Exemplo disso, foi a migração do Banco Intermedium, que se consolidou no mercado de crédito consignado e crédito imobiliário no Brasil, para um banco 100% digital, passando a se chamar Banco Inter. No final de 2014, o banco lançou a conta digital, uma conta corrente totalmente gratuita, expandindo os serviços com novas aberturas de contas em 2016, quando obteve um aumento de 10,3% da carteira de crédito. Em 2017, o Banco Inter atingiu um crescimento de 804% em relação ao primeiro ano do banco digital (BANCO INTER, 2021).

Esses dados só retratam o forte crescimento do segmento. Há vantagens e desvantagens nesse novo cenário. Como benefícios, pode-se listar que há uma maior flexibilidade de atuação, reações mais rápidas, acesso mais fácil aos serviços e produtos. Como desvantagens, percebe-se um aumento da insegurança, já que a exposição ao risco e a falta de controle são maximizados.

Nesse contexto, buscar-se-á, por meio deste artigo, utilizando-se de uma pesquisa bibliográfica e do método lógico-dedutivo, realizar uma análise crítica da postura do mercado financeiro face ao avanço da tecnologia e apontar os desafios dos órgãos reguladores frente à essa evolução tecnológica no sistema financeiro.

Para tanto, abordar-se-á as inovações tecnológicas que transformaram o mercado financeiro brasileiro, apontando o internet banking, o banco digital, as *fintechs* e os blockchain, como instrumentos de transformação do sistema financeiro; a normatização do mercado financeiro e o papel dos órgãos reguladores frente aos avanços tecnológicos e desafios impostos, para concluir pela necessidade de equilíbrio e atuação harmônica entre os setores.

## 2 AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS QUE TRANSFORMAM O MERCADO FINANCEIRO BRASILEIRO

O mercado financeiro e a oferta de serviços bancários estão vivendo um momento marcante de transformação. O acesso de novo player e o desenvolvimento de tecnologia disruptivas alteraram a forma como o mercado e os consumidores se relacionam.

O maior motivador dessa transformação é a tecnologia. A mobilidade, as redes sociais, a conectividade e a internet das coisas, *cloudservices*, *blockchain*, criptomoedas, entre outros, estão fomentando todo sistema financeiro. Mais que isso, essas novas tecnologias estão criando uma abundância de prestadores de serviços que aliam baixo custo e facilidade para os usuários, objetivando retornos relativamente altos e muitos mais eficientes do que os bancos tradicionais.

O perfil digital da nova geração de consumidores alia-se à tecnologia como fator de transformação: em uma geração, que escolhe suas marcas pelas experiências que estas podem proporcionar e, por isso, muitas vezes, avessa aos bancos tradicionais, 33% acreditam que daqui a cinco anos não será mais necessário ter conta em banco e 50% estão contando com as *fintechs* em substituição aos bancos. (JESUS, 2017, p. 13).

Dito isso, a inovação passa a ter papel essencial para garantir competitividade e rentabilidade dos bancos. “[...]: em tempos de mudança, é mandatário que o mercado invista em soluções para antecipar as necessidades dos clientes.” (JESUS, 2017, p. 13).

### 2.1 DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NO AMBIENTE BANCÁRIO: INTERNET BANKING E BANCO DIGITAL NO BRASIL

Desde a década de 1960, o sistema bancário conta com uma estrutura marcada por progressos tecnológicos, caracterizado pelo avanço no volume e na estrutura dos recursos bancários. Esse setor figura entre as empresas que mais se utilizam dos recursos eletrônicos para seu funcionamento (ABRÃO, 2018).

Os avanços também podem ser observados na relação entre banco e cliente. O setor bancário investiu virtuosas quantias para alterar seus sistemas, adequando-os para realizar transações realizadas de qualquer parte do mundo, de forma rápida e segura, proporcionando maior comodidade e eficiência aos seus clientes.

Em 1983, o Banco Bradesco foi pioneiro no sistema de *home banking* ou banco em casa no Brasil, com o tele Bradesco residência e empresa, permitindo ao cliente obter informações de saldo e extrato da conta corrente ou poupança por meio de vídeo texto (JESUS, 2017).

O acesso aos meios tecnológicos equivale à inovação e completa revolução no sistema operacional bancário, na medida em que os serviços priorizam duplo caminho da eficiência e menor custo, sem prejudicar consultas, saques, pagamentos, descontos, tudo *on-line*, numa clara demonstração de que a Internet tem seu espaço progressivo, tanto na função de garantir ao cliente melhor trabalho à distância como no processo eletrônico, que se torna cada dia mais familiarizado com a modernidade. (ABRÃO, 2018, p. 11).

Mas foi a partir dos anos 90 que se iniciou, efetivamente, uma mudança no mecanismo de acesso dos consumidores aos serviços bancários, com a implantação de terminais de caixas automáticos ou eletrônicos e de um oferecimento maior de cartões bancários e de crédito.

A globalização foi condição essencial para a mudança no funcionamento do sistema financeiro, que se viu obrigado a realizar a desmaterialização de documentos, criar canais e agências virtuais para a realização de diversas operações na web. Como resultado dessas medidas, as instituições financeiras expandiram seus negócios e sua atuação, proporcionando novas formas de atendimento ao cliente e principalmente conseguindo diminuir os custos operacionais (TOIGO, 2016).

É importante elucidar que no *e-banking* o cliente através de um sistema de segurança fornecido pela instituição financeira, geralmente senhas, chaves de acesso, *token*, entre outros, pode adentrar sua área de acesso e realizar as operações pretendidas sem maiores esforços e inclusive, programar o sistema conforme lhe for conveniente, tanto para pagamentos transferências, aplicações, ingressando na modernidade eletrônica, livre as filas e congestionamentos que normalmente se verificam nas agências físicas dos bancos. Isto é, o cliente participa diretamente do aspecto operacional, poderá imprimir qualquer comprovante a título de prova das transações efetuadas, manter seu cadastro atualizado, aplicação em fundos de investimentos, solicitação de cheques, pagamentos de títulos diversos, entre outras funcionalidades. (TOIGO, 2016, p. 03).

Observa-se, também, o incremento no uso do *mobile banking*, “vez que os clientes utilizam aplicativos disponibilizados exclusivamente pelas instituições financeiras para uso em dispositivos móveis como *smartphones*, *tablets*, celulares – que implicam numa facilidade ainda maior do que o *internet banking*” (TOIGO, 2016, p. 03).

Em 2015, segundo a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, “o número de transações realizadas através de dispositivos móveis no Brasil teve um acréscimo de 138% entre 2014 e 2015, ou seja, saltou em 2014 de 4,7 bilhões para 11,2 bilhões em 2015” (TOIGO, 2016, p. 03).

Para acompanhar esta evolução foi preciso investir massivamente na tecnologia da informação (TI), somando em 2015, mais de R\$ 19,2 bilhões de reais em investimentos, segundo pesquisa realizada pela FEBRABAN (TOIGO, 2016). Desse total, 44% foram destinados a *software*, 35% a *hardware* e 20% a telecom (TOIGO, 2016, p. 4).

Acompanhando essa evolução, surgem os bancos digitais. Além de oferecerem uma plataforma de *internet banking* e canais virtuais de comunicação ou aplicativos para dispositivos móveis, seus processos são totalmente digitais ou não presenciais, sem a necessidade de uma agência física (JESUS, 2017, p. 15). Essencialmente, trata-se de um modelo que promove a interação em tempo real com os clientes.

O BTG Pactual é um exemplo de banco que se lançou neste segmento. Na sua plataforma digital, a abertura de contas é 100% online e feita a partir do preenchimento de um cadastro e envio de três fotos: uma do próprio cliente, outra de um comprovante de residência e a terceira de um documento de identidade. (JESUS, 2017, p. 15).

Portanto, para as instituições financeiras, a inovação tecnológica não tem apenas o objetivo de atender a demanda dos clientes, mas é responsável por agregar valor ao “reduzir custos operacionais e ampliar a disponibilidade dos serviços bancários no tempo (24 horas por dia) e no espaço (acesso aos serviços disponibilizados em centros de compras, no trabalho e em casa).” (JESUS, 2017, p. 15).

## 2.2 FINTECHS E NOVOS ARRANJOS

As *fintechs* são empresas de tecnologias financeiras que buscam, por meio da tecnologia, inovar e otimizar serviços do sistema financeiro, barateando custos operacionais se comparadas às tradicionais instituições do setor (FINTECH, 2021).

Essas plataformas digitais têm um modelo de negócios financeiros inovador. Utilizam da tecnologia como alicerce e apresentam grande potencial de crescimento. Tais plataformas surgiram no mercado financeiro com o intuito de oferecer produtos antes exclusivos dos bancos e instituições financeiras tradicionais, como o pagamento e transferência móvel de dinheiro, empréstimos, captação financeira de recursos, gestão de investimentos e criptomoedas.

O emprego de tecnologias como inovação disruptiva na área financeira é prática antiga, podendo ser observado com a ligação bem-sucedida de um cabo telegráfico transatlântico em 1886, permitindo um período de maior globalização financeira no final do século XIX.

Tomou destaque em 2008 após a crise financeira e importantes avanços no campo da inteligência artificial, com a propagação dos smartphones e o surgimento das criptomoedas ou moedas virtuais (CARVALHO, 2019).

O Nubank, exemplo de *fintech*, foi fundado em 2013, com o objetivo de oferecer cartões de crédito sem cobrança de tarifas ou anuidades para o consumidor final e com controle 100% digital, por meio de um aplicativo de celular. Assim é possível solicitar aumento do limite, bloquear transações, consultar saldo e acompanhar todas as transações em tempo real, a partir de um telefone móvel (JESUS, 2017).

As *startups* financeiras podem até mesmo serem uma instituição bancária com proposta inovadora, como os bancos 100% digitais. Entretanto, o que se observa, na maioria das vezes, é que são responsáveis por oferecer novas soluções para serviços que já são ofertados pelos bancos tradicionais, tornando-os mais *práticos* e *acessíveis*.

Dadas as suas características, as *fintechs* apresentam maior eficiência do que os bancos tradicionais na oferta de produtos e serviços, com custos menores de infraestrutura, modelo de negócios inovador, sistema de pagamento diferenciado, que fazem com que estas empresas consigam atingir margens de lucros maiores e com preços mais acessíveis que os bancos tradicionais.

## 2.3 BLOCKCHAIN E MOEDAS VIRTUAIS

De todas as tecnologias listadas, *mobile banking*, *fintechs* ou banco digital, provavelmente as moedas virtuais, as chamadas *bitcoin* e *blockchain* sejam as mais disruptivas.

As criptomoedas são tecnologias digitais que reproduzem pagamentos eletrônicos com a mesma eficiência dos pagamentos com cédulas. As moedas virtuais utilizam de criptografia para realizar uma transação sem intermediação entre dois indivíduos, tornando-se mais rápidos e baratos.

Apesar das desconfianças de que as moedas digitais fossem utilizadas para as atividades ilegais, uma vez que suas transações não deixam lastro, esse ativo se materializou, recebendo investimentos de mais de R\$362 milhões de dólares em 2014. Inclusive, foi criado na bolsa de Valores de Nova York o índice de preço do *bitcoin* (JESUS, 2017).

Como forma de aperfeiçoar essas transações financeiras, surgiu a tecnologia do *blockchain*, permitindo o registro de todas as suas etapas. Funciona como “uma espécie de livro-ração único e compartilhado com todos os participantes da cadeia de valor, que atua como um grande gerador de transparência e eficiência” (JESUS, 2017, p. 17).

Dessa forma, a tendência é de que as moedas digitais sejam mais aceitas, prova disto é o aumento significativo das transações privadas por meio deste sistema no ano de 2020, segundo pesquisa da FEBRABAN (JESUS, 2017).

### 3 NORMATIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO

O setor de serviços financeiros sempre foi um mercado altamente regulado pelo fato de ser um setor sensível.

A regulação requer que sejam determinados os limites de atuação dos agentes econômicos, o que não ocorre quando o mercado é completamente livre (EIZIRIK *et al.*, 2008), e busca aperfeiçoar os retornos do mercado e minimizar suas imperfeições (SADDI, 2001).

Para Fernando J. Cardim de Carvalho, as razões de regular a operação das instituições financeiras recaem sobre duas características relevantes do mercado financeiro: o primeiro relaciona-se ao setor bancário, do qual diversas externalidades, tanto positivas quanto negativas, se sobressaem. O segundo argumento aponta para a alta probabilidade de as transações financeiras serem marcadas por forte assimetria no acesso às informações relevantes pelos envolvidos. (JESUS, 2017, p. 18).

Contudo, não basta a regulamentação, é preciso um sistema forte de controle e fiscalização, capaz de acompanhar as várias mutações nos mercados financeiros.

O Decreto-Lei nº 7.293 de 1945, criou a Superintendência da Moeda e do Crédito - SUMOC, “com o objetivo imediato de exercer o controle do mercado monetário e preparar a organização do Banco Central” (BRASIL, 1945). Além de muitas das funções consideradas típicas do Banco Central, foram-lhe conferidas, conforme art. 3º, alíneas g e h, as atribuições de “orientar a fiscalização dos bancos” e de “orientar a política de câmbio e operações bancárias em geral” (BRASIL, 1945).

Em 1964, a Lei n.º 4.595/64 criou o Banco Central do Brasil, autarquia federal, composta por membros indicados pelo Presidente da República, que assumiu um conjunto significativo de atribuições, dentre elas o papel de fiscalização das instituições financeiras e de vigilância do

mercado financeiro e de capitais, além de ser o responsável pela emissão de moeda, segundo os limites e as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN (BRASIL, 1964), órgão este “investido das mais amplas atribuições de caráter normativo sobre as principais diretrizes do sistema financeiro.” (JESUS, 2017, p. 20).

O Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional, o Banco do Brasil S/A, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e todas as demais instituições financeiras públicas e privadas do país, juntos, integram o Sistema Financeiro Nacional – SFN, (BRASIL, 1964), que tem como objetivo “promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade” (BRASIL, 1988).

Além do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, outros órgãos cumprem a função de regular e fiscalizar as atividades financeiras no país (JESUS, 2017), como exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, autarquia federal em regime especial criada pela Lei n.º 6.385/76 (BRASIL, 1976) e vinculada ao Ministério da Economia, cujo objetivo é “fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil” (BRASIL, 2020).

A regulação do sistema financeiro, visando estabilidade e alinhamento dos interesses entre a sociedade e as instituições é condição essencial para que o Estado atinja seus fins, protegendo os seus participantes e alinhando os seus interesses com os da sociedade (PINTO, 2015).

Há uma relação direta entre o crescimento econômico e o papel dos bancos, já que a alocação de recursos se desenvolve à medida que a economia cresce. E além de atuar como intermediador de recursos entre os agentes econômicos, os bancos auxiliam na redução da assimetria informacional entre os agentes (PINTO, 2015).

O bom funcionamento do sistema financeiro para a estabilidade de uma economia é indiscutível – “não há país desenvolvido sem um bom sistema financeiro”. Como grandes responsáveis pela intermediação de recursos por meio da captação de depósitos da poupança popular, para oferta de crédito ao mercado e financiamento dos diversos setores, as instituições financeiras são um dos pilares que fomentam a economia. (JESUS, 2017, p. 24).

Evita-se, dessa forma, a ocorrência do risco sistêmico, caracterizado como “[...] um fenômeno próprio do sistema financeiro, que é a possibilidade de que um desequilíbrio em um ponto deste sistema venha a contagiar o sistema como um todo, podendo levar a economia a um colapso.” (DUARTE; HERBST, 2013, p. 30).

O sistema financeiro, em especial o setor bancário, é altamente suscetível a crises sistêmicas, em razão da própria natureza da atividade exercida pelos bancos. As instituições financeiras, ao intermediar recursos, trabalham essencialmente com confiança e o grande problema das crises sistêmicas no setor bancário encontra-se justamente na quebra desse elemento. A ausência de confiança em uma determina instituição pode levar ao que se denomina de corrida bancária, que nada mais é do que o fato de os depositantes sacarem seus valores junto aos bancos de forma simultânea, o que certamente levará a insolvência em razão do consumo das reservas de liquidez. (JESUS, 2017, p. 25).

Apesar de o risco sistêmico, ou risco de contágio, estar presente em diversas áreas, é no setor bancário que se observa uma maior severidade: se há um colapso em qualquer setor econômico, ainda assim há a possibilidade de ele continuar funcionando. No caso do setor bancário, não há essa possibilidade, o que justifica a sua proteção por meio de regulação (CARVALHO, 2006).

Assim, a regulação previne o risco sistêmico, não antecipado, que afeta o sistema financeiro, ocasionando repercussões significativas na economia, mas também protege os consumidores, estabelecendo o equilíbrio das informações obtidas pelos clientes e pelas instituições financeiras, controlando a competição dos mercados (YAZBEK, 2007).

Trata-se da regulação concorrencial e prudencial. Enquanto a regulação sistêmica “tem caráter paliativo, para evitar que um evento sistêmico se transforme em crise sistêmica, a regulação prudencial possui forte característica de prevenção e minimização dos riscos inerentes à atividade financeira.” (JESUS, 2017, p. 26), evitando a insolvência e falência das instituições (MELO FILHO, 2018) e a regulação concorrencial evita a prática dos monopólios e oligopólios, por exemplo, a determina as regras para as práticas negociais entre agentes econômicos.

Observa-se que a preocupação com a estabilidade do setor bancário tem lastro no passado, e a regulação e supervisão bancária são, desde sempre, responsáveis por prevenir crises no referido setor.

No pós-guerra, representantes de 44 países se reuniram para buscar uma forma de superar a crise causada pela quebra da bolsa em 1929 e fazer com que a economia se recompusesse após a Segunda Guerra Mundial. Para tanto, criaram um forte regramento econômico, conhecido como sistema Bretton Woods (JESUS, 2017).

Contudo, “se, por um lado, a história tem mostrado que a livre concorrência bancária inevitavelmente gera crises, por outro, a forte regulação e a supervisão podem afetar a eficiência e a rentabilidade, além de engendram o risco moral!” (CORAZZA, 2000, p. 87).

Por isso, a cada mudança ocorrida no mercado financeiro, exige-se um papel diferenciado da regulação, com vista a acompanhar os avanços, evitar os riscos, fomentar o desenvolvimento econômico e financeiro do país, mas sem atrapalhar o desenvolvimento dos mercados ou prejudicar o seu funcionamento.

## 4 A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS REGULADORES BRASILEIROS FRENTE À EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DO MERCADO FINANCEIRO

A tecnologia cresce de forma exponencial, cabendo ao operador do direito acompanhar os avanços, sob o risco de se submergir no tempo e no espaço (MADALENA; OLIVEIRA, 2003). Nessa perspectiva:

Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas de sua dogmática, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo com a globalização e adotando as medidas úteis ou necessárias, num mundo no qual muitos dos conflitos de interesses do passado, entre nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídos por parcerias realizadas no interesse comum. (WALD, 2001, p. 15).

No setor bancário, as novas tecnologias têm sido utilizadas de forma conjunta ou concomitante, como no caso das mídias sociais, internet banking, blockchain, big data e-business (SIMPLY, 2021), exigindo uma intervenção regulatória complexa.

E para que se supere os obstáculos apresentados por esse cenário, os órgãos reguladores devem “[...] conhecer a vanguarda, entender as tendências do mercado e da evolução tecnológica e implementar as ações indutoras ou viabilizadoras da evolução do mercado e seus processos de negócio.” (JESUS, 2017, p. 38).

Ana Paula Candeloro disserta que, “são os fatos que geram a necessidade de intervenção no mercado, exatamente porque ele não pode ser menosprezado às próprias forças” (CANDELORO, 2013, p. 13), sendo necessária, além das normas, a eficiência da fiscalização e efetividade das sanções.

É inaceitável aos órgãos reguladores ou aos fóruns de discussão relacionados às instituições financeiras ignorar os novos participantes do mercado, bem como as mudanças que vem ocorrendo na forma do fornecimento dos serviços financeiros. Todavia as pautas sobre inovações tecnológicas ganharam destaque nas mais variadas instâncias dos órgãos reguladores.

O Banco Central do Brasil – BACEN vem participando de vários fóruns de discussão internacional, “com foco na discussão sobre inovação tecnológica e impacto nos modelos de negócio, e vem interagindo com agentes de mercado para prospecção, eventos, e troca de informações.” (JESUS, 2017, p. 35).

Especificamente sobre as *fintechs* de crédito, o Conselho Monetário Nacional publicou as Resoluções n.º 4.656/18 e n.º 4.657/18, que disciplinaram a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabeleceram os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018).

Ainda, visando fomentar a inovação tecnológica, favorecer o bom desempenho do mercado de valores mobiliários e beneficiar investidores, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução n.º 4.480/16, que autorizou a realização de abertura e encerramento de contas de depósito exclusivamente por meio eletrônico; a Resolução n.º 4.479/16, que apontou as hipótese em que permitido aos clientes canais de atendimento exclusivamente eletrônicos e a Resolução n.º 4.474/16, que regulamentou a produção e gestão de cópias digitalizadas de documentos das transações e operações realizadas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (JESUS, 2017).

Além disso, o Bacen colocou em consulta pública proposta de regulamentação do *Sandbox* Regulatório: as diretrizes para funcionamento do Ambiente Controlado para Testes de Inovações Financeiras e de Pagamento e as regras para fornecimento dos produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional – SFN e do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB (BERBERT, 2020).

O Bacen “prepara-se para lidar com o desafio de acompanhar as transformações do sistema financeiro, ao mesmo tempo em que oferece estímulos às instituições financeiras para que permaneçam na fronteira de seu desenvolvimento”, e mais, garantiu que, “caso se identifique a necessidade de intervenção regulatória, estará pronto para adotar tempestivamente

as medidas necessárias para a manutenção da estabilidade do SFN, do SPB e do mercado de câmbio” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2016).

Percebe-se que as entidades reguladoras buscam acompanhar a evolução tecnológica do mercado, garantido o interesse dos prestadores de serviços, dos intermediários e dos clientes finais.

## 5 CONCLUSÃO

As inovações tecnológicas é uma realidade em diversos setores da vida social, e não poderia ser diferente na economia, em especial nas instituições financeiras. Com o propósito de facilitar o uso pelos clientes, oferecer um número maior de serviços e utilidades, de fácil acesso e alcance, com redução de custos, os bancos têm utilizado de diversas tecnologias como as moedas virtuais e eletrônicas, as contas digitais, as blockchain e outros.

Junto a esse avanço surgiram as *fintechs*, empresas que utilizam da tecnologia para atuar no sistema financeiro e oferecer produtos antes exclusivos dos bancos e instituições financeiras tradicionais, de forma menos burocrática, mais simples e com menor custo. São oferecidos, desde serviços de pagamento e transferência móvel de dinheiro, como empréstimos, captação financeira de recursos, gestão de investimentos e criptomoedas.

As mudanças e implantações tecnológicas, embora válidas e promissoras, fomentando a economia e o próprio Estado Democrático de Direito, exigem, em contrapartida, um sistema de regulação intenso e efetivo das atividades financeiras, como forma de proteger todos os agentes envolvidos, bem como a solidez do sistema financeiro.

No Brasil, o Banco Central do Brasil – Bacen, por meio do Conselho Monetário Nacional, editou diversas resoluções em que disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica, regulando as *fintches* de crédito; autorizou a realização de abertura e encerramento de contas de depósito exclusivamente por meio eletrônico; determinou as hipóteses em que permitido a utilização dos canais de atendimento exclusivamente eletrônicos; e regulamentou a produção e gestão de cópias digitalizadas de documentos das transações e operações realizadas nas instituições financeiras.

Todavia, porque dinâmico e competitivo o mercado financeiro, e veloz as transformações e avanços tecnológicos no mundo, a normatização pelos órgãos regulatórios torna-se mais difícil de acompanhar, mas também extremamente necessária, a fim de combater e prevenir eventuais riscos ao sistema financeiro como um todo e prejudiciais tanto à economia, quanto aos agentes envolvidos no processo.

Compete aos operadores do Direito promover o equilíbrio entre a edição de atos regulatórios e a liberdade de agir no mercado financeiro, por meio das inovações tecnológicas, tornando o setor dinâmico, mas também sólido e confiável.

## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Estabilidade Financeira do Banco Central do Brasil**. v. 15, n. 2, set. 2016.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 4.657, de 26 de abril de 2018**. Altera a Resolução nº 4.606, de 19 de outubro de 2017. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50580/Res\\_4657\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50580/Res_4657_v1_O.pdf). Acesso em: 4 maio 2021.
- BANCO INTER. **Wikipédia**: a enciclopédia livre, 2021. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Banco\\_Inter](https://pt.wikipedia.org/wiki/Banco_Inter). Acesso em: 5 maio 2021.
- BERBERT, Lucia. Empresas e governo opinam sobre *sandbox* regulatório para testar novos serviços financeiros. **Tele.sintese**, 3 fev. 2020. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/empresas-e-governo-opinam-sobre-sandbox-regulatorio-para-testar-novos-servicos-financeiros/>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Sobre a CVM**. 2020. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/menu/acesso\\_informacao/institucional/sobre/cvm.html#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios,de%20valores%20mobili%C3%A1rios%20no%20Brasil](http://www.cvm.gov.br/menu/acesso_informacao/institucional/sobre/cvm.html#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios,de%20valores%20mobili%C3%A1rios%20no%20Brasil). Acesso em: 12 abr. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.293, de 2 de fevereiro de 1945**. Cria a Superintendência de Moeda e do Crédito, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CcIVIL\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7293.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.293%2C%20DE%202%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201945.&text=decreta%3A,a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Banco%20Central](http://www.planalto.gov.br/CcIVIL_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7293.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.293%2C%20DE%202%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201945.&text=decreta%3A,a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Banco%20Central). Acesso em: 4 maio 2021.
- 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.
- 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.
- CANDELORO, Ana Paula Pinho. **9 passos essenciais para fortalecer o compliance e a governança corporativa nas empresas**. 2013. Disponível em: <http://hbrbr.com.br/os-9-passos-essenciais-para-fortalecer-o-compliance-e-a-governanca-corporativa-nas-empresas/>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- CARVALHO, Fernando José Cardim de. Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos da Basileia. In: SOBREIRA, R. (org.). **Regulação Financeira e Bancária**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 121-137.
- CARVALHO, Paulo. *Bitcoin* ganha destaque em novo modelo de política econômica no Brasil. **Livecoins**, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://livecoins.com.br/bitcoin-ganha-destaque-em-novo-modelo-de-politica-economica-no-brasil/>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- CORAZZA, Gentil. Os Dilemas da Supervisão Bancária. **Revista Indicadores Econômicos FEE**, [S. l.], v. 28, n. 1, p. 85-99, 2000. Disponível em: <https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/view/1659/2027>. Acesso em: 4 maio 2021.
- DUARTE, Francisco Carlos; HERBST, KharenKelm. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008. **Revista de Direito Econômico Socioambiental**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 16-38, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6005/5918>. Acesso em: 4 maio 2021.
- EIZIRIK, Nelson. *et al.* **Mercado de Capitais** - Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FINTECH. **Wikipédia**: a enciclopédia livre, 2021. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fintech>. Acesso em: 5 maio 2021.
- JESUS, Adriana Dias de. **Órgãos reguladores e inovação tecnológica**: a transformação digital das instituições financeiras como desafio ao Direito. 2017. Monografia (Pós-Graduação em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais) - Instituto de Ensino Superior e Pesquisa - Insper, São Paulo, 2017. Disponível em: [http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1661/ADRIANA%20DIAS%20DE%20JESUS\\_Trabalho.pdf?sequence=1](http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1661/ADRIANA%20DIAS%20DE%20JESUS_Trabalho.pdf?sequence=1). Acesso em: 4 maio 2021.

MADALENA, Pedro; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Organização & Informática no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELO FILHO, Augusto Rodrigues Coutinho de. **Regulação financeira por objetivos: um modelo regulatório para o futuro?** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23934/Regula%c3%a7%c3%a3o%20por%20objetivos%20-%20vers%c3%a3o%20biblioteca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 maio 2021.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. **Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro**. São Paulo: Almeida, 2015.

SADDI, Jairo. **Crise e Regulação Bancária: navegando mares revoltos**. São Paulo: Texto novo, 2001.

SIMPI. **Precisando de capital de giro? Fintech a melhor opção**. 2019. Disponível em: <https://www.simpimt.org.br/precisando-de-capital-de-giro-fintech-a-melhor-opcao/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SIMPLY. **Como as Fintechs mudaram o Mercado Financeiro**. 2021. Disponível em: <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F18483%2F1475089406Como-as-Fintechs-mudaram-o-mercado-financeiro.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

TOIGO, Daiille Costa. Breves linhas sobre a regulamentação do internet *banking*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 73, jul./set. 2016.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o código civil. *In*: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 9-30. Disponível em: [http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2019/09/18/d86f1e6lote\\_631\\_\\_livro\\_dr\\_ives\\_\\_direito\\_e\\_internet.pdf](http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2019/09/18/d86f1e6lote_631__livro_dr_ives__direito_e_internet.pdf). Acesso em: 17 nov. 2021.

YAZBEK, Otávio. **Regulação do mercado Financeiro e de Capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

# 05

CAPÍTULO

# RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR INCIDENTES DE SEGURANÇA DE DADOS: ANÁLISE CRÍTICA DA LGPD, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL

MARIANNA KELLER LIMA COELHO<sup>1</sup>  
AILANA SILVA MENDES PENIDO<sup>2</sup>  
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente trabalho pretende investigar e fazer uma reflexão sobre o sistema de responsabilização civil por incidentes de segurança que envolvam dados pessoais no âmbito virtual e os consequentes impactos. Portanto, o intuito deste estudo é pesquisar a estrutura das leis que têm por objeto o tratamento de dados, bem como investigar as formas e eficiência de reparação do titular, visto que os danos causados pela referida exposição são perenes no tempo e, assim, necessitam do emprego de graduação de diferentes critérios para uma possível indenização.

**Palavras-chave:** indenização; reparação civil; dados pessoais; critérios; eficiência.

## ABSTRACT

---

*This work aims to investigate and reflect on the system of civil liability for security incidents involving personal data in the virtual environment and the consequent impacts. Therefore, the aim of this study is to research the structure of the laws that have the object of data processing, as well as to investigate the forms and efficiency of repair of the holder, since the damages caused by the said exposure are perennial in time and, therefore, undergraduate employment of different criteria for a possible indemnity.*

**Keywords:** indemnity; civil repair; personal data; criterion; efficiency.

---

1 Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil em Juízo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. E-mail: mariannakeller.adv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8906421288517140>

2 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Professora universitária. Assistente Judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: ailanapnd@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5289405290543051>.

3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: [sergiohzhf@fumec.br](mailto:sergiohzhf@fumec.br). Site: [www.imdp.com.br](http://www.imdp.com.br) e [www.zandona.pro.br](http://www.zandona.pro.br).

### Como citar o presente artigo científico:

COELHO, Marianna Keller Lima; PENIDO, Ailana Silva Mendes; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilização civil por incidentes de segurança de dados: análise crítica da LGPD, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 73.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade da informação é parte do âmbito de informatização da vida do ser humano, o que altera substancialmente a forma de se relacionar e do ser relacional. Considera-se que o influxo de decisões, métricas, riscos, operações e estratégias são calculados com embasamento em dados.

Entremeio a sociedade da informação e a globalização, denota-se que grande parte das movimentações da vida dos cidadãos migraram para o meio digital e, conseqüentemente, suas informações passaram a pairar em um lugar pouco controlável para a grande coletividade: a internet. Sendo assim, acompanhando as tendências globais e visando à proteção das pessoas, o Brasil instituiu a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que trata sobre privacidade e regras para tratamento de informações.

Visto dessa ótica, reflete-se que dados como o número de identificação de computador (IP), coletores de geolocalização, rastreamento dos hábitos de compra/navegação (cookies), mídias sociais ou plataformas que exigem imagens/dados, coletas de domínios eletrônicos de navegação/consumo de conteúdo, logs de acesso, dados de saúde, transações e dados de formulários são, facilmente, classificados como dados pessoais e identificáveis.

Com essa exposição de informações pessoais pelo âmbito virtual, percebe-se que o número de vazamentos de dados cresceu exponencialmente, de modo que a amplitude e as conseqüências desses incidentes ainda não foram completamente mensuradas.

Desta maneira, o objetivo do presente estudo é pesquisar sobre a eficiência do sistema reparação civil pelos danos advindos dos vazamentos de dados, tendo em vista a análise das possibilidades legais e a viabilidade de reparação trazidas pelo Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil por meio da pesquisa bibliográfica e legislativa com abordagem dos métodos indutivo e dedutivo.

Visto dessa ótica, o presente estudo propõe-se a investigar à eficiência da regulamentação de responsabilidade civil para danos individuais, o que traz benefícios ao meio social, tendo em vista que a pesquisa aclarará acerca do real cenário legal.

## 2 DIREITOS DE PERSONALIDADE, DADOS PESSOAIS E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Constituição da República de 1988 tem como um de seus pilares o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que, no rol de direitos fundamentais, denota-se a proteção dos atributos da personalidade (artigo 5º, inciso X)<sup>4</sup>, salvaguardando estritamente a dignidade da pessoa e sua livre manifestação. Neste liame, entende-se que a lei abrange todos os aspectos que contendem a personalidade humana, independente do seu meio de desenvolvimento (BRASIL, 1988).

4 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"

Nas palavras de Alfredo Luiz dos Santos, pode-se entender identidade digital como “a representação digital de uma pessoa. Esta representação digital normalmente é composta por um identificador único e outros dados (atributo) como documentos, nome, e-mail etc.” (SANTOS, 2007, p. 5).

Neste liame, aclara-se que identidade digital é construída e sintetizada pelos inúmeros dados que a acompanham, provenientes de vários meios, observado que não há como se falar que são informações alheias ou soltas entre si, tendo em vista que integram, interagem e englobam parte da vida digital de seu proprietário.

Hoje, com a grande presença das transações de múltiplas naturezas, deve-se pensar que os vários atributos da personalidade circundam pelo meio digital. Por outro prisma, questiona-se sobre a possibilidade de se falar, ou não, na existência da personalidade digital por meio da dilatação dos atributos humanos para a internet, bancos de dados, bem como pela integração de dados proveniente de meio físico ou por outras ações.

Não se trata apenas de dados comuns, fala-se de um amontoado de informações que podem, por muito, traçar perfil completo e detalhado da pessoa, hábitos, históricos de saúde ou clínicos, família, consumo e finanças. Estes dados são cookies, logs de acesso de navegação, identificadores individuais, informações de documentos pessoais, endereços, imagens, senhas, dados bancários, comunicações privadas, dados *offline* replicados no mundo digital e outros.

Nas palavras de Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Junior:

Assim ocorre com as informações econômicas e financeiras das pessoas (protegidas por sigilo bancário), as informações fiscais (protegidas pelo sigilo fiscal), as informações relativas à vida privada da pessoa (protegidas pelo sigilo telefônico e pelo sigilo de correspondência), informações relativas à vida íntima [ que podem suscitar utilização discriminatória ou dinâmica de exclusão social, tais como as informações de convicção pessoal (religiosa, filosofia), informações políticas (opção política), informações de cunho familiar, relativas à vida sexual, à saúde, etc.

Esses são, a toda evidência, denominados de dados nominativos sensíveis, porquanto além de individualizarem a pessoa, relacionam-se inequivocamente com sua dignidade, sua personalidade e sua autodeterminação, tendo, por conseguinte, o condão de devassar-lhe a vida íntima e privada [ = intimidade absoluta], e, por consequência, demandando forte proteção do ordenamento jurídico, impondo-se lhes restrições quanto à sua utilização e recolhimento (banco de dados). (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 52).

Visto dessa ótica, o tratamento de dados é realidade no Brasil, e, em atenção a isso, surge a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, a qual o regulamenta e estabelece regras para as operações que envolvam informações de pessoas naturais.

O artigo 5º, incisos I e II, da Lei 13.709/18 considera como dado pessoal aquele que se relaciona com a pessoa natural identificada ou identificável (BRASIL, 2018). Desta maneira, é de fácil percepção que essas informações podem constar em bancos de dados de qualquer natureza e estão intimamente ligadas a condição humana da pessoa, fruto da interação tanto no mundo virtual ou real, cada vez mais presente no contexto global. Sobre o tema:

Como o ambiente virtual se desloca do espaço real, embora permaneça como palco da alteridade jurídica, também a existência humana se desloca para esse novo ambiente, levando consigo a possibilidade de que os atos realizados o sejam por pessoa que também se desloca daquela que protagoniza o espaço natural. (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 536).

Uma nova configuração de personalidade vem ganhando dilatação de limites que ultrapassam a expressão fática, ao passo que o sujeito altera seu modo de interagir, pois:

Protagonismo virtual seja desempenhado por alguém que foi construído para além de seu espectro subjetivo natural: quase uma nova pessoa, quase uma nova personalidade, que somente atua no ambiente virtual e se manifesta sem precisão de tempo e de espaço, como conceitos convencionalmente. (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 536).

Nesta linha de intelecção, destaca-se o posicionamento de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2019) em que ambos os autores cuidam e destacam como um dos atributos da personalidade humana os dados nominativos, os quais também estão contidos no meio digital. Portanto, há uma trilha lógica ao se falar em dilatação de atributos irrenunciáveis seja para o meio *online* ou *offline*.

Nas palavras de Venosa (2018) depura-se que por meio de novos bens jurídicos relevantes, o rol de direitos da personalidade não está delimitado aos previsto pela lei, sendo que “desse modo, não há que se entender que nossa lei, ou qualquer lei comparada, apresente um número fechado para elencar os direitos da personalidade. Terá essa natureza todo o direito subjetivo pessoal que apresentar as características semelhantes.” (VENOSA, 2018, p. 176).

Assim, repise-se o teor do texto do Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil no liame da proteção de dados pessoais como cautela com as prerrogativas inerentes à personalidade humana:

Enunciado 404: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas. (ANGHER, 2019, p. 2.456).

Desta maneira, admitida a presença de dados nominativos, é relevante a investigação sobre a eficiência do sistema punitivo trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e outras legislações. Os inúmeros incidentes de vazamento de dados podem acarretar impactos imensuráveis e acumulados tanto para a coletividade e aos titulares da informação vazada.

### 3 O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD, NO CDC E NO CÓDIGO CIVIL

Nesta seção serão apresentadas as peculiaridades do dano prolongado e a violação dos direitos de personalidade, bem como os regimes de responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados, Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Por fim, explicita-se análise crítica e as razões de revisão dos preceitos de reparação civil individual para incidentes de violação de dados pessoais.

### 3.1 O DANO PROLONGADO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A concepção da personalidade digital é verídica, de tal maneira que os dados constituem um prolongamento da persona para um ambiente *online*, bem como se aglutinam com os dados pessoais armazenados fisicamente, ou seja, consagra-se que a lesividade é ampliada em virtude do crescimento da exposição do proprietário das informações.

A internet é diversa, de modo que a concepção de espaço-tempo em nada se parece com a realidade. Sopesa-se que os servidores, replicadores de informações, prints, vídeos, hospedagem em nuvem, bancos de dados, anúncios e repositórios de informações, tornam os fatos eternos na memória dos navegantes, de maneira que um acontecimento pode ser resgatado por um clique de distância em qualquer época, não podendo ser facilmente apagados do espaço virtual ou da memória digital coletiva.

Na concepção de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, destaca-se que a internet é um ambiente em que as relações, de qualquer tipo são modificadas e não simplesmente reproduzidas, vide:

Para dar-se a isso tudo um caráter ainda mais dramático, a ideia de lugar foge de seu parâmetro natural - ainda que se possa falar de novas fronteiras próprias da internet e o fato virtual, ocorrido, inalterado e permanente, se põe constantemente em todo espaço de presença humana, fazendo surgir um fator novo, uma constante "humana", um espaço virtual onde os fatos se perpetuam, e onde não existem figuras de esquecimento ou de desaparecimento: apenas a variante possível da falta de interesse pelo fato, apesar da permanente conexão e da extraordinária instantaneidade que deriva de sua permanência. (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 531).

Diante disso, avalia-se que as informações são perenes e, dificilmente, expurgadas da rede mundial de computadores ou do consciente social.

Quando dados ou informações são disponibilizados na internet ou fora dela, todo o conteúdo emerge em acervo em que não há monitoramento. Isso porque inúmeras pessoas poderão vê-la, replicá-la, copiá-la, alterá-la e repassá-la, demonstrando-se a ausência de controle sobre onde, quem e o que podem ser feitos com os ativos digitais.

Logo, capta-se a seguinte realidade: os desdobramentos da informação podem não ser rastreáveis. Depura-se que não há controle total do fluxo exato do direcionamento dos dados, visto que qualquer pessoa que o viu ou manipulou seu conteúdo tem poder de aplicá-lo e/ou difundi-lo, sem a gerência do titular de dados.

Na prática, nem sempre tal fato é benéfico, de maneira um dado isolado consegue ressaltar acontecimentos constrangedores e dores ou prejuízos ao seu proprietário. Assim, macula-se a dignidade, a honra e o sossego do cidadão, pilares da personalidade do ser.

Logo, é de fácil compreensão que a revelação de informações privadas de uma pessoa pode lhe suceder inúmeros prejuízos não quantificáveis. Por fim, menciona-se o fator mais agravante dessa situação: o tempo.

Os dados têm caráter de perenidade, ou seja, lícitos, ou objeto de ilícitos, - no caso de vazamento - podem ser vistos e manipulados por lapso de tempo que foge ao gosto e do controle do proprietário informacional. Pela concepção de Mário Luiz Delgado (2011), confirma-se, novamente, a perpetuidade de dano ocorrido em meio virtual ao longo do tempo:

A abrangência dos danos provocados e disseminados no espaço virtual e a extensão de seus efeitos, muitas vezes incontrolláveis, face à quase impossibilidade de fazê-los cessar, uma vez que os arquivos contendo a informação danosa, a imagem lesionadora, a exposição ilícita da privacidade, potencialmente serão “salvos” e “baixados” por milhões de usuários, talvez bilhões que estarão aptos a continuar a difundir-los infinitamente. (DELGADO, 2011, p. 383).

Portanto, os estragos advindos dos incidentes de segurança da informação são contínuos e podem ser experimentados por tempo demasiado, trazendo frustrações constantes ao lesado. Desta forma, indaga-se: em consideração a condição peculiar do tempo versus lesividade, deve-se estudar e graduar o dano proveniente de vazamento de dados do mesmo modo como se enxerga um dano moral ou material exaurido no tempo? A resposta, pelo presente estudo, é de que não.

O dano comum tem acontecimento pontual no tempo, de maneira que, após o ocorrido, a extensão do prejuízo ou dor se propagará por uma pequena extensão temporal se contraposta aos incidentes informacionais. Assim, a indenização é mais eficiente ao se tentar restituir o *status a quo* ou amenizar o prejuízo íntimo sofrido, situação exitosa, dado que a condenação fulmina um estrago que se exaure no tempo, ou seja, o prejuízo não fica retornando de forma latente ao titular.

A peculiaridade da defesa do dano prolongado se dá em razão da disponibilidade das informações e probabilidade do caráter múltiplo de ações ilícitas as quais o titular dos dados detém chance de ser exposto em vários meios. Se as informações forem aplicadas em outro ambiente, não há controle de onde, quem e o que se fará com cada item.

Denota-se que inúmeras são as ações possíveis no que concerne a manipulação de dados pessoais na internet. A afetação do campo da vida do titular de dados é tão extensa, a qual pode comprometer a segurança, intimidade, hábitos de consumo, formação de convicção e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Nesse sentido:

No entanto, o tratamento de dados é algo que acontece fora da vista das pessoas, ou seja, os são dados coletados, tratados e utilizados por alguém de forma que não é possível fiscalizar diretamente. Abre-se, teoricamente, uma possibilidade para que seja feito uso abusivo desses dados, que pode ser desde algo que afete a privacidade de alguém, como a revelação de informações que a pessoa não queria divulgar, até outros parâmetros e valores que não dizem respeito propriamente à privacidade. Por exemplo, uma pessoa pode estar sendo avaliada por um comércio eletrônico: uma loja poderá avaliar, se tiver acesso a aspectos da personalidade de uma pessoa, a própria pessoa e, com isso, poderá encontrar o momento certo para cobrar mais caro por um determinado bem, ou poderá induzir a pessoa a comprar algo que ela não precise. Enfim, há várias formulações de manipulação que podem ser feitas por quem conhece muitos dados a respeito de uma pessoa. Além disso, pode haver utilizações de dados que vão influenciar a segurança pessoal de alguém. Antevendo esse problema, há algumas décadas vários países começaram a

estabelecer limites para o tratamento de dados, para que esse tratamento seja transparente, para que as pessoas tenham controle sobre ele e para que, em última análise, elas não fiquem sujeitas a um tratamento obscuro e abusivo dos seus dados. Isso vem sendo tratado como proteção de dados pessoais. (FACHIN; DONEDA, 2018).

Frente ao exposto, é essencial que se repense o valor das indenizações por danos dessa natureza, visto que uma compensação apenas pontual no tempo não será suficiente para restituir o *status a quo* do titular das informações, já que os impactos violam os direitos de personalidade por fração de tempo desmedidamente longa.

### 3.2 O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA NA LGPD E NO CDC

Em cotejo à Lei Geral de Proteção de Dados, denota-se que se dispôs sobre os critérios de responsabilização civil dos agentes de tratamento de dados, o que traz muitos questionamentos sobre sua natureza.

A priori, depreende-se no primeiro contato com a lei que a responsabilidade é caracterizada como subjetiva para grande maioria dos casos. Tal classificação é atribuída pois o artigo 42<sup>5</sup> mostra a necessidade do agente ofensor, a conduta ilícita no tratamento de dados e o dano resultante e a demonstração de fim que evidencie um comportamento que implique em culpa na acepção ampla da palavra (BRASIL, 2018).

Dentro da ótica do Código Civil Brasileiro, ementa-se que o parágrafo único do artigo 927<sup>6</sup> predispõe que a responsabilidade objetiva é caracterizada nas situações em que a lei determinar ou quando a atividade desenvolvida pelo controlador implicar naturalmente em risco para terceiros (BRASIL, 2002). Contudo, o tratamento de dados, apesar de suas especificidades e se dotado dos mecanismos corretos de segurança, não provoca risco iminente.

Na doutrina, há segmentos que sustentam a aplicação da responsabilidade subjetiva, como se pode ver:

Mas em que se pese a teoria do risco ser objeto de recepção pela Lei Civil, aplicável também às indenizações envolvendo danos relacionados a incidentes de segurança em dados pessoais, podemos dizer que não há responsabilização objetiva como regra na Lei Geral de Proteção de Dados, embora possa ser aplicável em situações específicas.

Em versões anteriores do Projeto de Lei que deu origem à Lei Geral de Proteção de Dados, chegou a se incluir disposições que conceituavam a atividade de tratamento de dados pessoais como atividade de risco, expressamente, as quais, no entanto, foram retiradas da proposição no decorrer do processo legislativo

5 (BRASIL, 2018): Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. [...]

6 (BRASIL, 2002): Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por conta disso, é possível sustentar que a regra geral da Lei é a responsabilidade civil subjetiva, na qual o elemento culpa deverá ser demonstrado, admitida, em algumas situações específicas, a responsabilidade civil objetiva, de acordo com a natureza da atividade de tratamento de dados pessoais, que realmente possa se enquadrar como atividade de risco. (BRUNO, 2019, p. 323).

Por sua vez, Daniel Vidor afirma:

A LGPD adota critérios específicos para a responsabilidade e o dever de indenizar. O modelo adotado, por força do art. 43, II, LGPD, é o da Responsabilidade Civil Subjetiva. Ou seja, deve haver a incidência dos elementos constitutivos: i) autor X vítima; ii) Dano causado pelo ato; iii) Nexó de causalidade – o ato praticado pelo autor causou o dano à vítima; iv) Dolo ou culpa – nesse último caso, a LGPD dispõe que os Agentes de Tratamento só não serão responsabilizados se i) não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; ii) se realizaram o tratamento, mas não houve violação da legislação de proteção de dados; ou iii) quando o dano for culpa exclusiva do titular de dados ou de terceiro. Assim, são três as exceções de responsabilidade civil. Salienta-se que a segunda hipótese é um incentivo à adoção da LGPD, pois se há total aderência aos comandos da lei, a responsabilidade civil queda-se excluída. (VIDOR, 2019).

Desta maneira, conclui-se que o regime adotado pela LGPD como panorama geral é de responsabilidade subjetiva e nos casos em que o incidente for de subsunção ao CDC será guiado responsabilidade objetiva.

O compêndio legal ensina que a natureza do dano sofrido poderá ter natureza moral ou patrimonial, bem como ser de caráter individual ou coletivo. Por ventura, consagra-se que a responsabilidade do operador de dados é estipulada quando este descumpra seus deveres legais ou desacata instruções lícitas do controlador, situação em que é equiparado a ele no dever de reparar. Outrora, cita-se que se houver mais de um controlador envolvido no tratamento de dados, estes responderão solidariamente.

Existem excludentes de responsabilidade para os agentes de tratamento, normatização que não permite por inferir ou imputar presunção absoluta acerca da responsabilidade civil. As hipóteses previstas são quando os agentes não realizarem o tratamento de dados, no caso de atividade sem infração da legislação de proteção de dados ou que o dano foi causado por culpa exclusiva do próprio titular ou por terceiro.<sup>7</sup>

Por ventura, a lei ressalta a necessidade de se investir em segurança, de tal maneira que pune o controlador ou operador de dados que causador de lesões em virtude de descuidos, o qual será considerado ilícito. Entende-se como tratamento irregular aquele que desobedece a legislação ou é inseguro, seja pelo modo, resultado ou as técnicas abordadas na época de sua execução pelo agente de dados competente, as quais, se empregadas incorretamente, logram em danos iminentes pela forma de sua execução.

7 "Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. "

Outrossim, coteja-se que a LGPD consagra dentro do âmbito da responsabilidade civil o dever de obediência aos parâmetros mínimos de segurança, técnicos ou administrativos, que serão ditados pela ANPD, dentro de sua atividade de tratamento de dados.

O diploma estabelece que se o controlador não garantir a ampla segurança e assertividade dos métodos de manipulação de dados, este responderá pela consequência causada<sup>8</sup>. Destaca-se que não se está falando só em estrutura, mas também de qualificação de pessoal, aperfeiçoamento de sistemas, ferramentas e tudo o que envolva a manipulação de informações *online* ou *offline*, ou seja, se qualquer dos âmbitos falhar, o controlador responderá pelos danos causados.

Ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados é clara ao disciplinar em seu artigo 52, §2º, que as sanções previstas no diploma, não substituem às sanções civis, penais ou administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor e nem em legislação específica, a qual se infere como o Código Civil (BRASIL, 2018)<sup>9</sup>.

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, preleciona-se que os agentes de dados são regidos por norma diversa, de modo que a própria LGPD disciplina que as regras consumeristas prevalecem quando a relação incidente envolver dados de consumidores.

Pois bem, de acordo com o CDC, a responsabilidade aplicada pelo fato do produto e do serviço é objetiva, o que possibilita dizer que o controlador ou operador serão responsabilizados independentemente da existência de culpa quando o incidente de segurança ocorrer dentro de relações de consumo<sup>10</sup> (BRASIL, 1990).

Outra definição interessante é a consumidor *by stander*, de modo que o código preleciona que todos aqueles que forem vítimas dos danos ocorridos poderão ser equiparados a consumidores para fins de reparação civil, o que demonstra extensão de potenciais indenizados pela LGPD e crescimento significativo de importâncias destinadas aos litígios.

Para fins de reparação administrativa em sede do Código de Defesa do Consumidor, nota-se que são previstas diversas penalidades, tais como:

---

8 "Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. "

9 "Art. 52, § 2º: O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em legislação específica. "

10 "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. "

Multa, apreensão do produto, inutilização do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, proibição de fabricação do produto, suspensão de fornecimento de produtos ou serviço, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, intervenção administrativa e imposição de contrapropaganda. (BRASIL, 1990)<sup>11</sup>.

Desta feita, as sanções prevista no CDC e na Lei Geral de Proteção de Dados são independentes, nota-se que o titular pode procurar seus direitos administrativamente observada a lei regente, assim como judicialmente, na esfera cível ou penal, visto que se encontra disposto o caráter múltiplo das formas de penalização.

Nesta linha de raciocínio, observa-se o caráter complementar das responsabilidades legais, como se pode ver no raciocínio de Marianna Louback Lopes:

Adicionalmente, ressalva o §2º do referido artigo 52 que a atuação repressiva pela Autoridade Nacional não obsta eventual imposição de sanções de outra natureza, como é o caso das demais sanções administrativas, civis ou penais aplicáveis a cada caso concreto. (LOPES, 2019, p. 190).

Assim, adentrando-se no âmbito da responsabilidade administrativa, é possível cindi-la em reparação coletiva e individual. Na seara administrativa, aplica-se o regramento do processo administrativo, previsto na Lei 9789/1999. Esta lei contempla garantia de contraditório, ampla defesa, o dever de decidir motivadamente, a instrução regular do procedimento, possibilidade recursal de até três instâncias, comunicação de atos e outros, o que caracteriza procedimento próprio a ser cuidado pela ANPD no exercício do poder de fiscalização e sancionamento na esfera administrativa (BRASIL, 1999).

A LGPD disciplina que “o produto da arrecadação das multas aplicadas pela ANPD, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.” (BRASIL, 2018). Isso posto, entende-se a atuação feita pela ANPD é para o viés coletivo e caso, necessário e de sua vontade, a pessoa deverá pleitear à reparação pelo dano de forma isolada.

Caso o titular dos dados deseje, ele e controlador/operador poderão<sup>12</sup> fazer conciliação direta, ao passo que mediante insucesso do acordo, contudo poderão ser aplicadas penalidades previstas como se ensina no diploma legal<sup>13</sup>. Todavia, o legislador deixou a critério da ANPD a criação do valor base para as sanções de multa, mas não existem critérios voltados para insuficiência de reparação ao lesionado e o dano prolongado.

Acredita-se que, para fins de reparação administrativa, deveria ser incluído no escopo do artigo 52 da Lei 13.709/18 parâmetros específicos para nortear o valor base da multa a ser aplicada em vazamentos individuais. Deveria ser considerada a hipossuficiência do titular e a

11 Redação do artigo 56 da Lei 8.078/1990.

12 O texto da Lei Geral de Proteção de Dados preleciona que os acessos não autorizados ou vazamentos individuais poderão ser objeto de conciliação, de maneira que, caso não se chegue a um acordo, o agente de dados estará sujeito as penalidades da lei.

13 “ Art. 52: § 7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo. ”

temporalidade do dano prolongado que ele foi exposto no caso de vazamento efetivo de dados, ou seja, sugere-se criação de uma espécie de agravante de responsabilidade administrativa.

Continuamente, salienta-se que dentro das previsões dos artigos 42 a 45 da LGPD, o diploma não traz parâmetros para o cálculo da indenização com especial fim de indenização civil (BRASIL, 2018). Destaca-se que as sanções pecuniárias, da norma, têm natureza administrativa, assim como a metodologia de cálculo e os parâmetros legais para sua consolidação, melhor dizendo, todas as bases matemáticas de qualquer importe trazido pela LGPD são voltadas para o sancionamento da responsabilidade administrativa e sem aplicação direta na área cível.

O citado acima também se aplica ao CDC, pois em seu capítulo VII faz-se referência apenas às sanções administrativas e não há balizas objetivas para o cálculo das reparações judiciais (BRASIL, 1990).

Frente ao exposto, para efeitos de reparação civil frente ao poder judiciário, nota-se que o magistrado deverá buscar preceito geral para que possa arbitrar o valor da indenização. Dada a ausência de parâmetro específico, o magistrado recorrerá ao Código Civil, diploma que possui preceito geral sobre formas de arbitrar indenizações.

Ato contínuo, em observância a natureza diversa do dano proveniente de vazamento de dado, os critérios de arbitramento de indenização trazidos pelo Código Civil seriam satisfatórios? Dada a especificidade da situação e natureza dos danos, acredita-se que o sistema, com a redação atual, é ineficiente para fixação de indenizações capazes de suprir a dor e o desconforto causados pelos vazamentos de dados.

Portanto, necessário se mostra o estudo do sistema de reparação trazido pelo Código Civil para os danos prolongados provenientes dos vazamentos de dados.

### 3.3 ANÁLISE CRÍTICA E REVISÃO DOS CRITÉRIOS DE REPARAÇÃO CIVIL PARA INCIDENTE DE VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CÓDIGO CIVIL

Como citado anteriormente, a LGPD e o CDC não contemplam regras específicas para realização do cálculo de indenizações individuais para fins de reparação na seara civil, de tal maneira que todas as balizas empregadas no cálculo de multas têm natureza categoricamente administrativa.

Válido esclarecer acerca dos tipos de reparação civil e danos que se está falando. Pois bem, a responsabilidade civil poderá ser contratual ou extracontratual. Infere-se que a responsabilidade contratual advém de um negócio jurídico entabulado entre partes por meio de qual o instrumento é descumprido ou rescindido. Por outro lado, entoa-se que a responsabilidade civil extracontratual consiste naquela em que terceiro pratica ato ilícito contra alguém e causa-lhe dano em razão da ação (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 689).

O dano patrimonial é aquele que recai diretamente sobre recursos tangíveis, aqueles passíveis de atribuição de valor financeiro. Contudo, o dano extrapatrimonial recai sobre uma esfera de direitos, atributos e prerrogativas que são inerentes a seu detentor e não têm valor econômico imediato, estes têm relação estrita com a dignidade e a humanidade do ser, aptidão para ser visto como um ser único, singular e detentor de direitos próprios (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 689).

Como discutido, o dano prolongado consiste em uma dor, perturbação ou prejuízo que poderá ser experimentada ao longo do tempo e é incalculável frente a fácil recuperação e disseminação da informação, quase que infinita e em diversos meios. Importante destacar que a intenção não é cindir o dano prolongado das categorias de dano moral ou material, mas sim agregar sua classificação no critério do tempo.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior entendem que para os danos cujo valor é de difícil de ser apurado, deve-se observar a proporcionalidade de quando um pretende ganhar versus a condição econômica do ofensor ou atitudes que podem melhorar ou piorar a dosimetria:

Se a reparação não pode ser feita especificamente e o dano contém aspectos de difícil quantificação argentária, a fixação do valor da indenização varia a partir dos mais curiosos critérios, que são, às vezes, de busca de um valor pecuniário para a reparação ideal, nos limites do patrimônio imputado; ou de cominações de condutas positivas ou negativas daquele a quem se imputou a obrigação de reparar à ofensa sofrida ou o prejuízo causado. (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 695).

Na concepção de Venosa é necessário se ater a essência da dor ou perturbação sofrida pelo lesado, sobremaneira que o valor não pode sofrer tabelamento, posto que cada situação é singular:

Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivos de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao *patrimônio moral* de uma pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade. (VENOSA, 2018, p. 177).

Frente ao exposto, denota-se que pela omissão de regras específicas para o cálculo da indenização, o julgador no momento de proferir sua decisão deverá recorrer ao Código Civil no Capítulo II, nominado “Da Indenização”, do Título IX, que trata sobre a responsabilidade civil, para buscar limites e fundamentação para arbitrar qualquer reparação (BRASIL, 2002). Sendo assim, pela redação literal do artigo 944<sup>14</sup> do Código Civil, o marco civilista se guia pela extensão do dano para que possa consolidar o valor de compensação (BRASIL, 2014).

Portanto, o foco da revisão da responsabilidade civil é evitar a banalização dos valores fixados pelas lesões longevas decorrentes dos vazamentos de dados, posto que uma nova área do contencioso judicial está a se formar com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados

Assim, a busca do presente estudo é apresentar uma forma de melhor se tutelar violações contra direitos de personalidade, por meio da sugestão de parâmetros que funcionem como balizadores para auxiliarem no julgamento das controvérsias.

14 (BRASIL, 2002): Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Pesquisas realizadas pela IBM e divulgadas exclusivamente pela Folha de São Paulo no território nacional mostram que o Brasil é o quarto país com maior vazamento de dados, aproximadamente vinte seis e quinhentos a cada incidente, e um dos lugares em que as empresas têm o menor custo do vazamento de dados (HERNANDES, 2019).

Alerta-se também que o setor mais impactado com ataques é o de saúde seguido pelo âmbito financeiro. As principais razões dos incidentes são advindas de ataques criminosos, seguidas de falha no sistema e por último o erro humano (HERNANDES, 2019).

Novamente, o alerta do estudo recai para o dano reiterado no tempo, considerando que os titulares de dados sofreram prejuízos ao longo do tempo:

O relatório mostra que o impacto de um vazamento de dados não é sentido por completo no primeiro ano. A maior parte, 67%, sim, mas os prejuízos vêm também no segundo anos após o problema (22%) e posteriormente (11%). Essa cauda longa de prejuízos, explica Rocha, vem, em parte, da dificuldade de se quantificar um vazamento quando ele acontece. Às vezes, com o passar o tempo, percebe-se que o problema era maior do que calculado inicialmente. Dados de vazamento antigos que voltam a circular como se fossem novos são outro problema. Potencialmente, usuários que não tinham sido afetados na primeira leva, podem ser na segunda, gerando novos prejuízos. (HERNANDES, 2019).

De pronto, reflete-se que ao magistrado deve ser facultado empregar o caráter punitivo da indenização. O poder de arbitrar uma quantia maior ao julgador constitui desestímulo às condutas desidiosas das empresas na parte de segurança de informações.

Ato contínuo, destaca-se que a dor, sofrimento, desconforto ou danos dos titulares não podem ser tratados de forma isonômica, posto que cada ser humano é único, assim como as consequências que lhe são pertinentes e o potencial danoso de cada ato que pode ocorrer em múltiplos ambientes, seja *online* ou *offline*. Frente ao exposto, o vazamento de dados tem potencial danoso tanto para a esfera patrimonial, a vida, dignidade e seio privado do cidadão, ou seja, atinge-o também em sua esfera extrapatrimonial.

Assim, essencial será que o julgador analise o caso *in concreto* e não padronize os montantes arbitrados. A atribuição do sistema de dosimetria de indenização agrega no cotejo da lide *in natura*. A restituição poderá sair de um valor base, fixado já em sentença, e progressivamente ser agregando por circunstâncias em frações frente a existência ou não daquela circunstância: “VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 550: A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos.” (ANGHER, 2019, p. 2.460).

Apreciando-se o critério temporal, denota-se que os prejuízos causados pelos vazamentos de dados podem se perder de vista na internet ou fora dela, de tal maneira que o valor da base da indenização deveria ter como critério princípio o tempo útil de vida do lesado. Explica-se: a observância do tempo de vida útil é relevante ao se levar em conta o período que o dano prolongado pode lhe trazer prejuízos.

Por fim, nota-se como necessário que sejam incluídos como critérios de apreciação da condição econômica do infrator, sendo pessoa física ou jurídica, observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visto que o objetivo é a restituição pecuniária equilibrada, apta a reparar o potencial lesivo do dano prolongado.

Logo, acredita-se que diante dos referidos critérios e o agravamento da responsabilidade civil em sede de danos prolongados por vazamento de dados, benefícios são gerados: maior efetividade da reparação do dano causado ao titular de dados em observância e valoração real aos prejuízos que lhe foram gerados, a aplicação da indenização com a função pedagógica para evitar e coibir práticas lesivas por parte dos controladores, ampliação da fiscalização sobre o manejo de dados pessoais, estímulo a conscientização e educação empresarial sobre manejo seguro de qualquer espécie de dados, dentre outros.

Portanto, a aplicação da conceituação do dano prolongado e a criação de uma nova condição especial para responsabilização por danos provenientes dessa categoria é benéfica não só para o titular, mas como também para a sociedade, visto que traz segurança jurídica para a garantia de seus direitos e coibi violações frequentes aos direitos de personalidade.

## 4 CONCLUSÃO

Os dispositivos conectados à internet, documentos, arquivos e repositórios físicos têm muito a dizer sobre as pessoas. No cenário econômico virtualizado, estes são usados, tratados, gerenciados, comercializados e empregados como meio de tomada de decisão, manobras políticas, insumo para fomentos de atividades mercantis, perfilhamento de usuário, indução ao consumo, dentre outras práticas com grandes efeitos práticos na vida dos cidadãos.

Os custos do vazamento de informações envolvem danos prolongados, os quais afetam à reputação da empresa, implicam em quebra de confiança de seu público e na perda de controle no monitoramento do conteúdo por parte das organizações e dos titulares das informações.

Em contraposição, tem-se que as sanções estabelecidas pela LGPD têm classificação administrativa e entende-se que a reparação, no bojo da lei, detém caráter majoritariamente coletivo. Depreende-se que há certa indefinição sobre o correto destinatário do valor da multa, caso seja aplicada pelos vazamentos individuais ou acesso não autorizado de um registro específico, fato que poderá deixar o titular desamparado

Ato contínuo, a lei estabeleceu que os critérios dos valores bases das sanções administrativas serão criados pela ANPD, o que deixa o cenário obscuro até este momento.

Compreende-se que os dados pessoais vazados ou disponibilizados por acesso indevido ao banco de dados, em qualquer que seja sua forma, dificilmente serão completamente esquecidos, apagados ou retirados da posse de terceiros indevidos. Qualquer pessoa que possa ter acesso a elas poderá manusear, copiar, replicar, enviar, editar, suprimir, alterar, desordenar, aplicarem em outros lugares, combinar, compilar, vender, fraudá-las e outras ações.

Sendo assim, esclarece-se que tanto a Lei Geral de Proteção de Dados como o Código de Defesa do Consumidor têm seções específicas sobre a responsabilidade civil para os causadores dos danos. Entretanto, analisa-se que na extensão de ambos os diplomas não existem critérios específicos para o cálculo de indenizações individuais em sede de reparação judicial.

Em razão da perenidade do ato lesivo por longo período de tempo, os danos não podem ser mensurados tão somente no momento de eventual restituição ou fixação da condenação. Ademais, infere-se que o acréscimo de frações objetivas, conforme a ocorrência da hipótese prevista, na análise da lide em concreto é capaz de graduar e valorar a gravidade devidamente.

Portanto, infere-se que a proposta é benéfica para a sociedade, de tal maneira que possibilita ao titular de dados ser indenizado pelos prejuízos efetivos que possa vir a ter com a correta graduação e valoração de modo a coibir comportamento abusivo ou desidioso por parte dos agentes de tratamento de dados.

## REFERÊNCIAS

- ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de direito rideel**. 29. ed. São Paulo: Rideel, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.
- 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, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 1 fev. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.789, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 10 maio 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm#art2044). Acesso em: 2 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 5 fev. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 5 mar. 2021.
- BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (coord.). **LGPD: lei geral de proteção de dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 6, p. 305-327.
- DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade civil na sociedade da informação: novas tendências. *In*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (org.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.
- FACHIN, Patrícia; DONEDA, Danilo. A regulação de dados pessoais e a perda de controle sobre alguns aspectos da vida: entrevista com Danilo Doneda. **Carta Maior**, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia-e-Redes-Sociais/A-regulacao-de-dados-pessoais-e-a-perda-de-controle-sobre-alguns-aspectos-da-vida/12/40008>. Acesso em: 4 abr. 2021.
- HERNANDES, Raphael. No Brasil, empresa que falha ao proteger dados tem perdas menores. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/07/no-brasil-empresa-que-falha-ao-protoger-dados-tem-perdas-menores.shtml>. Acesso em: 8 mar. 2021.
- LOPES, Mariana Louback. Fiscalização. *In*: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani (coord.). **Comentários à lei geral de proteção de dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 8, p. 188-193.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: parte geral do código civil e direitos da personalidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SANTOS, Alfredo Luz. **Gerenciamento de identidades: segurança da informação**. Rio de Janeiro: Brasport, 2007.
- VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- VIDOR, Daniel Martins. LGPD: Atores, responsabilidades e penalizações. **Mercury LBC**, 25 abr. 2019. Disponível em: <http://mercurylbc.com/lgpd-atores-responsabilidades-penalizacoes/>. Acesso em: 2 fev. 2020.

# 06

CAPÍTULO

# O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA EM FACE DOS PORTAIS ELETRÔNICOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

JÉSSICA EVELLYN BATISTA RIBEIRO<sup>1</sup>

JORGE HELENO COSTA<sup>2</sup>

DEILTON RIBEIRO BRASIL<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise da discussão acerca da defesa pela publicidade ou proteção por meio do sigilo de informações a serem disponibilizadas nos portais de transparência das sociedades de economia mista-SEM's. Diante da demanda sobre possível violação ao princípio da transparência, buscou-se examinar de forma ampliada a legislação pertinente do tema-problema e avaliar a correspondência e disposição de dados tendo como parâmetro principal à efetiva transparência, afinal, conforme se verá provado, o acesso à informação é a regra e o sigilo, exceção. Reconhecendo a importância dos dois princípios: a transparência e o sigilo, busca-se o sopesamento de ambos analisando-se detidamente cada caso concreto. Sabe-se que em se tratando de sítios eletrônicos, e empresas estatais, o universo de dados é inesgotável. Para tanto, as hipóteses apresentadas pelos teóricos ainda são incompletas, e não indica padrão a ser seguido. Em algumas demandas envolvendo estatais, verifica-se a prevalência do sigilo defendendo a estratégia e competitividade da empresa. Todavia, em outras situações, apela-se para a supremacia do interesse público, em exemplificação, a divulgação da remuneração dos servidores. Observa-se que a proporcionalidade, razoabili-

1 Graduada pela Universidade Fumec, em Belo Horizonte/MG. E-mail: jvellynb@gmail.com. Lattes: Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4845320760588888>.

2 Cursante del Programa de los Cursos Intensivos válidos para el Doctorado en Derecho Constitucional na UBA - Universidad de Buenos Aires. Mestre em Direito Público pela Universidade Fumec, Belo Horizonte/MG. Especialista em Gestão Pública Municipal pela UFSJ. Especialista em Gestão Pública com Foco em Resultados pela Escola de Contas do TCE/MG. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera. É professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo no UNIPTAN - Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves em São João del-Rei/MG. É professor de Direito Constitucional no UNIDEP - Centro Universitário de Pato Branco em Pato Branco/PR. É professor da Professor de Pós-Graduação em Direito Constitucional no IED - Instituto Elpídio Donizetti em Belo Horizonte/MG. É membro do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. É Assessor Jurídico do Setor de Licitações e Contratos do Município de Barroso/MG. E-mail: [jorge.costa@uniptan.edu.br](mailto:jorge.costa@uniptan.edu.br). *Orcid iD*: <https://orcid.org/0000-0003-2272-1522>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0877262646764607>.

3 Pesquisador visitante na University of Ljubljana e na Università di Pisa. Pós-doutorado Direito na Università degli Studi di Messina. Pós-doutorado em Direito Ambiental no CENoR da Faculdade de de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-doutorado em Direito Constitucional junto ao Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ. Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - UIT, Faculdade Santo Agostinho - FASASETE/AFYA (02/2018) e da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL. Professor Visitante da Universidade Caxias do Sul-UCS. E-mail: [deilton.ribeiro@terra.com.br](mailto:deilton.ribeiro@terra.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1342540205762285>

### Como citar o presente artigo científico:

RIBEIRO, Jéssica Evellyn Batista; COSTA, Jorge Heleno; BRASIL, Deilton Ribeiro. O princípio da transparência em face dos portais eletrônicos das sociedades de economia mista. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 89.

dade e a fundamentação devem estar sempre presentes no ato que decidir pelo sigilo ou pela transparência. Esta é a proposta que se deseja testificar considerando a busca pela concretização do estado democrático de Direito e a participação proativa dos cidadãos no controle social, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** transparência; publicidade; portais eletrônicos; sociedade de economia mista; sigilo.

## ABSTRACT

---

*The purpose of this course conclusion paper is to analyze the discussion about the defense through advertising or protection through the confidentiality of information to be made available on the transparency portals of mixed-capital companies - SEM's. In view of the demand for a possible violation of the principle of transparency, an attempt was made to examine in a broader way the pertinent legislation on the problem-issue and to evaluate the correspondence and disposition of data having as main parameter the effective transparency, after all, as will be proven, access information is the rule and confidentiality is the exception. Recognizing the importance of the two principles: transparency and secrecy, the aim is to weigh both by carefully analyzing each specific case. It is known that in the case of electronic sites and state companies, the universe of data is inexhaustible. Therefore, the hypotheses presented by theorists are still incomplete, and it does not indicate a pattern to be followed. In some demands involving state-owned companies, confidentiality prevails, defending the company's strategy and competitiveness. However, in other situations, it is called for the supremacy of the public interest, in exemplification, the disclosure of the remuneration of civil servants. It is observed that proportionality, reasonableness and reasoning must always be present in the act that decides on secrecy or transparency. This is the proposal that we want to testify considering the search for the concretization of the democratic rule of law and the proactive participation of citizens in social control, using bibliographic research and the hypothetical-deductive method.*

**Keywords:** transparency; publicity; electronic portals; mixed economy company; secrecy.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a análise crítica da evolução legislativa que abarca direitos individuais, especificamente em se tratando do direito ao acesso às informações, concretizado por meio do princípio da transparência, sobretudo pelos sítios eletrônicos. Eis que esse direito se encontra explícito na Constituição da República de 1988, por meio do princípio da publicidade, e normatizado pela Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à informação-LAI). Tal análise recai sobre o sopesamento entre a permissão ao acesso ou sua restrição, fundamentada pelo sigilo de informações e documentos oriundos das sociedades de economia mista (SEM's).

Esta discussão no âmbito das estatais é polêmica, vez que a natureza empresarial das sociedades de economia mista é privada, sendo que em tese encontraria respaldo no enxugamento do acesso a determinados documentos, justificado em potencial prejuízo em face de outros concorrentes atuantes no mercado. Todavia, é necessário recordar que o sigilo é excepcional e deve estar sempre respaldado, ou de outra forma, restaria prejudicada a supremacia do interesse público.

A relação e contextualização dos princípios constitucionais e administrativos mais relevantes para a discussão do tema são apresentados no capítulo dois.

No terceiro capítulo, se abordará, portanto, o regime empresarial-jurídico no Brasil, discorrendo acerca da classificação em ramos e em que medida as SEM's, exemplificação de intervenção do Estado no domínio econômico, estão inseridas neste contexto.

No quarto capítulo, pretende-se apresentar a evolução legislativa que consagrou e garantiu os princípios-kerne deste estudo, quais sejam, publicidade e transparência, observando a Constituição de 1988 como marco neste cenário.

Em seguida, no capítulo cinco, o objeto de exposição será a tecnologia e as formas de controle, em que se explicitará a importância da internet e seus atributos como instrumento de democratização das informações. Desenvolve-se a explanação acerca do controle externo exercido de forma auxiliar pelos Tribunais de Contas, atinente à sua imprescindibilidade em conjunto ao controle social, e por fim, apresenta modelo transparente de disponibilização de informações delineado pela Associação dos Tribunais de Contas (ATRICON), sendo este um dos elementos do marco teórico adotado.

O kerne da controvérsia decorrente do tema-problema: o entendimento pela transparência ou pelo sigilo no uso dos portais eletrônicos na divulgação de informações das SEM's, expondo ao final, proposta de intervenção pelos Tribunais de Contas para corroborar a busca de efetividade nas tomadas de decisões.

O atual nível tecnológico e de globalização aponta a necessidade de explorar o acesso à internet como instrumento e fonte não somente de informações, bem como aproximação da população. Nesta senda, comentários serão tecidos em face de recente acordo do Tribunal de Contas da União (TCU), que denota a discrepância salarial e as consequências prejudiciais advindas da não divulgação de informações, no âmbito das empresas públicas em geral.

Observando a necessidade, adequação e pertinência do tema-problema, pela limitada discussão e prematura formalização do entendimento, viu-se imprescindível desenvolver este trabalho a fim de compreender as discussões atuais em face de posicionamentos do TCU, Controladoria Geral da União (CGU) e buscar subsídios que assegurem ao cidadão a efetiva concretização de seus direitos, bem como conscientização acerca de seu protagonismo no contexto de controle social.

Considerando a proposta que se deseja testificar sobre a busca pela concretização do Estado Democrático de Direito e a participação proativa dos cidadãos no controle social, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, por meio do método hipotético-dedutivo.

## 2 DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Acerca dos princípios que norteiam o debate central deste trabalho, qual seja, a relevância pública da informatização por meio dos portais eletrônicos das SEM's, ressalta-se a imprescindibilidade de se apontar alguns deles e contextualizá-los com a finalidade de compreender a maneira como impactam a discussão do incentivo ao exercício da cidadania e do controle social previstos nos artigos 70, parágrafo único combinado com o artigo 74 parágrafo 2º da Constituição da República de 1988 a partir destas ferramentas (BRASIL, 1988).

Os princípios, de acordo com Humberto Ávila, podem ser entendidos como normas "[...] primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser pro-

movido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (ÁVILA, 2005, p. 70).

Ou seja, os princípios comportam-se como fundamento básico de um sistema e fornecem substratos para a análise quanto à validade das demais regras que o compõem. Ademais, orientam quanto à hermenêutica para a aplicação das normas no caso concreto, e propiciam o preenchimento de lacunas legais existentes no Ordenamento Jurídico (BERNADES, 2015).

A Constituição de 1988, por sua vez, cuidou de revitalizar seus princípios por meio de previsões explícitas ou implícitas, e de acordo com sua fonte normativa, qual seja, a própria Constituição, de caráter ampliado, alguns absorvem características de direitos fundamentais e outros de direito administrativo, os quais podem ser reproduzidos em legislações esparsas.

Quando se discute sobre o acesso às informações (art. 5º, XIV e XXXIII), especificamente relacionado a empresas públicas, o cerne envolve diferentes interesses e desdobramentos que repercutem em princípios relevantes como a publicidade (art. 37, *caput*), transparência, interesse público, sigilo, participação popular, dentre outros (BRASIL, 1988). Estes princípios estão interligados e demandam análise extensiva e sistemática, da qual permite-se inferir que só é possível julgar efetiva sua aplicação se mecanismos suficientes forem disponibilizados.

Nesse sentido, ressalta-se a relevância dos princípios em um Ordenamento Jurídico, na medida em que repercutem progressivamente as mudanças culturais e paradigmáticas de uma sociedade civil (BERNADES, 2015, p. 39). Outrossim, fornecem subsídios necessários para acompanhar essas transformações constantes que nem sempre estão positivadas nas legislações ou acompanham seu surgimento.

Com efeito, neste estudo, trata-se das SEM's e de portais ou sítios eletrônicos que, por estarem inseridas no contexto da Administração Indireta, formada por capital público<sup>4</sup>, reproduzem conflito aparente entre princípios, mas conforme será exposto, não existe entendimento absoluto, e sim sopesamento das normas (ALEXY, 2015).

Inicialmente, contextualiza-se os princípios mais significativos nesta discussão apontada. Cumpre-se examinar o princípio da publicidade, indissociável do princípio da transparência. Enquanto o primeiro impõe meramente a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (OLIVEIRA, 2013), a transparência surge com a necessidade de instrumentalizar e traduzir de maneira efetiva a exposição dessas informações.

Nesta senda, pode-se apreender uma relação de causa-consequência entre ambos (transparência e publicidade), que denota a possibilidade do exercício pleno da cidadania, reflexo democrático (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013), que se dá com a participação dos cofundadores do Estado, qual seja, o povo. Nas palavras de Rafael Rezende de Oliveira:

A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB): o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes. Quanto maior a transparência pública, maior será o controle social sobre os atos da Administração Pública e das entidades privadas que exercem atividades delegadas ou de relevância pública. (...)No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais; o sigilo é exceção. (OLIVEIRA, 2013, p. 101).

4 Ora integralmente, como no caso das empresas públicas, ora parcialmente, majoritariamente nas SEM (art. 3º e 4º Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016).

Como consequência imediata e lógica, portanto, se encontra o princípio da participação popular e a necessidade de reconfiguração dos aparelhos do estado (MARTINS JÚNIOR, 2010).

Intrinsicamente relacionado a estes princípios faz-se pertinente expor a respeito do sigilo. Trata-se de um direito previsto constitucionalmente, que faz oposição direta ao direito à informação, ao passo que restringe o direito fundamental à publicidade em situações excepcionais.

O desafio que emerge diz respeito à suposta imprecisão semântica dos elementos que compõem e caracterizam o sigilo. O art.5º, XXXIII, CR/88, dispõe que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988). Como visto, o referido dispositivo não apresenta a conceituação do que seja sigilo, sendo essa uma disposição contida na LAI, em seu art. 4º, III: “informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 2011).

Adicionalmente, os incisos do art.23 da LAI apontam rol exemplificativo de situações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, passíveis portanto de classificação em graus de sigilo cuja divulgação e acesso sofram restrições.

Todavia, inexistente, até os tempos deste estudo, regulamento (citado pelo art.86, §5º da Lei 13.303/16<sup>5</sup>) para estabelecer os critérios quanto à definição de sigilo nos casos de alegação de proteção de cunho estratégico, competitividade, comercial ou industrial decorrentes da atuação das SEM's.

Nesta senda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua tais critérios como conceitos jurídicos indeterminados, asseverando que o legislador conferiu liberdade à Administração Pública ao dispor nas leis o que chamam de “conceito de valor”, devendo o administrador atuar com suas escolhas subjetivas no “caso concreto”, segundo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (DI PIETRO, 2009).

Por conseguinte, se submetem à sorte da conceituação doutrinária, jurisprudencial, legislações esparsas e pulverizadas, assim como à discricionariedade (BERNADES, 2015), o que torna ainda mais complexa a discussão do tema-problema, na medida em que falta parâmetros para fundamentar a censura estabelecida em casos concretos.

Não obstante a compreensão da inexistência de direitos absolutos e necessidade de se conceber o sigilo em outras perspectivas (BERNADES, 2015), vislumbra-se óbice à concretização do direito fundamental de acesso às informações (DONIZETTI, 2009), que recorre-se frequentemente ao princípio do interesse público para ponderar as decisões quanto à divulgação ou adoção do sigilo, para tanto, cumpre-se tecer considerações acerca deste princípio.

Preliminarmente, extrai-se que do interesse público decorre a primária fundamentação do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, ademais, reitera-se que se encontra também inserido no rol de termos jurídicos indeterminados, utilizados de maneira ampla e genérica a dificultar sua conceituação.

---

5 “Os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão estabelecidos em regulamento.” (BRASIL, 2016).

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o conceito de interesse público deve abarcar “[...] a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 32), ou seja, este princípio não pode ser compreendido exclusivamente pertencente ao Estado, tampouco contraposto ao interesse individual.

Nesse diapasão, completa Celso Antônio Bandeira de Mello:

Inerente ao interesse público é o pensamento do interesse contraposto ao interesse individual. Ao interesse público geralmente é atribuído uma perspectiva geral e harmônica dos interesses sociais, em que predominam objetivos e necessidades comuns, com significado separado da noção de interesse privado. Quando o Estado se incumba da tarefa de empreender esta necessidade se faz por algum objetivo estratégico, que vai além da mera obtenção de recursos para o erário. Durante o caminhar da história a natureza do interesse patrocinado pela companhia vinculada ao Estado poderia implicar em diversos motivos. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 56-57).

Por meio da reflexão de que o interesse público engloba de maneira geral os interesses da coletividade, no sentido de consecução do bem comum estampado no art.3º, IV, CR/88 (MEIRELLES, 1999), fica evidente que a participação popular (BERNADES, 2015) no acesso aos documentos e informações de atos públicos e administrativos, corresponde à devida concretização deste princípio. Ademais, a transparência surge, assim, como um dever estatal e um direito subjetivo público no viés da moderna concepção de administração pública que deve fixar seus procedimentos e atos na moralidade (BERNADES, 2015).

Com efeito, para que haja a efetiva participação do cidadão nos atos dos agentes públicos, deve-se diversificar os instrumentos que concretizam o acesso à informação, aliados à tecnologia e principalmente à internet, e conhecer o regime empresarial-jurídico no Brasil.

### 3 O REGIME EMPRESARIAL JURÍDICO NO BRASIL

Diante do objetivo do presente trabalho, faz-se necessário permear outros campos jurídicos para compreender a aplicabilidade deste princípio e sua relevância, assim como discutir seus desdobramentos específicos em face, especificamente, das SEM's.

Para tanto, é necessário compreender a estrutura dos regimes empresariais no Brasil a fim de possibilitar a análise dos institutos jurídicos, bem como sua relevância na sociedade civil. Sabe-se que já ocorreram inúmeras transformações e mudanças de paradigmas (MORAES, 2014) e a legislação torna-se reflexo deste amadurecimento conceitual.

Isto posto, pretende-se inicialmente abordar a tradicional classificação adotada no Direito, entre direito público e privado, a fim de estabelecer parâmetros e limitações na seara empresarial, afinal as SEM's, conforme se demonstrará, são delineadas nos normativos como de natureza híbrida, o que torna ainda mais nebulosa a discussão do tema-problema.

### 3.1 DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO

Em consulta à doutrina relativa à Teoria Geral do Direito foi possível esquematizar ontologicamente o Direito, bem como defini-lo a partir da lógica de classificação básica em dois ramos: Direito público e Direito privado (REALE, 2001).

Com a consolidação de conceitos, como o da relação jurídica, o Direito, antes primitivo, incorpora os traços de ciência, tornando-se objeto de estudo no início do séc. XIX, com índole positivista (REALE, 2001). Posteriormente, torna-se disciplina acadêmica e a dicotomia público x privado permanece, afinal, contribuía para a organização do conhecimento sistemático, de segmento descritivo e fragmentado em vista das inúmeras formas de interação social e as repercussões nas ciências jurídicas.

Ressalta-se que, nesta senda, surgiram diversas teorias para estruturar esses campos e desvendar sua natureza (REALE, 2001), todavia, neste estudo não se pretende exaurir ou discriminar os tipos e modelos, tratando apenas de apresentar introdução do aspecto classificatório, imprescindível para a compreensão do tópico a seguir, qual seja: de que maneira as SEM's, no exercício de seus regimes jurídicos estão inseridas no plano dos ramos do Direito?

Oportuno o recorte quanto à definição “público x privado”, à luz do dualismo clássico. Essa corrente apresenta distinção bem definida na ótica prática, o que a torna didática e objetiva, porém, tratando-se de um contexto de constantes mudanças sociais, de multi e interdisciplinaridade, expressa limitações. Tal dificuldade de acompanhar as exigências decorrentes da pluralidade de elementos, reflete o caráter transmutativo do Direito, na medida em que é perceptível a influência ideológica político-social de cada momento histórico. Como desdobramento, percebe-se a oscilação comportamental do Estado (Ente institucionalizado gerente do Ordenamento Jurídico), que ora se projeta, ora se retrai, de acordo com a relevância em que é demandado.

À título de exemplificação, destaca-se a polarização entre contextos políticos econômicos como o Estado Social e o Estado liberal, que absorvem características destes dois sistemas: “público x privado”, respectivamente. Em suma, enquanto o liberalismo destaca-se pela maior abertura ao setor privado, e pouca regulação estatal, o Estado Social destaca-se pelo posicionamento intervencionista estatal que prioriza a tutela dos direitos coletivos.

Verifica-se, pois, que independente da ideologia adotada, pressupõe-se a análise sociopolítica em que se inserem, afinal refletirão a atuação do Estado e, conseqüentemente, na legislação. Em ambas situações, já tangenciadas no cenário brasileiro (SALGADO, 2018), deflagram-se entraves para distinguir o Direito e seus princípios aplicáveis, principalmente quando se denota que existem ramos que compreendem as duas áreas<sup>6</sup> (REALE, 2001).

O que se constituía como necessidade histórica de demarcação de competências ganha nova roupagem axiológica com o Estado Democrático de Direito, e o papel do Estado fica atrelado às diversas fontes que revelam a mesma finalidade, qual seja, correlação dinâmica por meio da convivência harmônica em sociedade, e caráter de pertencimento em um sistema de direitos e deveres mútuos.

---

6 É o caso do Direito Administrativo, como desdobramento da necessidade de manutenção e atribuição das funcionalidades do Estado.

Depreende-se desta maneira, que o atual cenário jurídico empresarial no Brasil, abarca as duas esferas e, notadamente, possibilita novas perspectivas que superam a dicotomia público x privado. É o caso da previsão de participação direta do estado na exploração de atividade econômica por meio de empresas estatais.

As empresas estatais indicam o gênero (ARAGÃO, 2017), que tem como espécies as empresas públicas e as sociedades de economia mista; ambas são diferenciadas pela disposição do capital social. Enquanto a primeira possui integralmente seu capital pertencente “à sociedade”, as SEM's possuem capital social majoritariamente público.

Essa previsão, de criação/autorização<sup>7</sup> de maneira excepcional, sendo estas, pessoas jurídicas de direito privado, pode inicialmente gerar controvérsias, visto que é inata a associação de interesses diversos em cada esfera. Por exemplo, a ambas se aplicam a Lei das Sociedades Anônimas, e quando forem do tipo aberta, sujeitam-se às normas emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários, ou seja, podem envolver interesses ainda mais diversos de acionistas pulverizados no mercado. Em face dessas constatações, cabe alocar as SEM's na classificação dos ramos público e privado bem como conceituá-la.

### 3.1.1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Contextualizado no avanço da função do próprio Estado, de participante a promotor de direitos individuais (REALE, 2001), fica evidente o reconhecimento da necessidade de se adotar correntes que apesar de distinguir os ramos (quanto a prevalência ou não de alguns critérios para fins didáticos) também concebiam a possibilidade de intersecção destes.

Amostra evidente desta inferência são os próprios desdobramentos advindos do exercício estatal no domínio econômico. As diretrizes constitucionais permitiram a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico em casos limitados, de maneira subsidiária, atípica: regulação de determinadas atividades, prestação de serviços públicos e excepcionalmente na exploração de atividade econômica (SALGADO, 2018). É o que explicita o art.173 da CR, que remonta à origem do direito administrativo e a necessidade de organização impregnada de aspectos essencialmente públicos, todavia caracterizado de forma excepcional (BRASIL, 1988).

Posto que a atuação do Estado no mercado é prevista como excepcional na CR, sendo permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, evidencia-se que sua criação fica condicionada ao cumprimento de requisitos básicos, incluído o cumprimento de sua função social, qual seja: concretizar o interesse público que lhe deu origem.

Ressalta-se que estes fundamentos justificantes se inserem no contexto de conceitos abertos ou termos jurídicos indeterminados, que conforme já exposto, enseja a possibilidade de interpretação discricionária e distorcida em relação ao sentido e alcance da norma (*mens legis*) (FRIEDE, 2018), da qual torna-se necessário o papel de limitador dos princípios.

Ainda em face do art.173 da CR, preconiza o inc. I, do seu §1º, o atendimento à função social (BRASIL, 1988), a qual é explicitada na Lei nº 13.303/16 (Lei das Estatais):

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

[...]

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam. [...]. (BRASIL, 2016).

Impende lembrar que a própria Constituição assegurou a livre-iniciativa, inclusive como fundamento da República, conforme disposto no art. 1º, inc. IV (BRASIL,1988).

Nessa conjuntura, foi instituída recentemente a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, pela Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, para corroborar favoravelmente por um cenário que assegure os direitos de liberdade econômica a se evitar o abuso do poder regulatório estatal (BRASIL, 2019b).

Preserva-se, assim, a atividade econômica privada e sua típica diversidade de atuação, afinal o excesso de interferência pública poderia prejudicar a competitividade do setor privado, causando desestímulo à iniciativa. O Poder Público é autorizado a exercer atividade de exploração econômica, contudo deve comprovar os pressupostos acima, com o intuito de não se afastar do seu objetivo primário, que é visar a consecução do bem comum, concretizado pela função social que justificou sua criação (CARVALHO FILHO, 2004).

A seguir, persegue-se a aferição da natureza híbrida das SEM's, esclarecendo-se que em decorrência desta motivação primeira, direciona o entendimento para interpretar os princípios atrelados a cerne temática de acesso à informação.

### 3.1.2 SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: CONCEITO E REGIME HÍBRIDO

Desde 1967, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de janeiro, já incluía a sociedade de economia mista na esfera da administração pública indireta, disposta sua configuração com fulcro no art. 5º, III, ostentando personalidade jurídica de direito privado.

Posteriormente, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, dedica um capítulo às Sociedades Anônimas, sobre elas dispondo nos arts. 235 a 240. Demonstra que tal entidade deve ser constituída sob a forma de sociedade anônima, sujeitando-se adicionalmente, no caso das companhias abertas, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários-CVM.

Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§ 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. (BRASIL, 1976).

A seguir, e de trato mais recente, a Lei nº 13.303/2016, Lei das Estatais, adveio com o objetivo de dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 2016), com vistas a suprir a exigência mencionada no § 1º do art. 173 da Constituição. Tal lei tem abrangência ampla e abarcou não somente as entidades que exercem atividade econômica como também as prestadoras de serviço (BRASIL, 1988).

Seu objetivo foi ampliar as práticas empresariais incluindo as empresas estatais, impondo-as a adoção de práticas de governança e controles proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio, a fim de gerar maior segurança jurídica e aumentar a atuação de órgãos de controle.

Com efeito, com base no artigo 4º da Lei nº13.303/2016, foi possível aclarar e consolidar diversos aspectos no âmbito das SEM's. Destaca-se o conceito legal trazido:

Artigo 4º. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. (BRASIL, 2016).

A partir deste conceito, é possível depreender a polêmica relativa à natureza jurídica das SEM's. Além de compostas por capital votante majoritariamente público, ou seja, sob controle do Poder Público, possuem personalidade de Direito Privado. Todavia, como bem adverte a doutrina, a discussão não é tão simplória, afinal considera-se que o regime jurídico das empresas estatais é peculiar (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 198). Como conciliar aspectos teoricamente antagônicos?

Um dos primeiros autores a discutir sobre o conflito decorrente da criação da SEM foi Bilac Pinto. Para ele não era possível associar dois interesses diametralmente opostos, quais sejam: o interesse geral em face da busca particular do lucro (PINTO JUNIOR, 2013, p. 1-15).

A chamada crise de identidade destas sociedades (SALGADO, 2018, p. 24), todavia, deve-se ao fato de análises superficiais e absolutas de conceitos. Extrai-se que com o desenvolvimento de tecnologias, principalmente, a visão e incorporação do papel do Poder Público não deve mais se desenvolver no sentido de supremacia do Interesse Público, em detrimento dos interesses de acionistas minoritários, mas incorporá-los nessa perspectiva em que ambos os sujeitos são beneficiados pelo alvo: bem comum (PINTO JUNIOR, 2013, p. 51).

Essa característica, quanto à natureza híbrida (CARVALHO FILHO, 2007, p. 444), decorre da análise do aspecto de integrarem a Administração Indireta (DI PIETRO, 2013, p. 1-20), bem como estão inseridas em personalidade privada. Cria, assim, suposto conflito de interesses entre os acionistas minoritários, que buscam lucro, e o acionista-Estado (objetivo é concretizar o interesse público) (SALGADO, 2018).

Considerando que de fato os regimes jurídicos das SEM's são de caráter híbrido, pertencentes à Administração (submetidas às políticas estatais), denota-se a necessária incorporação de flexibilidade, e harmonização de interesses materializando-se em um regime jurídico de Direito Privado Administrativo, que quer dizer a utilização, pela Administração, de instrumentos e formas do Direito Privado para a consecução do próprio interesse público.

Ressalta-se que a opção do Poder público em criar correspondências para desempenhar prestação de serviços ou atividades de exploração econômica onde se fazia necessária sua atuação supletiva, acolheu sistema próprio privado em face da observação da eficiência deste setor (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 88).

Por essa perspectiva, quando a Lei das estatais, no artigo 6º estabelece, outrossim, que os estatutos das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias devem "observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção" (BRASIL, 2016) faz-se crer que acolheu a importância de *compliance* (JUSTEN FILHO, 2017). Esse instituto, já amplamente adotado no setor privado, se traduz pelo conjunto de comportamentos e boas práticas que reforçam a transparência e controle interno de uma sociedade empresária, no intuito de alcançar a considerada boa gestão (CHAGAS, 2019, p. 98).

Desta correlação perquirida pelo setor público, denota-se que na relação entre o público e o privado não pode haver prevalência de um sobre o outro, mas sim um equilíbrio. A SEM pode secundariamente auferir lucro, porém menor do que teria uma empresa privada, para se atender a um interesse público institucional na lógica de ponderação econômica.

Dessa forma, a conceituação da SEM, por mais que revele o caráter próximo ao privado, ainda estará submetida às regras especiais, em decorrência de sua natureza auxiliar da atuação governamental (BANDEIRA DE MELLO, 2011).

## 4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Permeando o objeto da presente pesquisa, qual seja o sopesamento entre publicidade e sigilo no âmbito das sociedades de economia mista e a relevância dos sítios eletrônicos, necessário será analisar a evolução histórica da garantia do acesso à informação no Brasil, já que o entendimento predominante era o do sigilo.

Para Fernando Rodrigues Martins a publicidade é fruto do período político de cada época, em outras palavras, na medida que o Estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do cidadão, porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, amplia-se a forma de participação da sociedade e assegura-se o acesso à informação (MARTINS, 2010, p. 313).

Pretende-se contextualizar a evolução legislativa acerca do tema da publicidade, portanto, utilizando-se como marco a CR/88, afinal, inserida na concepção de Estado Democrático de Direito, instaurou explicitamente a publicidade como Direito Fundamental.

### 4.1 CENÁRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL

Verifica-se que a legislação brasileira como um todo, inspirada nas constituições anteriores à de 1988, possuía característica nacionalista e intervencionista, sem qualquer prioridade no tratamento à publicidade ou assegurar acesso à informação (SALGADO, 2018, p. 11). A cultura era amparada num protecionismo exacerbado, no qual prevalecia o sigilo. A busca de informações, principalmente por parte dos cidadãos, era atípica, burocrática e mínima.

O país, marcado historicamente por regimes totalitários ou ditatoriais, não permitia diálogo do gestor com o cidadão. A imagem de democracia e participação popular, por vezes, esteve distorcida e distante de elucidação. Assim, as mudanças promovidas principalmente em virtude do moderno avanço tecnológico são consideradas extremamente recentes e em desenvolvimento e apesar de conter em algumas constituições anteriores o termo “democracia”, é possível inferir que o sistema democrático somente se tornou concreto e exequível com a previsão de mecanismos para seu exercício.

Curiosamente, em pesquisa às Constituições anteriores, inclusive no período imperial (1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967), os termos publicidade e acesso à informação não são citados ou, quando isso ocorre, escapa completamente de sua perspectiva hodierna, qual seja, tornar públicos atos emanados por entes públicos. Nessa senda, fica evidente a limitação das Constituições anteriores quanto a essa temática. O sigilo pode ser considerado, inclusive, um termômetro de governos autoritários (OLIVEIRA, 2013, p. 101).

Após reformas e abertura política, a mudança do panorama retrata que a não permissão do acesso às informações não pode ser relativizada/banalizada. Deve ser exceção devidamente justificada, conforme linhas gerais da LAI.

Apesar do respaldo da Constituição “cidadã”, ápice no Brasil na década de 80, ser consideravelmente recente, o movimento de disponibilização de informações já era adotado e aplicado internacionalmente, interpretado como garantia da elucidação dos fatos e como direito a conhecer a verdade, visto que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já se fazia referência a tal direito subjetivo: “Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948).

Fica evidente, portanto, que em comparação a outros países, em virtude de seu contexto histórico, fez-se tardia a legislação asseguradora do princípio da transparência, mas como se verá provado, com a CR/88 e posterior promulgação da LAI, atualmente consideram-se modernas as previsões que subsidiam inclusive outros normativos, essenciais à democracia.

## 4.2 CENÁRIO PÓS-CONSTITUCIONAL (1988)

Com a promulgação da Constituição de 1988, inúmeros direitos fundamentais foram consagrados explicitamente em seu texto, dentre eles o acesso à informação, sendo explícito e assegurado a todos, inclusive (e principalmente) aquelas informações produzidas pelos órgãos públicos, conforme está previsto no art. 5º, inciso XIV e XXXIII, bem como no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, que garante aos cidadãos o fornecimento de informações de interesse particular, coletivo ou geral, a serem concedidas por quaisquer órgãos públicos, no prazo da lei (BRASIL, 1988). Ressalvam-se aquelas de caráter sigiloso imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e o acesso a registros da Administração Pública, bem como informações sobre atos de governo.

Trata-se, portanto, de marco revolucionário na Administração Pública brasileira, vez que anteriormente o entendimento que prevalecia nos órgãos públicos e em todas suas esferas era o de não obrigatoriedade em disponibilizar dados ou esclarecimentos quando solicitados

e não havia o que se falar acerca de responsabilização relacionada à omissão ou inércia na apresentação de tais informações. Ademais, pela instituição do Estado Democrático de Direito, diversos direitos e deveres fundamentais foram explicitamente consagrados, ocorrendo considerável evolução em aspectos de participação popular.

Destaca-se que o Estado sendo um ente tão complexo, que visa assegurar inúmeras necessidades coletivas, a troca de informação, o estabelecimento e incentivo da transparência em sua atuação se torna necessário, quiçá imprescindível para a democracia, vez que redireciona a conscientização do acesso à informação.

Neste diapasão, pode-se destacar o princípio da publicidade – listado no art. 37 da Constituição – também como regente dos Atos Administrativos vez que sintetiza os aspectos da transparência e controle e delinea a compreensão de que “o tornar público” é direito dos cidadãos e dever da Administração, aproximando-se dos administrados (BRASIL, 1988).

Ancorado, sobretudo, no ideal de avanço desse direito e abertura de acesso a seu exercício, observou-se o desenvolvimento de diversas ferramentas facilitadoras aos cidadãos além do aperfeiçoamento legislativo, preocupado em regulamentar tais aspectos e acompanhar as demandas promovidas pelos avanços tecnológicos.

Assim, amparado na Constituição, sobreveio, consecutivamente, inauguração de diversos normativos que desenvolveram esse entendimento, adquirindo conotações mais relevantes os seguintes expostos:

a) Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que aproxima a transparência na área contábil, como destacado nos seguintes dispositivos:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio;

[...] Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

Art. 48-A. (...), os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I - quanto à despesa[...]

II - quanto à receita: [...]

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade. [...] (BRASIL, 2000).

Esta lei regulamentou, preliminarmente, ante o contexto de responsabilidade na gestão fiscal e finanças públicas, a aplicação da transparência a nível de prestação de contas, na qual o ente disponibilizando uma série de documentos permitiria o acompanhamento e verificação de seus atos essencialmente relacionados a aspectos orçamentários e financeiros.

A referida lei foi sensivelmente alterada pela LC nº 131, de 27 de maio de 2009, como se verá a seguir, a partir da qual completou alguns conceitos e obrigações determinando a disponibilização em tempo real e com informações detalhadas, reforçando a ideia de abertura, acompanhamento e participação pública (BRASIL, 2009).

b) Lei Complementar nº 131/09, que alterou a redação da LRF no que se refere à transparência da gestão fiscal e inovou determinando que fossem disponibilizados, em tempo real, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diante desta novidade, consagrou-se como Lei da transparência, se tornando paradigma para resolver as situações que surgiram naquele contexto.

Nesse sentido, têm-se o acórdão 2512/2018, do plenário do Tribunal de Contas da União, que trata de aspectos correlatos:

[...] A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) colocou a transparência como princípio fundamental da gestão fiscal responsável, o que pressupõe a publicidade e a compreensibilidade das informações prestadas. A correta evidenciação das contas públicas se mostra fundamental, em especial pelo contexto de crise vivenciada nas finanças públicas brasileiras dos últimos anos, conjugada em metas fiscais deficitárias, estabelecimento de teto de gastos por meio de emenda constitucional, queda acentuada de arrecadação e corte de despesas discricionárias

[...] De fato, essa atuação tem se revelado crucial para o país, porque assegura uma perspectiva técnica e independente sobre a gestão das finanças públicas, visando sua transparência, regularidade e previsibilidade – fatores necessários à manutenção da confiança dos cidadãos e dos mercados no Estado, e, por conseguinte, à elevação do investimento no país, ao crescimento econômico e à qualidade das instituições democráticas. [...] (BRASIL, 2018).

c) Posteriormente, o Decreto nº 10.540, de 5 de novembro de 2020, o qual revogou o Decreto nº 7.185, de 27 de maio de 2010, regulamentou sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema único e integrado de execução orçamentária, administração financeira e controle, nos termos do art. 48, § 1º, inciso III, da LC nº 101/00. A partir deste decreto foram classificados alguns termos úteis na compreensão desta análise, inclusive indicando alguns requisitos imprescindíveis para alcançar um padrão mínimo de qualidade:

Art. 2º [...]

IX - disponibilização de informações em tempo real - a disponibilização das informações até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil no Siafic, sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento;

X - meio eletrônico de amplo acesso público - sistemas, painéis de visualização de dados e sítios eletrônicos que não exijam cadastramento de usuário ou utilização de senha para acesso;

[...]

Art. 9º Sem prejuízo da exigência de características adicionais no âmbito de cada ente federativo e do que dispuser o órgão central de contabilidade da União, são requisitos tecnológicos do padrão mínimo de qualidade do Siafic:

I - permitir o armazenamento, a integração, a importação e a exportação de dados, observados o formato, a periodicidade e o sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, nos termos do disposto no § 2º do art. 48 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

II - ter mecanismos que garantam a integridade, a confiabilidade, a auditabilidade e a disponibilidade da informação registrada e exportada; e

III - conter, no documento contábil que gerou o registro, a identificação do sistema e do seu desenvolvedor.

Art. 10. O Siafic atenderá, preferencialmente, à arquitetura dos Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico - ePING, que define o conjunto mínimo de premissas, políticas e especificações técnicas que regulamentam a utilização da tecnologia de informação e comunicação no Governo federal, e estabelece as condições de interação entre os Poderes e esferas de Governo e com a sociedade em geral (BRASIL, 2020).

Apesar das inovações normativas, apenas após vinte e três anos da previsão constitucional quanto à necessidade de regulamentação foi promulgada a Lei de Acesso à Informação, que representa uma mudança paradigmática na Administração Pública brasileira, implementando a “cultura da transparência”, necessária ao combate à corrupção e ao controle social da máquina administrativa (OLIVEIRA, 2013, p. 101-103).

#### 4.3 ABRANGÊNCIA E IMPLICAÇÃO DA LAI ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A partir da vigência da LAI foi possível consolidar todos os aspectos anteriormente discutidos e direcionados pela própria Constituição. Em uma única lei, considerada o marco e garantia do cidadão para exercer o seu direito de acesso à informação, viabilizou-se a ampliação da lógica e importância do fornecimento de dados de forma inteligível e objetiva para atender à demanda da sociedade, não se limitando à simples disposição de dados, sendo que ainda há preocupação quanto à receptividade e compreensão desses.

Na criação da LAI, especificamente em seu art. 1º, estendeu-se o dever constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas aos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive às SEM's (BRASIL, 2011).

Além disso, a indicação clara das sociedades de economia mista no rol de subordinados à lei aponta certa legitimidade para a análise do cumprimento dos requisitos de transparência. Entretanto o que se insurge é o questionamento da adoção do sigilo no caso de solicitação de informações relativas às SEM's que atuam no mercado em sistema de paridade concorrencial.

No decorrer do texto da lei verifica-se que foi reforçada a obrigatoriedade da divulgação pela internet, indicando-se inclusive requisitos essenciais na formação estrutural dos portais, especialmente nos dispositivos elencados no art. 8º, §§ 2º e 3º (BRASIL, 2011).

A única exceção trazida pela lei, prevista no art. 8º, §4º, trata dos municípios de até 10 mil habitantes, que ficariam dispensados da divulgação obrigatória na internet, além da previsão de classificação de informações sigilosas. Porém, a própria legislação demonstra flexibilidade no art. 11, afinal, de acordo com as circunstâncias, define prazo limite, transitório e passível de impugnações quanto a recusa de disponibilização (BRASIL, 2011).

Em suma, conforme previsto no art. 45, a LAI apresenta normas gerais, indicando ainda a necessidade futura de regulamentação por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em legislação própria, acerca da definição de regras sobre como as informações serão asseguradas.

Ato contínuo, a LAI foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que, no âmbito do Poder Executivo federal, definiu os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados o grau e o prazo de sigilo (BRASIL, 2012). Apesar de estar limitada ao âmbito Federal, tal norma é enriquecedora no entendimento da controvérsia central deste estudo, visto que pode e deve ser referência para interpretações em analogia, vez que completa conceitos e termos trazidos de maneira genérica<sup>8</sup> pela LAI.

Ademais, no bojo da pesquisa, acerca de como vem sendo interpretados e avaliados os portais eletrônicos, a lei reforça que a disponibilização de dados pode se dar de duas formas: a transparência ativa e a transparência passiva, incentivando a proatividade governamental.

A primeira modalidade determina que os órgãos públicos devam promover, independente de requerimento, a divulgação em sítios eletrônicos (internet) de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. Essa é a disposição contida no art. 8º do Decreto nº 7.724/2012, o qual teve a redação do seu *caput* alterada pelo Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019 (BRASIL, 2019a).

Já na transparência passiva, os órgãos e entidades devem criar uma espécie de plataforma (Serviço de Informações ao Cidadão – SIC), com o objetivo de atender e orientar o público, informar sobre a tramitação de documentos nas unidades e receber e registrar pedidos de acesso à informação, conforme dispõem os arts. 7º e 11 do Decreto nº 7.724/2012 (BRASIL, 2012).

Provoca questionamento o art. 5º do Decreto nº 7.724/2012 quanto a suposto conflito de normas, visto que remete a uma exceção contida no modelo de regime empresarial:

Art. 5º Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§ 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

[...] (BRASIL, 2012).

A partir da definição acima, importa inferir que o deslocamento de competência para os normativos da CVM gera inúmeras incertezas e insegurança pois fundamenta-se em conceitos jurídicos indeterminados, como se demonstrado ao longo deste estudo. Desta forma, justificadas pela simples atuação em regime de concorrência, muitas solicitações de acesso à informação são negadas, ou de outra forma, não se encontram contempladas nos portais eletrônicos.

8 É o que afirma a própria União: “É importante ressaltar que os dispositivos gerais têm aplicação imediata. Portanto, a falta de regulamentação específica prejudica, mas não impede o cumprimento da Lei.” (BRASIL, 2014).

Paralelamente, a fiscalização do implemento e efetivação destas modalidades se torna também uma garantia. Em âmbito federal, a competência é da autoridade de monitoramento (arts. 67 e 68 do Decreto nº 7.724/12), que verifica o cumprimento da lei no ente público a que pertence e, em última instância, pela Controladoria-Geral da União (CGU), responsável pelo monitoramento da lei em todo o Poder Executivo Federal, bem como configura-se última instância em caso de recursos administrativos (BRASIL, 2012).

Expostas essas considerações acerca da aplicabilidade da LAI às SEM's, assim como a retrospectiva das legislações que consagraram o princípio da transparência e permanecem em evolução, faz-se mister abordar a temática do avanço tecnológico, que fundamentou as modificações jurídicas.

## 5 TECNOLOGIA E CONTROLE EXTERNO

A tecnologia, cada vez mais atrelada à rede mundial de computadores, está sendo paulatinamente agregada às questões políticas, conforme explicita Ana Paula dos Santos (2014):

A revolução dada nas redes de informações e com o advento e evolução das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), o processo social e político tiveram mudanças significativas (...) as possibilidades democráticas virtuais são uma síntese da investigação teórica acerca das práticas sociais coletivas que só se tornariam possíveis com o surgimento da chamada sociedade da informação (SANTOS, 2014, p. 11).

Entre 2000 e 2010, a utilização da Internet cresceu mais de 30% no período de um ano em cerca de 60 países em desenvolvimento (PNUD, 2013, p. 50), evidenciando o impacto da utilização da internet como meio principal de comunicação e troca de informações. Tornou-se, portanto, significativo instrumento de aproximação entre Estado e cidadãos e permite a fiscalização do governo de maneira mais concreta e frequente (GUZZI, 2010, p. 30).

A tecnologia assumiu um papel imprescindível para a comunicação e se faz cada vez mais presente como instrumento de participação popular e reforma administrativa. É o caso, por exemplo, da internet que cresce em acesso e funcionalidades (GUZZI, 2010). Indica-se que a tecnologia tem incorporado as características típicas de ferramenta hábeis a consolidar o exercício da cidadania, vez que democratiza os meios de informação e aproxima a sociedade civil dos atos advindos do Poder Público.

Destaca-se, nesse sentido, o enorme descompasso entre as antigas regras procedimentais administrativas e as reais necessidades da sociedade contemporânea. O acesso à informação assumiu o atributo de dar credibilidade e indicar a qualidade econômica de determinada empresa.

Se verifica, inclusive, a importância e repercussão do tema na medida que nos últimos anos tem sido discutida por diversos órgãos e institutos que conhecem da relevância do tema e a necessidade de debate e melhora de tais aspectos.<sup>9</sup>

9 Reunião para discutir importância das boas práticas. Disponível em: [enccla.camara.leg.br/noticias/reuniao-da-enccla-trata-da-lei-de-transparencia](http://enccla.camara.leg.br/noticias/reuniao-da-enccla-trata-da-lei-de-transparencia). Acesso em: 30 abr. 2021.

Ademais, são inúmeros os flagrantes do não cumprimento da lei, como se verá a seguir, causado pela não atualização de sites e engessamento deste fundamental instrumento de controle.<sup>10</sup>

Quanto à estrutura lógica e fácil, compreende-se que quando atendidos os requisitos disponibilizados pela cartilha de usabilidade (BRASIL, 2010), que em suma integram três aspectos principais, que devem estar presentes nos portais eletrônicos a fim de propiciar o real cumprimento da transparência: usabilidade, navegabilidade e acessibilidade.

Ou seja, não basta que os portais disponibilizem as informações sem oferecer interface, linguagem, clareza e objetividade. Associa-se, ainda, a capacidade do portal eletrônico se adaptar a todos os tipos de público.

Nesta senda, o Tribunal de Contas tem profícua função de promoção da transparência pública em consonância com o art.71 da CR, promovendo de forma auxiliar o controle Externo, que se caracteriza também como exercício democrático (BRASIL, 1988).

A proposta é pela utilização de modelos como os portais de transparência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais-TCMG, vislumbrando-se formar referência comparativa básica dos requisitos utilizados na construção do próprio site do tribunal, que inclusive, como a seus jurisdicionados, se coloca em posição de visibilidade expressiva, capaz de incentivar o cumprimento legal acrescido de boas práticas.

Cita-se o modelo-base elaborado pela Associação dos Tribunais de Contas- ATRICON, Resolução nº 09/2018 por meio da MMD - Matriz de Fiscalização, no qual desenvolve diretriz voltada à função pedagógica, na qualidade de disponibilização por meio do *design* e interface com filtros e linguagem humanizadas e lúdica (ATRICON, 2018).

## 6 CONCLUSÃO

A divulgação de informações de interesse público delinea procedimentos para facilitar e agilizar o acesso por qualquer pessoa, inclusive com o uso de tecnologias apropriadas, dos dados de interesse ou suscitados de pedidos de esclarecimento. Tal estímulo ao desenvolvimento de uma cultura de transparência e controle social da Administração Pública destaca-se pela atuação mais ativa da própria sociedade, que dá o sentido primordial à estrutura e organização política e social brasileira.

Diante das novas demandas para o acesso à informação, verifica-se sensível necessidade em se atualizar a legislação, ampliar os mecanismos de acesso, fiscalização e avaliação dos sítios eletrônicos e portais na internet, vez que sua facilitação e incentivo comunicam-se com a replicação a níveis municipais e estaduais de legislações das quais se exprimem diretrizes que reforçam a imprescindibilidade da divulgação proativa de informações e dados de interesse coletivo sendo o sigilo excepcionalidade.

Ou seja, para que haja a efetiva concretização do princípio da transparência faz-se imprescindível a participação popular por meio do acesso aos sítios eletrônicos. Em face das SEM's o cenário não é diferente, porém com nuances, afinal possuem natureza híbrida.

Reforça-se finalmente a importância do papel dos Tribunais de Contas em desenvolver e propiciar modelos referenciais que aplique em seus próprios portais, incentivando adoção de padrões que concretizem a transparência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017.

ATRICON. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Resolução nº 09/2018**. Disponível em: <https://atrimon.org.br/resolucao-atrimon-no-092018/>. Acesso em: 30 abr. 2021. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERNADES, Camila Fernandes Santos. **O direito fundamental de acesso à informação: uma análise sob a ótica do princípio da transparência**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015. Disponível em: <repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13238/3/DireitoFundamentalAcesso.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012**. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.724%2C%20DE%2016%20DE%20MAIO%20DE%202012&text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.527,216%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.724%2C%20DE%2016%20DE%20MAIO%20DE%202012&text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.527,216%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o..) Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019**. Altera o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação. 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9690.htm#art1). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.540, de 5 de novembro de 2020**. Dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do Sistema Único e Integrado de Execução Orçamentária, Administração Financeira e Controle. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10540.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10540.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13303.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei

Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Padrões Web em Governo Eletrônico e-PWG - Cartilha de Usabilidade**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://epwg.governoeletronico.gov.br/cartilha-usabilidade>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2512/2018**. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 31 de outubro de 2018. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/atas/TCU\\_ATA\\_0\\_N\\_2018\\_43.pdf](https://portal.tcu.gov.br/atas/TCU_ATA_0_N_2018_43.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. 2. ed. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/84/34/1A/4D/43B-0F410E827A0F42A2818A8/2663788.PDF>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAGAS, Carolina Feitosa Dolabela. **O papel do estatuto jurídico das empresas estatais (lei nº 13.303/16) na concretização dos interesses públicos e econômicos das sociedades de economia mista**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

FRIEDE, Reis. Da importância de uma teoria da interpretação jurídica. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Valença, v. 16, n. 1, p. 315-333, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/497>. Acesso em: 30 abr. 2021.

GUZZI, Drica. **Web e Participação: a democracia no século XXI**. São Paulo: Senac, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Estatuto jurídico das estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional: direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. Disponível em: [integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4939/cfi/2!/4/4@0.00:21.2](http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4939/cfi/2!/4/4@0.00:21.2). Acesso em: 30 abr. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 4 mai. 2021.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2013.

PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2013**: Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. Nova Iorque: 2013. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Ana Paula. **Lei de acesso à informação**: uma análise da transparência e usabilidade apresentadas nos sítios eletrônicos das prefeituras do Estado do Paraná. 2014. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: [acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47831/20142%20Ana%20Paula%20dos%20Santos.pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47831/20142%20Ana%20Paula%20dos%20Santos.pdf?sequence=1). Acesso em: 30 abr. 2021

SALGADO, Tales Rodrigo. **O conflito público x privado na atuação da sociedade de economia mista**. 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018.

# 07

CAPÍTULO

# A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

JOÃO CARLOS LOPES RESENDE<sup>1</sup>

BRUNO ALVES APOLINÁRIO<sup>2</sup>

LUCAS GONÇALVES DA SILVA<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo interdisciplinar entre duas áreas do conhecimento: Direito e Economia, mais especificamente, busca demonstrar esta interseção, por meio da aplicação da Teoria dos Jogos na Assembleia Geral de Credores, na Recuperação Judicial de empresas, no intuito de analisar como seus efeitos podem ser benéficos para obtenção de resultado satisfatório, tanto para credores quanto o devedor. Para tanto, promoveu-se a análise individual dos dois institutos e suas principais características, para posterior análise conjunta, através da proposição de uma situação problema em abstrato (jogo), buscando identificar os possíveis resultados, em linguagem técnica econômica. Por fim, sugere-se método de aplicação da teoria em situações concretas de recuperação judicial.

**Palavras-chave:** direito e economia; teoria dos jogos; Assembleia Geral de Credores; recuperação judicial; análise estratégica.

## ABSTRACT

*The main purpose of this paper is the interdisciplinary study between two areas of human knowledge: Law and Economics, more specifically, it seeks to demonstrate this intersection by the application of the Game Theory in the General Meeting of Creditors of the companies judicial reorganization, intend to demonstrate how it effects can be beneficial to obtain an satisfactory result, both to the creditors and debtor. For this purpose, both concepts will be analyzed apart from each other, for a further joint analysis, by the proposition of an abstract game, seeking to identify the possible results, in technical language. Finally, it will be suggested a method off applying the theory in concrete situations.*

**Keywords:** law and economics; game theory; General Meeting of Creditors; receivership; strategic analysis.

1 Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9352803267599057>.

2 Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade FUMEC. Professor da Faculdade da Saúde e Ecologia Humana – FASEH. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1962538584083853>.

3 Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. dAnnunzio (Itália) e pela Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Consultor da Câmara de Assessoramento da FAPITEC/SE. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Vice-Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: [lucasgs@uol.com.br](mailto:lucasgs@uol.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1696968535834577>.

### Como citar o presente artigo científico:

RESENDE, João Carlos Lopes; APOLINÁRIO, Bruno Alves; SILVA, Lucas Gonçalves da. A aplicação da teoria dos jogos na assembleia geral de credores da recuperação judicial. *In*: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 111.

## 1 INTRODUÇÃO

A Assembleia Geral de Credores – AGC, órgão importantíssimo no âmbito do processo de Recuperação Judicial de empresas, é historicamente conhecida pelas desavenças formadas entre os credores entre si e com o devedor. Como se não bastasse o desgaste das relações envolvidas, devido ao enfraquecimento da atividade empresarial do devedor e as dívidas criadas, no decorrer das deliberações em assembleia, as partes não cooperam, adotam condutas individualistas, o que acaba por acarretar resultado não é satisfatório, quando de sua realização.

Diante deste problema, que pode ocasionar a falência da empresa, caso o plano seja mal-sucedido, cabe a reflexão do que pode ser feito, visando o melhor aproveitamento da Recuperação Judicial. Apesar de a lei prever uma série de benefícios disponíveis à empresa, com foco na preservação desta, a simples aplicação do Direito, por si só, mostra-se insuficiente em casos de maior complexidade.

Assim, considerando que a Recuperação Judicial pode envolver considerável número de participantes, nesse caso, trabalha-se com recursos escassos, em busca de uma solução que seja, de certa forma, satisfatória, tanto para credores, quanto para o devedor. Tem-se uma situação perfeita para ser analisada sob o ponto de vista da Economia, que pode ser vista, exatamente, como o estudo analítico do comportamento, que busca alcançar conclusões consistentes por meio de métodos eficazes.

Nesse contexto, ao observar o problema da falta de eficiência das assembleias gerais de credores, a ferramenta ideal para otimizar o processo seria a aplicação da Teoria dos Jogos, de forma a analisar estrategicamente as possíveis ações a serem tomadas pelos participantes, buscando o resultado mais satisfatório.

É, portanto, objetivo deste trabalho, elucidar os principais pontos técnicos da Teoria dos Jogos, demonstrar como podem ser aplicados na Assembleia Geral de Credores e como esta interação pode garantir maior fluidez e eficiência ao instituto, tudo isso por meio da análise de uma situação hipotética.

## 2 ESTUDO INTERDISCIPLINAR: DIREITO E ECONOMIA

O primeiro passo deste trabalho é tratar sobre a interação entre as duas áreas do conhecimento envolvidas na questão problema: Direito e Economia. Apesar de muitos considerarem campos de estudo totalmente diferentes, tal interação já vem sendo estudada e aplicada em diversas áreas.

É cediço que o Direito pode ser conceituado como sendo o conjunto de normas que organiza a vida em sociedade, e tem por objetivo solucionar conflitos sociais com caráter de definitividade. A Economia, por sua vez, consiste no estudo racional do comportamento, definida como a busca de soluções consistentes por meio de métodos eficientes. A *contrario sensu*, a Economia é considerada ciência social, assim como o Direito, e é ferramenta adequada para o estudo do comportamento por qualquer um que conheça o direito, ou seja, responsável pela sua aplicação, pois é esperado que estes hajam de forma racional, e são criticados se agirem irracionalmente (COOTER; ULEN, 2010).

No cotidiano do operador do direito, este usualmente se depara com situações problemáticas em que a simples aplicação da lei, por si só, é insuficiente para resolução do problema. Logo, os efeitos de tais situações podem gerar impactos negativos na sociedade como um todo. Nesse sentido, valendo-se dos métodos de análise econômica, o operador do direito poderá enxergar a mesma questão sob outro enfoque, que busca a solução mais eficiente e satisfatória.

Dito isto, percebe-se que a Economia é capaz de fornecer avançados instrumentos de análise ao operador do direito, pois, nesse caso, trabalha-se com a teoria científica, visando prever os efeitos que as sanções legais acarretam no comportamento dos indivíduos (COOTER; ULEN, 2010).

Observa-se ainda que um dos aspectos mais relevantes da análise econômica do direito é a busca pela eficiência.<sup>4</sup> Em muitas situações, o operador do direito procura aplicar a lei de forma estrita para solução de um problema, quando seu primeiro pensamento deveria ser “de que forma pode-se solucionar este conflito, buscando a maior satisfação das partes, considerando os recursos disponíveis? ”

Além disso, a análise econômica serve para prever as consequências dos atos legais. Também estimula o operador do direito a buscar alternativas não judiciais para solução de problemas, o que coaduna com o caráter moderno do direito, pelo qual a judicialização de causas é o último recurso, pois as soluções extrajudiciais são mais bem aceitas.

Logo, o operador do direito, que tem noções de economia, possui um diferencial, sobretudo aquele que opera no ramo do direito empresarial, visto que a economia e a atividade empresária caminham juntas. Nesse contexto, a Teoria dos Jogos é ferramenta eficaz para análise do direito. Sobre a questão, eis o ensinamento de Cooter e Ulen:

*Às vezes, o direito confronta situações que são análogas às daquelas dos oligopólios: existem poucos tomadores de decisão, e o que é ótimo para um dos agentes depende da escolha dos outros participantes. Assim, nossa compreensão da economia de algumas regras legais será aprimorada se estivermos familiarizados com os elementos da teoria dos jogos (COOTER; ULEN, 2010, p. 43).*

Desse modo, verifica-se que a Teoria dos Jogos é método científico destinado à análise estratégica para tomada de decisões, e sua aplicação no âmbito da recuperação judicial, precisamente na assembleia geral de credores, auxilia os participantes a adotarem a melhor conduta possível.

### 3 TEORIA DOS JOGOS

A análise dos principais aspectos da teoria dos jogos se faz fundamental no presente trabalho, para tornar possível concatenar o raciocínio lógico por meio da linguagem técnica da teoria.

---

4 Aqui, leia-se a eficiência como conceito do estudo econômico, qual seja: é eficiente o resultado que atinge o maior grau de satisfação com o menor custo possível.

## 3.1 CONCEITO

A teoria dos jogos consiste na sistemática, por meio da qual são realizadas análises de comportamentos dos agentes em determinada situação, de forma a observar os possíveis resultados obtidos da combinação de condutas dos participantes, buscando identificar o pior e o melhor resultado. Conforme conceitua o economista N. Gregory Mankiw:

A teoria dos jogos é o estudo do comportamento das pessoas em situações estratégicas. Por 'estratégica' queremos definir uma situação em que cada pessoa, ao decidir que ações empreender, tem que levar em consideração como os outros responderiam a tal situação. (MANKIW, 2009, p 351).

Amplamente utilizada em diversas áreas do conhecimento, a teoria dos jogos permite a resolução de situações problemáticas, e auxilia os jogadores a tomarem decisões estratégicas, considerando as ações dos demais participantes. Nas palavras dos professores Amaury Gremaud e Márcio Braga:

Os jogos que são objetos de análise econômica, por constituírem um método de investigação científica, têm uma conotação específica e um tratamento formal que é dado pela Teoria dos Jogos. Esta tem como objetivo a análise de problemas em que existe uma interação entre os agentes, onde as decisões de um indivíduo, firma ou governo afetam e são afetadas pelas decisões dos demais agentes ou jogadores. A Teoria dos Jogos, definida como o estudo das decisões em situação interativa, não se restringe à Economia, sendo bastante utilizada em Ciência Política, Sociologia, estratégia militar etc. (GREMAUD; BRAGA, 1999, p. 244).

Partindo da premissa que o objetivo principal da Teoria dos Jogos é a análise estratégica de situações problemáticas, torna-se fácil imaginar como sua aplicação a situações jurídicas pode ser benéfica, visto que o principal objetivo do direito é também solucionar conflitos.

Objetivando possibilitar a análise do cerne do presente trabalho, qual seja a aplicação da referida teoria na assembleia de credores, é preciso esclarecer alguns conceitos e aspectos práticos mínimos sobre a teoria.

## 3.2 ASPECTOS PRÁTICOS

Para melhor entendimento da Teoria dos Jogos, e compreensão dos problemas que serão aqui propostos, faz-se necessária a apresentação e análise de conceitos básicos relacionados ao tema.

### 3.2.1 JOGADORES

É como são chamadas as partes envolvidas em um determinado jogo, cujas ações refletem diretamente nas escolhas dos demais participantes, e conseqüentemente determinam o resultado final do jogo.

O principal aspecto sobre os jogadores é a definição do seu número, que representa quantas pessoas estão envolvidas na situação abstrata analisada.

### 3.2.2 ESTRATÉGIAS

Em um jogo, após definidos quantos jogadores estão participando, o próximo passo é a definição das possíveis estratégias que podem ser adotadas por cada um deles. Um jogo geralmente é composto por várias ações, e a estratégia é definida como sendo o conjunto de ações a ser executadas ao longo do jogo (GREMAUD; BRAGA, 1999, p. 248).

Estas ações podem ser de cooperação, onde os jogadores possuem um objetivo comum e podem realizar acordos para atingi-lo, ou não cooperação, que geralmente representam situações de concorrência entre os jogadores, dependendo do tipo de situação analisada.

### 3.2.3 INFORMAÇÃO

Além disso, para que seja viável a análise em plano abstrato, deve-se definir o quanto de informação os jogadores possuem a respeito do jogo e dos seus adversários. Os jogos em que os jogadores possuem todas as informações relevantes são chamados de jogos de informação completa, enquanto os jogos de informação incompleta são aqueles em que os jogadores não possuem todas as informações sobre o jogo e os demais participantes.

Ainda quanto à informação, pode-se classificar um jogo como de informação perfeita (também chamado de sequencial), em que o jogador tem ciência sobre as atitudes tomadas pelos demais participantes, ou de informação imperfeita, onde a tomada de decisões ocorre de forma simultânea.

### 3.2.4 RESULTADOS (*PAYOFFS*)

O objetivo da análise estratégica das situações pela Teoria dos Jogos é justamente a determinação dos possíveis resultados de um jogo, obtida pela combinação de condutas adotadas pelos participantes. Representado pela expressão *payoff*, o resultado de um jogo é representado de forma numérica para simplificar a linguagem e o entendimento do jogo, identificando o nível de lucro obtido ou nível de satisfação dos participantes, por exemplo.

Quanto aos resultados, podem ser classificados em jogos de soma zero, onde o que um dos jogadores ganha é exatamente o que o outro jogador perde, ou jogos de resultado variável.

### 3.2.5 TIPOS DE JOGOS

Os critérios acima apresentados servem como parâmetros para definir e classificar as regras de um jogo, e uma vez classificado, dá-se início à análise da situação proposta. Um jogo pode então ser classificado:

- quanto ao número de jogadores. Participam: um, dois ou mais jogadores;
- quanto às estratégias. Podem ser cooperativos ou não cooperativos;

- quanto à informação. Podem ser de informação completa ou incompleta, sequenciais ou simultâneos;
- quanto ao resultado. Podem ser de soma zero ou variável.

Um jogo pode ser, por exemplo, composto por 4 participantes, não cooperativo, de informação incompleta, com ação simultânea, e resultado variável.

### 3.2.6 SOLUÇÕES

Uma vez estabelecidas as regras de um jogo, tudo o que resta é solucioná-lo, o que significa descobrir a melhor estratégia a ser adotada para cada um dos jogadores. Os economistas trabalham as soluções baseados em, principalmente, dois tipos de estratégias: a estratégia dominante e o equilíbrio de Nash. O conhecimento destes métodos será útil para a compreensão do problema a ser apresentado. Veja-se:

**Estratégia Dominante.** Entende-se por estratégia dominante aquela que, para um dos jogadores, é mais vantajosa a ser utilizada em qualquer um dos casos, independente da estratégia adotada pelos demais jogadores (MANKIWI, 1999, p. 352).

Pressupõe-se que essa estratégia é a melhor a ser tomada pelos jogadores, mas nem sempre a estratégia dominante é a opção ótima, ou seja, a que representa a estratégia a ser usada para alcance do melhor resultado.

**Equilíbrio de Nash.** Nos casos em que é impossível solucionar um problema pelo critério da estratégia dominante, o método mais adequado é o equilíbrio de Nash, conhecido ainda como o de não arrependimento. Nesse método, o objetivo é encontrar a combinação de condutas que leva a um resultado do qual nenhum dos jogadores se arrepende. Isto significa dizer que nenhum dos jogadores poderia melhorar a situação unilateralmente, modificando a estratégia escolhida. (GREMAUD; BRAGA, 1999, p. 255).

Portanto, a situação de equilíbrio se configura quando os jogadores não podem melhorar a situação por si próprios, a não ser que os outros jogadores façam o mesmo, o que, em teoria, só se configuraria em um jogo de cooperação. Nesse aspecto, ensinam Robert Cooter e Thomas Ulen:

[...] um equilíbrio é uma situação na qual cada jogador está no seu melhor comportamento, dado o comportamento dos outros jogadores. Consequentemente, em equilíbrio, nenhum jogador individual pode fazer nada melhor alterando seu comportamento enquanto os outros jogadores não mudarem o deles. Isso é chamado de equilíbrio de Nash (COOTER; ULEN, 2010, p. 43).

Enfim, o equilíbrio de Nash apresenta como solução para um jogo a conduta da qual o jogador não se arrepende, ou seja, sabe que não poderia ter feito algo melhor, a não ser que os demais participantes também o fizessem. Esse conceito ficará mais claro quando aplicado ao caso abstrato.

### 3.3 JOGOS

A fim de exemplificar a teoria dos jogos, propõe-se a seguinte situação: duas empresas do ramo do comércio de bebidas, Liquor S.A. e Gim Ltda., atuam na mesma região. Ambas podem optar por promover algum tipo de investimento em publicidade para aumentar suas vendas, mas devem analisar a situação da seguinte maneira: se nenhuma das empresas optar pela realização de campanha publicitária, o Mercado será dividido entre elas, de forma proporcional. Porém, se ambas decidirem anunciar, irão dividir o mercado da mesma forma, mas desta vez com o lucro reduzido, devido aos gastos realizados com a publicidade. No entanto, se apenas uma das empresas optar por realizar a campanha publicitária, esta atrairá mais clientes do que a empresa que optar por não o fazer.

Está-se, portanto, diante de um jogo que envolve a participação de dois agentes não cooperativos entre si (uma vez que concorrentes), com informação incompleta (os agentes desconhecem as ações a serem tomadas pelos adversários), cujas ações são tomadas simultaneamente, e cujo resultado (*payoff*) é variável. A situação fica mais evidente quando representada graficamente:

**Figura 1** - Jogo Liquor x Gim

|                      |             | Decisão da Liquor S.A  |  |
|----------------------|-------------|--|--|
|                      |             | Anuncia  | Não Anuncia  |
| Decisão da Gim Ltda. | Anuncia     | R\$ 3 milhões de lucro para cada empresa   | Liquor S.A. obtém lucro de R\$ 2 milhões<br><br>Gim Ltda. obtém lucro de R\$ 5 milhões |
|                      | Não Anuncia | Liquor S.A. obtém lucro de R\$ 5 milhões<br><br>Gim Ltda. obtém lucro de R\$ 2 milhões | R\$ 4 milhões de lucro para cada empresa   |

Fonte: Elaborado pelos autores

Observa-se facilmente que o resultado obtido depende da combinação das condutas adotadas por cada um dos agentes. Pelo fato de o jogo proposto ser de não cooperação, é de se imaginar que a conduta mais provável de ser adotada pelos agentes seria a de promover campanha de publicidade, pois caso não o fizesse, correria o risco de sofrer com a perda de clientela para o agente que optasse pela publicidade. Logo, a opção de promover publicidade, é, portanto, a estratégia dominante para este jogo.

Nesse jogo, a solução da estratégia dominante coincide com a solução dada pelo equilíbrio de Nash. Consequentemente, a melhor decisão para a Liquor S.A. seria a de promover a campanha publicitária, pois caso não o fizesse, e, por outro lado, a concorrente (Gim Ltda) o fizesse, a primeira se arrependeria de não o ter feito. O mesmo raciocínio se aplica à outra jogadora.

No entanto, pela observação do quadro, percebe-se que a estratégia ótima, ou seja, aquela que alcança o maior nível de satisfação para ambos os agentes, é a hipótese em que nenhum deles promove campanha publicitária, e obterem o lucro de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) cada uma, visto que não tiveram que realizar nenhum tipo de investimento. Contudo, esse resultado apenas seria obtido caso houvesse cooperação entre as jogadoras.

O objetivo dessa pequena simulação é demonstrar, ainda que em plano hipotético, como a análise das condutas dos agentes através da sistemática da teoria dos jogos pode ajudar a alcançar um resultado mais satisfatório para os participantes.

## 4 ASSEMBLEIA DE CREDORES

A Assembleia de Credores, instituto importantíssimo presente nos procedimentos de falência, recuperação judicial e extrajudicial, disciplinada pela lei 11.101/05, é instrumento por meio do qual os credores de determinada empresa, sociedade ou massa falida, se reúnem para deliberar a respeito das decisões a serem tomadas pelo administrador judicial, a fim de promover a satisfação dos seus créditos da melhor maneira possível. Conceitua Gladston Mamede: “A assembleia geral de credores, como seu próprio rótulo diz, é órgão que congrega todos aqueles que têm créditos contra o empresário ou sociedade empresária, constituindo-se como instância auxiliar do juízo universal” (MAMEDE, 2019, p. 81).

Assim, constituem objetivos da assembleia de credores na recuperação judicial, dentre outros, a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor, e a deliberação de quaisquer outras matérias que possam afetar os interesses dos credores, conforme disposição do art. 35 da Lei 11.101/05.<sup>5</sup> A finalidade do órgão é a aproximação dos credores com o devedor, para que estes estabeleçam a forma de recuperação que seja benéfica para ambos, pelas votações realizadas. Para tanto, deve ser regida pelos mesmos princípios que pautam o processo de recuperação judicial, quais sejam: o da relevância dos interesses dos credores e o princípio da preservação da empresa, ambos expressamente citados no art. 47, da lei 11.101/05:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005).

5 “Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;

(...)

f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;”

Portanto, todas as ações e decisões tomadas no âmbito do processamento da recuperação judicial, e, por conseguinte, na assembleia geral de credores, devem ser consoantes aos princípios basilares do procedimento, aqui invocados. Significa dizer que o devedor tem o dever de fazer o que for possível para melhor satisfação dos seus credores, e os credores devem abandonar o olhar individualizado sobre seus créditos e tomar decisões em prol da coletividade. O mesmo se aplica ao magistrado e aos operadores do direito envolvidos, que devem se valer de todos os métodos possíveis para garantir o melhor aproveitamento do procedimento.

Ocorre que, dadas as circunstâncias de uma empresa em regime de recuperação, o relacionamento entre os credores e o devedor é, na maioria dos casos, frágil e desgastado, o que faz com que o espírito de cooperação não se manifeste, e os credores adotem condutas individualistas, buscando exclusivamente a satisfação do seu crédito.

Por este motivo, a assembleia de credores é um exemplo perfeito para demonstrar os benefícios da aplicação da teoria dos jogos em uma situação concreta, posto que o objetivo de todos os credores participantes é o mesmo: promover a satisfação do seu crédito, o que só será alcançado, na maioria dos casos, pela cooperação e pelo raciocínio estratégico dos participantes.

## 5 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NA ASSEMBLÉIA DE CREDITORES

Após análises isoladas sobre os principais aspectos da Teoria dos Jogos e Assembleia de Credores, chega-se, então, ao ponto de interseção entre os dois temas, que constitui objeto principal do presente trabalho.

Como já visto, as decisões na assembleia de credores são tomadas a partir dos votos dos participantes, o que cria uma relação de causalidade entre eles: a aprovação ou não de determinada medida não irá ocorrer pela conduta individual dos agentes, mas sim pela convergência de suas decisões, bem como dependerá das propostas trazidas pelo devedor.

Por este motivo, se os credores (agentes) adotam condutas individualistas, pensando única e exclusivamente na satisfação do seu próprio crédito, e se o devedor apresentar plano de recuperação buscando exclusivamente o benefício da empresa, os resultados tendem a ser menos vantajosos para a empresa e para o conjunto de credores, tanto sob aspectos financeiros quanto sob o ponto de vista da morosidade do procedimento.

Contudo, a partir do momento em que os agentes adotam condutas estratégicas, considerando as ações dos demais e buscando a preservação da atividade empresarial, o resultado alcançado tende a ser mais vantajoso para a coletividade dos credores e para a empresa em si, garantindo maior satisfação em menor tempo.

É exatamente isso o que se pretende demonstrar. Para tanto, propõe-se a análise de uma situação hipotética, na forma de um jogo. Buscando simular uma situação real, porém extremamente simplificada, e considerando os aspectos práticos da assembleia de credores, o mais correto é que o jogo proposto seja de não cooperação, com informação incompleta, tendo em vista que os credores não se conhecem e não possuem bom relacionamento com o credor. No

mesmo sentido, jogo há de ser de ação sequencial, devido à submissão do plano de recuperação a posterior aprovação dos credores. Além disso, de forma a facilitar ainda a análise gráfica do jogo, serão considerados apenas dois participantes: o devedor, e os credores, aqui considerados em conjunto como um único jogador.

Imagine-se, então, a seguinte situação: a empresa Liquor Comércio de Bebidas Ltda., está passando por sérias dificuldades financeiras, contando com vários títulos protestados pelos credores. Temendo ser alvo de um requerimento de decretação de falência, seu administrador ajuíza pedido de processamento da Recuperação Judicial. Instruída a petição inicial com todos os documentos arrolados no art. 51 da Lei 11.101/05, o pedido foi deferido, e logo em seguida aberto o prazo para apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação judicial.

No tocante à discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, a Liquor Ltda., das formas previstas no art. 50 da lei 11.101/05,<sup>6</sup> apenas duas opções de plano de recuperação são viáveis (BRASIL, 2005), quais sejam: (i) a concessão de prazos e condições especiais para pagamento ou (ii) a venda parcial dos bens. Das duas opções, a mais vantajosa para o devedor é a concessão de prazos e condições especiais para pagamento, que permitirá com que este disponha de tempo para arrecadar os valores necessários para quitação das dívidas, sem precisar prejudicar a estrutura do seu estabelecimento comercial.

Dando seguimento ao plano de recuperação, conforme trâmites do art. 53 da lei 11.101/05, após apresentação do plano pelo devedor, o juiz ordenará a publicação de edital para divulgação deste, fixando prazo para manifestações e eventuais objeções pelos credores. Caso seja apresentada alguma objeção por qualquer credor, o juiz deverá convocar a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

O relacionamento entre a Liquor Ltda. e seus credores é fragilizado, devido aos recorrentes atrasos nos pagamentos e protestos efetuados, tornando a comunicação entre eles quase nula, o que impede o alinhamento de melhores condições entre as partes. A devedora sabe ainda que se o plano não for satisfatório aos credores, estes opinarão de imediato pela convocação da recuperação judicial em falência, nos termos do art. 73 da lei 11.101/05, representando assim o fim da empresa.

De posse dessas informações, a situação para a Liquor Ltda. é a seguinte: a devedora precisa apresentar um plano de recuperação judicial, e este precisa agradar os devedores para que possa ser aprovado, o que dá a ela apenas duas opções: (i) apresentar plano baseado na concessão de prazos e condições especiais de pagamento, estabelecendo prazo de 18 meses, com desconto de 50% sobre todas as dívidas (mais benéfico para o devedor do que para os credores), ou (ii) apresentar plano baseado na venda parcial dos bens do estabelecimento, cujo processo de arrecadação levaria cerca de 3 meses, e garantiria aos credores o pagamento de 60% dos créditos (mais benéfico para os credores e prejudicial ao devedor). Aos credores, restam apenas duas opções: aprovar ou não o plano apresentado.

6 "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

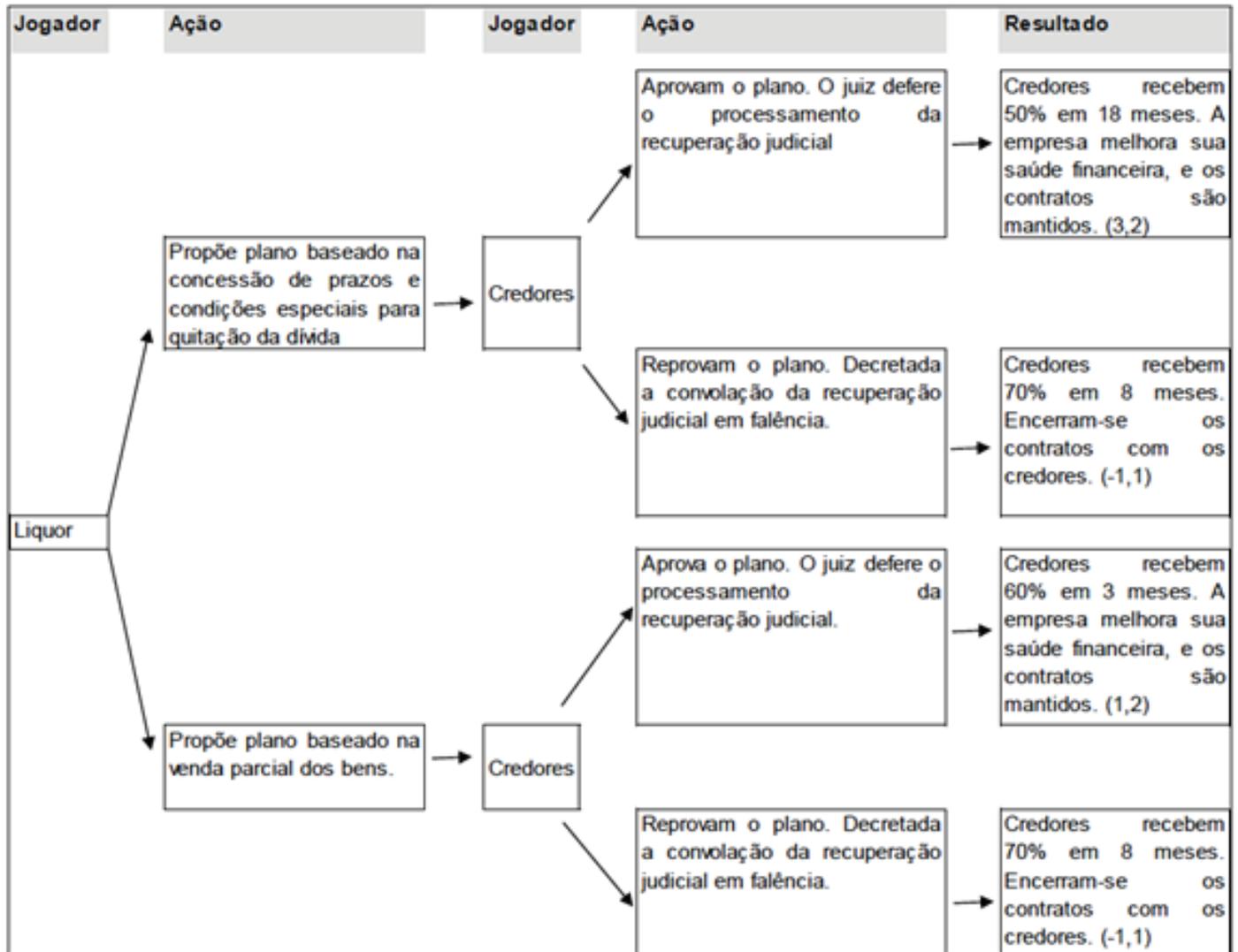
I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

(...)

XI - venda parcial dos bens; "

A situação fica melhor representada graficamente:

Figura 2 - Liquor x Credores - Forma extensiva



Fonte: Elaborado pelos autores.

Portanto, se a Liquor Ltda. resolve apresentar plano baseado na concessão de prazos e condições especiais para pagamento, a chance de os credores aprovarem é menor, quando comparada à segunda opção. Caso essa opção de plano seja aprovada, o resultado será muito satisfatório (nota 3 de satisfação) para a devedora, que conseguirá, de fato, recuperar a saúde financeira da empresa. Esse resultado, a curto prazo, não é o ideal para os credores, uma vez que receberão apenas 50% dos seus créditos em um prazo de 18 meses, mas também não é o pior, pois a empresa melhora sua saúde financeira, mantém a atividade e, conseqüentemente, os contratos com os credores (nota 2 de satisfação).

Por outro lado, se a Liquor Ltda. decidir por apresentar o plano baseado na alienação parcial dos seus bens, a chance de aprovação é maior. Caso essa opção de plano seja aprovada, o resultado não é o ideal para a devedora, pois a alienação de parte de seus bens implica a perda da capacidade produtiva da empresa, e conseqüentemente no seu faturamento. Ainda assim, a empresa consegue melhorar sua saúde financeira, mas agora em um patamar abaixo do ante-

rior (nota 1 de satisfação). Já para os credores, a curto prazo, esse resultado é mais benéfico do que o anterior, pois receberão uma fatia maior dos créditos, em um curto espaço de tempo. No entanto, devido à diminuição do volume de negócios da devedora, os contratos que eram celebrados com os credores têm seu valor diminuído (nota 2 de satisfação).

Nas hipóteses em que qualquer um dos planos de recuperação não é aprovado, é decretada a convolação da recuperação judicial em falência, que representa o pior resultado possível para a Liquor Ltda (nota -1 de satisfação). Após a liquidação dos bens da empresa, os credores recebem 70% do valor dos seus créditos, em um prazo de aproximadamente 8 meses. Para os credores, esse pode parecer um resultado satisfatório, se considerado o curto prazo. Porém, com o encerramento das atividades da empresa, os contratos que antes eram firmados com os credores deixaram de existir, implicando em perdas também para os credores (nota 1 de satisfação).

O quadro abaixo resume graficamente o acima exposto:

**Figura 3 - Liquor x Credores - Forma estratégica**

|                   |   | Decisão dos Credores |            |
|-------------------|---|----------------------|------------|
|                   |   | Aprova               | Não Aprova |
| Decisão da Liquor | Propõe plano baseado na concessão de prazos e condições especiais para quitação da dívida | (3, 2)               | (-1, 1)    |
|                   | Propõe plano baseado na venda parcial dos bens  | (1, 2)               | (-1, 1)    |

Fonte: Elaborado pelo autor (2019)

Com efeito, pode-se afirmar que a estratégia dominante para a Liquor Ltda. seria propor o plano baseado na venda parcial dos bens, pois é o plano que tem maior chance de aprovação, apesar de não ser o mais vantajoso para a empresa. Já para os credores em uma análise superficial da situação, a rejeição de qualquer um dos planos pode parecer mais vantajosa a curto prazo, sendo, portanto, a estratégia dominante para os credores nesta situação. Lembrando, mais uma vez, que a estratégia dominante não representa a estratégia ótima.

Analisando-se a questão sob o critério de Nash, percebe-se que, para a devedora, a solução continua sendo a apresentação do plano baseado na venda parcial de bens, pois caso optasse pelo outro plano, e esse fosse frustrado em sua aprovação, a Liquor Ltda. se arrependeria de não ter proposto o plano aparentemente mais benéfico para os credores. Do ponto de vista dos credores, a solução desse problema pelo equilíbrio de Nash seria a aprovação de qualquer um dos planos que fossem apresentados, visto que, na hipótese da reprovação, e consequente falência, os credores se arrependeriam futuramente de tê-lo feito, pois agora não mais possuem contratos de fornecimento com a Liquor Ltda.

Obviamente, o problema apresentado é extremamente simplificado, e uma situação real envolve uma série de complicadores que dificultam a análise do problema (mais participantes, ação simultânea, etc). Além disso, é possível imaginar ainda várias outras situações, no âmbito da assembleia geral de credores, em que a teoria dos jogos pode ser aplicada: na votação dos credores para aprovação de quaisquer outros temas pertinentes; nos pedidos de impugnação dos créditos; na constituição do comitê de credores etc.

De qualquer maneira, pela análise do jogo apresentado, pode-se concluir que, se a situação não fosse analisada sob o enfoque econômico, o resultado mais provável a se concretizar seria a convocação da recuperação judicial em falência do devedor, resultado desastroso para todos os participantes e para sociedade. Os credores, não devidamente orientados, optariam pela rejeição de qualquer dos planos apresentados, visto que a liquidação do ativo da empresa no processo falimentar garantiria a eles um pagamento mais significativo em um menor espaço de tempo, sem sopesar os efeitos a longo prazo que tal atitude poderia lhes causar. E aqui, vale ressaltar: o pensamento do ponto de vista da economia se faz novamente importante, no tocante à análise dos efeitos futuros de uma tomada de decisão.

Percebe-se que, somente por meio da análise estratégica das opções de conduta e resultados, da forma como feita acima, seria possível para as partes atingir o resultado ótimo, que seria a propositura do plano de recuperação baseado na concessão de prazos e condições especiais de pagamento.

A conclusão dessa análise não pode ser mais óbvia: a aplicação da Teoria dos Jogos na Assembleia de credores pode ser extremamente eficaz, e pode ser fator determinante para que sejam alcançados sempre os resultados ótimos, considerando as peculiaridades de cada caso. Tal mecanismo não implica qualquer tipo de prejuízo para o procedimento da forma que se conhece e coaduna perfeitamente com os princípios fundamentais da recuperação judicial: a preservação da atividade empresária e a relevância dos interesses dos credores, em equilíbrio.

Tanto é verdade que existe inclusive decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a eficácia da aplicação da Teoria dos Jogos no âmbito da Assembleia Geral de Credores, consubstanciado no seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MODIFICAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO APÓS O BIÊNIO DE SUPERVISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO TENHA OCORRIDO O ENCERRAMENTO DAQUELA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ALTERAÇÃO SUBMETIDA À ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. SOBERANIA DO ÓRGÃO. DEVEDOR DISSIDENTE QUE DEVE SE SUBMETTER AOS NOVOS DITAMES DO PLANO. PRINCÍPIOS DA RELEVÂNCIA DOS INTERESSES DOS CREDITORES E DA PAR CONDITIO CREDITORUM.

O legislador brasileiro, ao elaborar o diploma recuperacional, traçou alguns princípios, de caráter axiológico-programático, com o intuito de manter a solidez das diversas normas que compõem a referida legislação. Dentre todos, destacam-se os princípios da relevância dos interesses dos credores; par conditio creditorum; e da preservação da empresa, os quais são encontrados no artigo 47 da Lei 11.101/2005. Essa base principiológica serve de alicerce para a constituição da Assembleia Geral de Credores, a qual possui a atribuição de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial, nos moldes apresentados pelo Administrador Judicial da empresa recuperanda. **Outrossim, por meio da "Teoria dos Jogos", percebe-se uma interação estratégica entre o deve-**

**dor e os credores, capaz de pressupor um consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação judicial. Essas negociações demonstram o abandono de um olhar individualizado de cada crédito e um apego maior à interação coletiva e organizada.** Discute-se, na espécie, sobre a modificação do plano originalmente proposto, após o biênio de supervisão judicial - constante do artigo 61 da Lei de Falências -, sem que houvesse o encerramento da recuperação judicial da empresa recuperanda. Ainda transcorrido o prazo de até 2 anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia. Recurso especial provido. (BRASIL, 2016).

O assertivo acórdão analisado reforça a necessidade de colaboração entre os credores e o devedor, e dá crédito à Teoria dos Jogos por proporcionar uma “interação estratégica” entre os envolvidos, de forma a abandonarem “um olhar individualizado de cada crédito e um apego maior à interação coletiva e organizada”, e coaduna perfeitamente com a solução que se busca com o presente trabalho. Contudo, resta ainda verificar de que forma a tal teoria pode ser aplicada em uma situação concreta.

## 5.1 MEDIAÇÃO COMO FORMA DE APLICAÇÃO

Verificada a eficiência da aplicação da sistemática da teoria dos jogos na assembleia de credores, resta identificar o modo pelo qual esta se faria presente em tais deliberações. Não seria razoável imaginar que os credores, por si só, estivessem cientes sobre suas características e fossem capazes de promover análises que por vezes se demonstrarão demasiado complexas, além do que, vale reforçar, na maioria dos casos os credores são totalmente hostis uns com os outros e com o devedor, o que dificulta a cooperação entre eles.

Por isso, o mais adequado seria que houvesse um profissional capacitado para tal mister, o que pode facilmente se encaixar na figura do mediador judicial. Com efeito, a mediação é considerada por lei como forma adequada para resolução de conflitos, e deverá ser estimulada pelos juízes e advogados, conforme previsão do art. 3º, § 3º do Código de Processo Civil, a saber: “§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (BRASIL, 2015).

O mediador é profissional neutro e capacitado para atuar na resolução de conflitos, e pode ser a peça-chave em um procedimento de recuperação judicial para promover a cooperação entre os credores e alcançar o objetivo principal, qual seja, a satisfação máxima dos credores e a preservação da empresa. No próprio exemplo que foi aqui debatido, a recuperação judicial da Liqueur Ltda., se houvesse a figura de um mediador, este certamente poderia ajudar os jogadores o resultado ótimo, que seria a aprovação do plano de recuperação baseado na concessão de prazos e condições especiais de pagamento.

Além da figura do mediador judicial, deve ser levada em consideração a mediação extrajudicial, que constitui método ainda mais eficaz, pelo fato de contar com profissionais mais qualificados, e com procedimento muito mais célere do que o judicial. Todavia, é cediço que

se trata de opção por vezes demasiadamente custosa, o que pode não vir a combinar com um processo de recuperação judicial, onde os custos devem ser minimizados.

A mediação já vem sendo utilizada em casos notórios de recuperação judicial, a exemplo dos processos de recuperação de grandes empresas como o Grupo Oi e da rede de livrarias Saraiva e Siciliano, que contaram o auxílio de mediador em momentos estratégicos.

Mais especificamente sobre o tema, serve como parâmetro o caso do Grupo Isolux, empresa do ramo de infraestrutura, que se valeu da mediação na Assembleia Geral de Credores, na tentativa de fazer com que credores e devedor encontrassem uma solução que agradasse, na medida do possível, a todos os envolvidos, o que cominou em um acordo pela aprovação do plano de recuperação judicial.

Cabe assim aos operadores do direito envolvidos em processo de recuperação, requerer em juízo a utilização da mediação para otimizar o processo, ao mesmo tempo que é dever do magistrado deferir tal pedido, vez que todos só têm a ganhar com utilização de mais este recurso.

## 6 CONCLUSÕES

Após exposição dos aspectos práticos de cada um dos temas aqui abordados, bem como a análise da situação abstrata proposta, é evidente que a aplicação da teoria dos jogos na assembleia geral de credores serve para tornar o procedimento muito mais eficiente e fluido, de forma a garantir a maior satisfação possível para os envolvidos, devedor e credores.

Nesse trabalho, o foco foi simular a teoria dos jogos aplicada a uma etapa específica do procedimento de recuperação judicial, mas sua sistemática pode ser utilizada em vários momentos do procedimento, como a fase de habilitação de créditos, a impugnação aos créditos habilitados, nas deliberações do comitê de credores, na forma escolhida para a recuperação da atividade empresarial, além de muitas outras. Em qualquer momento que um dos credores, ou mesmo o devedor, precisar tomar uma decisão, inegavelmente terá maior compreensão da situação chegará à melhor conclusão possível se adotar um pensamento estratégico, lembrando-se sempre das premissas teóricas aqui invocadas.

Nesse contexto, o papel do operador do direito destaca-se, pois quase todas as ações tomadas no decorrer do processo de recuperação judicial demandam do credor que este constitua advogado nos autos. Logo, o profissional que, além do conhecimento legal do certame, possui conhecimentos em economia e sabe pensar de forma estratégica, destaca-se no mercado, por possuir um diferencial que pode ser crucial para atingir os interesses do seu representado.

O mesmo vale para a figura do mediador, judicial ou particular, que diferentemente do advogado, que atua apenas no interesse do seu cliente, tem o papel de atuar em prol de todos os envolvidos. Quando o mediador for profissional capacitado para pensar de forma estratégica, poderá garantir uma solução mais ágil e eficaz para o processo de recuperação.

Com efeito, o objetivo principal da recuperação judicial é garantir a preservação e a continuidade da atividade empresária, e é dever do operador do direito valer-se de todas as formas possíveis, e legais, para atingir o objetivo, optando sempre que possível pela aplicação da Teoria dos Jogos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Recurso Especial n.º 1302735/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 de mar. 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201102158110&dt\\_publicacao=05/04/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102158110&dt_publicacao=05/04/2016). Acesso em: 10 maio 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** Tradução Luis Marcos Sander e Francisco de Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 560 p.

GREMAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. **Manual de Economia.** 3. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** 4. v. 10. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia.** Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. 838 p.

# 08

CAPÍTULO

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR APÓS A ENTREGA DA OBRA

CLAUDIONIR SEBASTIÃO MARIA<sup>1</sup>  
EDUARDO MARINHO SANTANA JÚNIOR<sup>2</sup>  
CAIO AUGUSTO SOUZA LARA<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar, à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do construtor quanto aos vícios e defeitos que afetam a solidez e a segurança das edificações. Pretende-se demonstrar as responsabilidades do construtor, as excludentes de ilicitude e a abrangência dos prazos para reclamar a reparação dos danos. O objetivo é buscar a integração dos dispositivos legais e as garantias existentes para proteger o adquirente de imóvel. Na pesquisa, além de pesquisas jurisprudenciais, foram utilizadas como fontes, bibliografias de doutrinadores, pesquisa de casos concretos, estudos monográficos existentes a respeito do assunto e pesquisas de artigos na internet. Os resultados demonstraram que o construtor é o principal agente de responsabilização por vícios e defeitos em uma obra e está submetido à legislação especial consumerista e à lei geral civil.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; vícios e defeitos; construtor; imóvel.

## ABSTRACT

*This article aims to analyze, in the light of the Civil Code and the Consumer Defense Code, the responsibility of the builder in relation to the vices and defects that affect the soundness and safety of buildings. It is intended to demonstrate the responsibilities of the builder, the exclusions of unlawfulness and the scope of the deadlines*

- 1 Graduado em Direito pela Universidade FUMEC (2019), graduação em Negócios Imobiliários pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (2015) e graduação em Engenharia Civil pela Faculdade de Engenharia Civil de Itajubá (1992). Possui especialização em Gerenciamento de Projetos – PMBOK pela Universidade Gama Filho (2012) e Especialização em Fontes Alternativas de Energia pela Universidade Federal de Lavras (2001). Tem experiência na área de Engenharia Civil, com ênfase em Construção Civil em geral e no desenvolvimento de projetos e fiscalização de obras de infraestrutura urbana. Atualmente é engenheiro civil da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, lotado na Subsecretaria de Regulação Urbana.
- 2 Mestrando, em Direito Público, na Linha de Pesquisa Esfera Pública, Legitimidade e Controle, pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Estagiário de docência. Advogado. E-mail: eduardomarinhosj@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4073676472565602>
- 3 Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da SKEMA Business School - Membro do Núcleo Docente Estruturante de Direito. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador Associado ao Programa RECAJ-UFMG - Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI desde 2014. Advogado. E-mail: caiolarabh@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5303312489450047>.

### Como citar o presente artigo científico:

MARIA, Claudionir Sebastião; SANTANA JÚNIOR, Eduardo Marinho; LARA, Caio Augusto Souza. A responsabilidade civil do construtor após a entrega da obra. *In*: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 128.

for claiming compensation for damages. The objective is to seek the integration of the legal provisions and the existing guarantees to protect the purchaser of real estate. In the research, besides the jurisprudential research, bibliographies of legal scholars, research of concrete cases, monographic studies on the subject and research of articles on the Internet were used as sources. The results showed that the builder is the main agent of liability for defects and flaws in a work and is subject to the special consumer legislation and the general civil law.

**Keywords:** civil liability; defects and flaws; builder; property.

## 1 INTRODUÇÃO

A construção civil representa um importante segmento da economia brasileira. Segundo dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, o Produto Interno Bruto (PIB), atingiu R\$ 6,8 trilhões (IBGE) (BRASIL, 2018). De acordo com tabela elaborada pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), embora a indústria da construção tenha retraído 2,5% em 2018, esse percentual representou o valor de aproximadamente R\$ 260 bilhões do PIB (CBIC, 2019).

Construção apresenta como sinônimos as palavras *atividade* e *obra*. O Caderno do CREA-PR que trata da responsabilidade na construção civil define construção como sendo o conjunto de operação empregada na execução de um projeto e obra como toda realização material e intencional do homem, visando adaptar a natureza às suas conveniências. A edificação é espécie do gênero construção, destinada a habitação, trabalho, culto, ensino ou recreação.

Além de possuir valor econômico, as construções/edificações ou moradia, constituem para muitas famílias, o único patrimônio que elas conseguem conquistar durante uma vida toda de trabalho. A moradia é direito social garantido pela Constituição Federal, por isso, merece atenção do Estado no sentido de resguardar, dirimir litígios e proporcionar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito.

O direito de moradia é, fundamentalmente, o direito de ter um lar. A moradia, a propriedade, a habitação foram tratadas historicamente em diversos âmbitos - do jurídico ao governamental - passando até mesmo pela medicina, pois, a habitação tem profundo impacto na saúde humana.

Para Fabiana Rodrigues Gonçalves, "O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos" (GONÇALVES, 2015). Essa declaração, assinada pelo Brasil, estabeleceu, em seu art. XXV, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Além da declaração da ONU, o Brasil também integra o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado em 1996, que também reconhece o direito à moradia adequada.

Cumprе ressaltar aqui que o direito à moradia foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, com advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, *caput*, o qual estabelece que "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o

lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Entende-se o direito à moradia como um direito social que vai além do individual; portanto, relevante para toda a sociedade. Sendo assim, políticas públicas - como, por exemplo, o programa Minha Casa, Minha Vida, voltado para famílias de baixa renda - também têm sido elaboradas pelos governantes brasileiros no sentido de assegurar esse direito à população.

Neste trabalho, serão examinados, na legislação vigente - Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), doravante citado como CC/02, CDC, jurisprudências e doutrinas - os principais institutos que regem a responsabilidade civil do construtor após a entrega da obra. Aqui serão definidos critérios objetivos que possam conduzir à responsabilidade quando da ocorrência de vícios ou defeitos nas edificações após a entrega da obra.

Devido aos vários campos de atuação da construção civil, busca-se, neste trabalho, identificar marcos sobre a responsabilidade civil do construtor no caso específico de edificações.

Não se pretende exaurir o tema, mas, buscar paradigmas que possibilitem esclarecer as responsabilidades e os limites delas atribuídos às partes envolvidas na solução dos vícios e defeitos das edificações.

## 2 CONCEITO DE CONSTRUTOR

Segundo Hely Lopes Meirelles, “construtor é toda pessoa física ou jurídica legalmente habilitada para construir que se obriga a executar obra certa e determinada descrita em um projeto, mediante as condições pactuadas com o proprietário ou comitente” (MEIRELLES, 2005). O construtor ao pactuar o contrato de construção de um imóvel, assume a obrigação de resultado que se encerra com a entrega da obra de acordo com o estabelecido em contrato.

Carlos Pinto Del Mar conceitua construtor como:

[...] aquele que, por intermédio de contrato de empreitada, obriga-se a executar determinada obra ou trabalho, mediante preço determinado, calculado por unidade de medida ou para a obra completa, a executar-se com material próprio ou fornecido pela outra parte, denominada dono da obra, de acordo com instruções desta, mas sem subordinação. [...] (DEL MAR, 2015, p. 50).

A Lei 5.194/1966, que dispõe sobre a profissão do engenheiro, do arquiteto e do agrônomo, estabelece que só poderá ser construtor aqueles profissionais devidamente habilitados e registrados como firma individual ou sociedade construtora inscrita no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA) (BRASIL, 1966). Por esta lei, a construtora só poderá ter em sua denominação as palavras engenharia, arquitetura ou agronomia, se houver na direção a maioria de profissionais registrados no respectivo Conselho.

## 3 RESPONSABILIDADES

### 3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade civil é o dever de alguém em reparar danos ou prejuízo causado pela violação de um direito de outra pessoa e visa trazer segurança jurídica e inibir novas condutas atentatórias ao ordenamento jurídico. Na responsabilidade civil, o direito afetado é restrito à pessoa lesada, logo, o particular pode ou não exercer o direito de pleitear a reparação.

O art. 186 do CC/02, mantendo o fundamento do art. 159 do Código Civil de 1916, dispõe que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa danos a outrem, ainda que exclusivamente moral. O art. 927 estabelece que quem, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Dispõe também os arts. 186, 187 e 927 do CC/02, que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, por sua natureza implicar em risco para outros.

Para Fábio Ulhoa Coelho a Responsabilidade Civil é:

[...] a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. (COELHO, 2016, p. 241).

Meirelles esclarece ainda que, se por imperícia do construtor, houver o desabamento da obra e causar danos materiais a terceiros e pessoais a trabalhadores, dará causa a quatro espécies de responsabilidades: a civil, a criminal, a administrativa e a trabalhista. E todos aqueles que participaram da obra, como por exemplo, o autor do projeto, o fiscal de obra e o proprietário, também poderão, solidariamente, responder juntamente com o construtor (MEIRELES, 2005, p. 278).

Grandiski (2001), citado no caderno do CREA-PR (2010) preleciona que:

[...] dano é toda consequência provocada por falhas construtivas. Juridicamente falando, atualmente é considerado como qualquer lesão causada a um bem jurídico. [...] Citado Agostinho Alvim: "aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida ao patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (CREA-PR, 2010, p. 44).

Meirelles (2005, p. 280) classificou as responsabilidades como legal, contratual e extra-contratual.

Na responsabilidade legal, a lei determina que o construtor é o responsável pela solidez da obra durante cinco anos de sua conclusão, nos termos do art. 618 do Código Civil, bastando ocorrer fato ou a prática de atos contrários à norma, para a caracterização dessa responsabilidade.

A responsabilidade contratual se origina de convenção das partes para o cumprimento da obrigação de cada contratante - este ajuste entre as partes não é absoluto, não pode contrariar a lei e o interesse social, conforme fundamento constitucional previsto nos arts. 5º, XXXII e 170, V, ambos da CR/88 – tais dispositivos referem-se à proteção e à defesa do consumidor realizadas pelo Estado.

Na responsabilidade extracontratual, com a ocorrência do ato ilícito, a lei determina ao causador do dano, a obrigação de reparar o dano causado a outrem, seja pelo abuso do direito previsto no art. 186 e 187 do CC/02, art. 91, I do Código Penal ou arts. 944 e ss do Código Civil, são indicadas as formas de reparação civil dos danos.

Para Hely Lopes Meirelles (2005), a reparação civil:

[...] deve ser a mais ampla possível, compreendendo não só o que o lesado efetivamente perdeu – dano emergente – como também, o que razoavelmente deixou de ganhar – lucros cessantes (art. 402, CC/02). Embora a responsabilidade civil seja independente da penal, resulta na obrigação de reparar o dano da vítima (Código Penal, art. 91, I; Código de Processo Penal, art. 63). (MEIRELLES, 2005, p. 283).

Cabe destacar que surgirá a responsabilidade civil independentemente se o ato for ilícito ou não. Quando o ato for ilícito e houver responsabilidade penal, haverá responsabilidade civil, mas, esta pode existir independentemente daquela. Na responsabilidade penal, o agente viola uma norma de direito público, atingindo a sociedade, podendo ser obrigado a responder civil e penalmente a ao prejudicado e a sociedade.

Ainda que não tenha ocorrido culpa haverá responsabilidade objetiva, não cabendo questionar se houve imprudência, negligência ou imperícia ou se ocorreu abuso de direito do causador do dano.

Aguiar Dias (1997), citado por Gonçalves (2010), ao distinguir responsabilidade civil da penal, escreveu que:

Para efeito de punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social é que se distingue: a sociedade toma a sua conta aquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. [...] (GONÇALVES, 2010, p. 41).

Gonçalves (2010), ao distinguir responsabilidade civil da penal, escreveu que:

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. No cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem (CC/02, art. 186). (GONÇALVES, 2010, p. 43).

Cabe aqui destacar que a responsabilidade penal decorre de fato considerado como crime, por exemplo, quando o construtor, em decorrência de suas atividades, causa a queda de uma construção. Ou quando ele promove a construção em áreas de preservação, em terrenos contaminados por elementos prejudiciais à saúde, em terreno não edificável por motivo de impe-

dimento geotécnico para edificar, ou ainda, quando o construtor não tiver autorização para construir ou se o projeto estiver em desacordo com o aprovado pela autoridade competente.

Nesses casos, a atividade ilícita do construtor caracteriza-se como perigo à propriedade ou a vida - não há lesão corporal ou dano material - o agente infringe norma de direito público, perturbando a ordem social, constituindo crime e estando sujeito à aplicação de uma pena. Como sanção, pode atingir a sua liberdade, desde que apurada a culpa por negligência, imprudência ou imperícia.

### 3.2 RESPONSABILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade objetiva encontra-se prevista no *caput* do artigo 927 do CC/02 e prescinde da culpa e do nexo causal. E a responsabilidade subjetiva está prevista no parágrafo único desse mesmo dispositivo, sendo necessária a comprovação da culpa, nexo causal e o dano. O instituto da responsabilidade subjetiva é mais aplicado aos profissionais liberais que, em tese, não têm o dever de resultado.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, "As duas espécies de responsabilidade civil – subjetiva e objetiva – não são excludentes. Pelo contrário, complementam-se, há hipóteses em que convém imputar ao sujeito passivo responsabilidade subjetiva, e, há aquelas em que o mais adequado é a imputação de responsabilidade objetiva." (COELHO, 2016).

Nesta mesma linha de pensamento, Miguel Reale citado por Del Mar (2007) discorre que:

As duas formas de responsabilidades (objetiva e subjetiva) se conjugam e dinamizam, sendo que a responsabilidade subjetiva foi escolhida como norma, como regra geral, já que o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão culposa ou dolosa. No entanto, observa: "isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva". Contrariamente a Reale, há doutrinadores que entendem que a responsabilidade objetiva passou a ser a regra geral, sobretudo porque o parágrafo único do art. 927 do CC a adota nas atividades empresariais, que congregam quase toda a atividade econômica. (DEL MAR, 2007, p. 118).

Corroborando com o pensamento de Miguel Reale, Coelho (2016) escreve que:

Como regra geral, a responsabilidade civil é subjetiva. Em princípio, só responde por danos causados a outrem quem tiver sido culpado por eles. Como regra especial, ela é objetiva se expressamente prevista em lei ou se o sujeito passivo ocupa posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade. (COELHO, 2016, p. 276).

O Código Civil expandiu o conceito de responsabilidade civil objetiva provocando grande repercussão na construção civil, visto que estabeleceu correspondência entre normas civis e normas consumeristas aplicáveis ao contrato de construção. Resultando na imposição ao construtor da obrigação de reparar, quando a atividade dele, prejudica, por exemplo, vizinhos e terceiros. O grau de responsabilidade será de acordo com a culpabilidade do agente, a extensão do dano, a natureza da lesão e a situação da vítima.

Basta apenas o nexo causal entre a conduta e o resultado para caracterizar a responsabilidade objetiva, logo, existindo relação de causalidade entre o dano causado à vítima por ato do agente e o defeito ou vício do produto, surge a obrigação de indenizar. A atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano não influencia a responsabilidade objetiva.

Como o construtor visa lucro e tem em suas mãos todos os fatores de produção, sua responsabilidade é objetiva, pois essa responsabilidade tem como fundamento o risco da atividade e a presunção de culpa pelos defeitos ou vícios da obra. Sendo assim, a legislação determinou maior responsabilidade para aquele que lucra com o empreendimento por possuir mais conhecimento técnico do que o sujeito consumidor – pessoa vulnerável – e, por conseguinte, devendo ser protegido.

Necessário se faz frisar aqui que, para apuração da responsabilidade objetiva do construtor, torna-se imprescindível a perícia judicial, a fim de que se constatem a relação causal entre os danos causados à obra e os vícios ou defeitos existentes na construção.

O CDC adotou a responsabilidade objetiva como regra, importando somente se o agente deu causa ao dano, não interessando sua conduta. No entanto, ainda vigora a responsabilidade subjetiva, prevista nos arts. 186 e 927 do CC/02, sobre isso, escreveu Barros:

Com esta inovação, o CDC introduziu como regra geral, o critério objetivo para aferição da responsabilidade civil. Responder o fornecedor pelo fato do serviço, independentemente da verificação da culpa em qualquer de suas modalidades, representa uma evolução e benefício em favor do consumidor, todavia, o parágrafo 4º do art. 14, que determina a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, mediante a verificação de culpa, constitui-se em uma exceção ao critério objetivo consagrado pelo CDC. O dispositivo afasta dos profissionais liberais a responsabilidade independente de culpa, pelo fato ou vício do serviço. Assim, a responsabilidade civil pelos danos decorrentes dos serviços do profissional liberal dependerá da existência e comprovação da culpa, mantendo-o na vala da tradicional teoria subjetivista, ou seja, cabe ao consumidor, que sofreu uma lesão em razão da prestação de serviços, a demonstração da culpa, por parte do profissional, configurada esta, na negligência, imprudência ou imperícia. (BARROS, 2019).

O art. 12, *caput*, do CDC dispõe sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor, do construtor e do importador, pelos danos causados por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção e montagem, fórmulas etc. Já o art. 14 dessa mesma norma consumerista prevê que é objetiva a responsabilidade do fornecedor de serviços, devendo este reparar os danos advindos de defeitos relativos à prestação de serviços. O § 1º desse preceito legal estabelece que o serviço é considerado defeituoso quando não fornece a segurança que se espera dele.

Em algumas situações, como a do art. 28, § 4º do CDC, admite-se a adoção de responsabilidade subjetiva - responderão somente por culpa - quando sociedades empresárias se associarem a outras e mantiverem autonomia patrimonial e administrativa.

Quando um profissional liberal desenvolve seu trabalho como empresário individual obtendo lucro em sua atividade, devem ser aplicadas as regras da responsabilidade objetiva prevista no art. 14, § 4º do CDC, pois, esse profissional está desenvolvendo formalmente a sua profissão, esta é regulada pelas normas da Engenharia e Arquitetura como atividade técnica vinculada à construção.

## 4 A RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR

Para Souza Júnior, a responsabilidade do construtor ocorre de forma objetiva, tem como principal fundamento a proteção de compradores e tem a pretensão de obrigar o construtor a exercer sua atividade com o máximo de habilidade possível, a fim de que não seja responsabilizado por erro nas execuções de obras ou por danos causados a terceiros (SOUZA JÚNIOR, 2014).

Os arts. 18 e 19 do CDC, ao tratarem da responsabilidade por vício do produto e do serviço, estabeleceram a solidariedade como regra geral aplicada a fornecedores, fabricante, construtor ou incorporador. O art. 25, § 2º dessa lei também preceitua que, quando o dano for causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e aqueles que realizaram a incorporação.

Quando acionado judicialmente, o construtor deve ser chamado primeiramente à responsabilidade para apresentar sua defesa e responder pela indenização, tendo direito de regresso contra o fabricante da peça incorporada ao produto ou serviço que causou o dano, conforme alude o art. 88 do CDC, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide.

Quando o incorporador é o construtor, a responsabilidade pela obra é sua, por ser consequência de sua atividade econômica. Se o incorporador contratar um terceiro para ser o construtor, aquele será substituído por este e ambos responderão pela obrigação de resultado perante o contratante, gerando a solidariedade disposta no art. 942 do CC/02. Primeiramente responde o incorporador, podendo regressar contra o construtor.

No caso das incorporações imobiliárias, a lei admite que a obra seja promovida pelo construtor, promitente comprador, cessionário, corretor de imóveis que não detêm a titularidade ou o domínio do imóvel no registro imobiliário, podendo integrar a lide como responsáveis diretos pelos danos causados a terceiros. Ressalta-se que aquele que cedeu o terreno para a realização do empreendimento imobiliário, não está excluído da responsabilidade perante terceiros e responde solidariamente com os demais.

Responde o construtor pelos defeitos que surgirem na obra durante o prazo de garantia quinquenal, desde que provada a relação de causa e efeito entre vício e dano. Mesmo que o dano surja após esse prazo, durante o tempo de razoável durabilidade da edificação, é essencial provar a culpa do construtor, demonstrando-se que o dano foi causado por falha de construção advinda de imperícia ou dolo, imprudência ou negligência daquele que construiu a obra.

Sobre o prazo quinquenal, J. M. de Carvalho Santos citado por Pereira (2018), esclarece:

O prazo de cinco anos, a contar da ultimação da obra, é o tempo que a lei fixa para a demonstração da solidez e segurança da obra. Se, no curso desse prazo, a obra ameaça ou vem a ruir, sem que seja consequência de um caso fortuito, como um incêndio, terremoto, inundação etc., a causa do desabamento não pode ser outra senão defeito na construção ou vício do solo, não se podendo explicar de outra forma como possa um edifício, ou outra construção, destinada a uma longa existência, vir a ruir em tão breve lapso de tempo. (PEREIRA, 2018, p. 271).

As falhas verificadas no momento da entrega da obra são chamadas de vícios ou defeitos aparentes, visto que são de fácil constatação até por aqueles que não detêm a técnica profissional. Ainda que o proprietário tenha recebido a obra sem perceber essas falhas, poderá reclamar a sua correção ou indenização no prazo decadencial de 90 (noventa) dias, nos termos do art. 26, §1º do CDC. A lei permite a interrupção do prazo quando o consumidor provar que o construtor se negou a tomar providências.

Hely Lopes Meireles, citado Del Mar esclarece que tanto o autor do projeto (profissional de engenharia ou arquitetura) quanto o seu executor, respondem pela imperfeição da obra até que se apure o verdadeiro responsável pela incorreção (DEL MAR, 2015). Como esclarecido acima, a responsabilidade pela perfeição da obra e pela sua solidez, primeiramente é do construtor, mas pode ser transferida ao autor do projeto, para o incorporador ou para terceiro causador do dano.

Ao profissional de engenharia e de arquitetura cabe a responsabilidade pela perfeição da obra, pois se trata de trabalho técnico especializado, ainda que tenha seguido instruções do proprietário, pois não se pode aplicar material inadequado ou deixar de se aplicar a técnica adequada à obra. Quando imperfeita a obra, os arts. 615 e 616 do Código Civil preceituam que é permitido ao contratante rejeitá-la ou recebê-la com abatimento do preço. O disposto nestes dispositivos pode ser aplicado tanto em obras particulares como em obras públicas, não eximindo de responsabilidade o profissional ou a construtora, seja a obra por empreitada ou administração.

Como relação a perfeição técnica da obra, Meirelles (2005) faz as seguintes considerações:

A responsabilidade pela perfeição da obra é o primeiro dever legal de todo profissional ou firma de engenharia, arquitetura ou agronomia, sendo de se presumir em qualquer contrato de construção, particular ou pública, mesmo que não conste de nenhuma cláusula de ajuste. Isso porque a construção civil é, modernamente, mais que um empreendimento leigo, um processo técnico de alta especialização, que exige, além da *peritia technica* do prático do passado, a *peritia technica* do profissional da atualidade. (MEIRELLES, 2005, p. 292).

Meirelles esclarece que o autor e o executor do projeto são responsáveis pela imperfeição da obra até a apuração do profissional responsável pela incorreção que não observou a norma técnica ou não cuidou da execução perfeita da obra (MEIRELLES, 2005).

Granja (2014) citado por Oliveira e Ricyerz Junior (2016) ressalta que a responsabilidade pela obra continua mesmo após a sua conclusão:

[...] a responsabilidade não se extingue com a entrega da obra; ao contrário, com ela inicia-se a parte mais crítica relativa ao fornecedor, caracterizada na responsabilidade pela segurança e qualidade do empreendimento. Essa responsabilidade já estava descrita no artigo 1.245 do Código Civil de 1916 (CC/02/1916), e foi recepcionada pelo CC/2002, mantendo o fornecedor atrelado à obra pelo prazo de garantia de cinco anos, sobretudo quando comprovada violação ao seu dever de prestação adequada. (OLIVEIRA; RICYERZ JUNIOR, 2016).

Del Mar listou um quadro geral das responsabilidades, as quais, o construtor está submetido, são elas:

- Responsabilidade ético-profissional.
- Responsabilidade pela perfeição da obra e pelo atendimento das normas técnicas.
- Responsabilidade contratual pela execução da obra.
- Responsabilidade legal ou contratual (esta última, se o construtor a houver dado por escrito) pelos vícios e imperfeições da obra.
- Responsabilidade (legal) pela solidez e segurança da obra.
- Responsabilidade por danos a vizinhos.
- Responsabilidade por danos a terceiros.
- Responsabilidade por materiais.
- Responsabilidade pelos atos de seus prepostos.
- Responsabilidade pelos riscos da obra.
- Responsabilidade por danos ambientais.
- Responsabilidade penal ou criminal.
- Responsabilidade trabalhista.
- Responsabilidade social e previdenciária.
- Responsabilidade por tributos.
- Responsabilidade técnico-administrativa. (DEL MAR, 2015, p. 61).

Como se depreende da listagem acima e devido à expansão do mercado imobiliário, o construtor assumiu a responsabilidade por várias etapas da atividade construtiva, passando a ser, sem sombra de dúvida, o principal agente da execução de uma construção.

Para a aplicação das regras jurídicas, a responsabilidade do construtor deve acompanhar a classificação dos problemas dados pela engenharia, em função das falhas atribuídas ao sistema construtivo. Os prazos de responsabilidade do construtor devem ser considerados em relação ao conjunto de uma obra, alguns serviços têm precedência em relação a outros, por exemplo, a estrutura de concreto deve ter prioridade em relação à alvenaria, pelo fato de a estrutura representar um aspecto essencial na solidez e segurança de uma edificação.

Ressalta-se que a solidez e segurança não se referem somente à estrutura. Ao construtor cabe a responsabilidade pela ocorrência de defeitos que possam comprometer a construção, tornando-a, ao longo do tempo, um risco para a habitação, como por exemplo, se ocorrer infiltração em paredes e tetos ou trincas nas paredes da edificação.

Destaca-se que os vícios referentes à habitabilidade devem ter característica de falha generalizada da edificação, não apenas localizada, como por exemplo, um vazamento na instalação hidráulica do banheiro, reparado a tempo, não causará maiores riscos à segurança e solidez da edificação, logo, esse vício não compromete a habitabilidade e, por sua especificidade, compõe a classe prevista no art. 618 do CC/02 que prevê garantia de 5 (cinco) anos (BRASIL, 2002).

Saliente-se que, se o interessado deixar de fazer a reclamação, contado do surgimento comprovado do vício que possibilitaria ao construtor reparar o problema a tempo, não é justificativa para se aplicar a regra do parágrafo único art. 618 do Código Civil quanto ao prazo de reclamação de 180 dias. Assim, leciona Del Mar (2015):

À inércia do interessado aplicam-me, ainda, por analogia, as disposições referentes a mora do credor. Com efeito, o art. 400 do CC/02 dispõe que a mora do credor (a) subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, (b) obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-las e (c) sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor. Aplicando analogicamente cada um dos aspectos assinalados (“a”, “b” e “c”) à demora na reclamação dos vícios referentes à segurança dos moradores, temos que, em casos tais, (a) o construtor fica liberado – “subtrai o devedor” – da responsabilidade pelo agravamento das condições, (b) o credor fica obrigado a “ressarcir” – leia-se, suportar – as despesas decorrentes do agravamento e (c) o credor fica sujeito a permanecer com a coisa no estado – “pela estimação mais favorável ao devedor”. (DEL MAR, 2015, p. 104).

Os arts. 177 e 1.245 do Código Civil de 1916 e a Lei n.º 4.591/64 de Condomínios e Incorporações foram tomados como referência para a criação da Súmula 194 do STJ, estabelecendo o prazo prescricional de 20 (vinte) anos. Com a entrada em vigor do CC/02 esse prazo foi reduzido para 10 (dez) anos, conforme art. 205 do CC/02 (BRASIL, 2002).

Para Cavalieri, a responsabilidade do construtor não termina com a entrega da obra. O prazo quinquenal é de garantia e não prescricional, começa a fluir a partir da ocorrência do vício, não importando se ele tenha ocorrido durante ou depois do prazo da garantia do Código Civil. Assim, ele aduz sobre esse prazo, “O prazo de garantia pela qualidade da obra não mais se limita aos vícios que ela apresentar nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do CDC, por todo o período de durabilidade razoável do prédio.” (CAVALIERI, 1998).

## 5 RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A teoria do risco da atividade desenvolvida é o fundamento da responsabilidade civil objetiva no CDC. Bolzan ensina que por essa teoria, “[...] aquele que fornece produto ou serviço no mercado do consumo cria um risco de dano aos consumidores e, concretizado este, surge o dever de repará-lo independentemente da comprovação de dolo ou culpa” (BOLZAN, 2017, p. 326).

Com essa teoria, o foco da responsabilidade se desloca da questão da culpa para o plano do risco que a atividade desempenhada é capaz de causar. Ainda segundo Bolzan, “[...] o fato de auferir os cômodos de um lado e arcar com os incômodos do outro (risco-proveito), somado ao princípio da confiança legítima, faz com que o fornecedor, pela teoria do risco ora citada, responda de forma objetiva” (BOLZAN, 2017, p. 326).

O CDC adotou a responsabilidade objetiva, não importando se a conduta do fornecedor de bens ou serviços deu causa ao produto ou serviço defeituoso colocado no mercado. Todavia, veremos mais adiante que essa lei consumerista admite causas excludentes de responsabili-

dade do fornecedor, o que segundo Bolzan “[...] afasta a teoria do risco da atividade de outra teoria, a do risco integral, que não admite tais excludentes” (BOLZAN, 2017, p. 326).

O *caput* do art. 12 do CDC dispõe que a responsabilidade objetiva é do fornecedor, do produtor, do construtor e do importador, pelos danos causados por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção etc., de seus produtos, caracterizando que a conduta ilícita do agente, o dano e o nexo causal foram indispensáveis à causa do evento (BRASIL, 1990). Cabe destacar que a responsabilidade civil objetiva, seja no momento da construção ou depois que a obra estiver pronta, não implica necessariamente o dever absoluto de o construtor reparar os danos que surgirem, pois, existem excludentes de ilicitude que trataremos mais a diante.

O art. 12, § 1º do CDC diz que se verifica o defeito quando o produto, não oferece a segurança que dele se espera, considerando a sua apresentação, o uso e os riscos que se esperam e a época que foram colocados em circulação.

O art. 14 do CDC dispõe que um serviço defeituoso não oferece ao consumidor e a terceiros a segurança que se espera dele, quando não apresenta a qualidade esperada, mostrando-se inadequado ao uso, devendo ser consideradas as circunstâncias relevantes indicadas no dispositivo legal como modo de seu fornecimento, resultado e riscos que se esperam e a época em que foi fornecido o serviço.

Nota-se que a lei especial trouxe mais segurança ao consumidor, como estabelecido no art. 26 do CDC que estendeu a garantia expressa também aos vícios aparentes (BRASIL, 1990), enquanto o CC/02 oferece no art. 441, a garantia ao adquirente apenas em relação a vícios ocultos (BRASIL, 2002).

Sobre a aplicação simultânea do CDC e do CC/02, (PEREIRA, 2013) citado por Oliveira e Ricyerz Junior (2016) esclarece o seguinte:

Como não houve a revogação de uma lei ou de outra, ambas devem ser aplicadas harmônica e sistematicamente, sempre a favor dos direitos fundamentais e dos valores sociais e públicos. Desse modo, independentemente de se tratar de regra geral ou especial (Código Civil ou Código do Consumidor), dever-se-á aplicar aquela que, no caso concreto, melhor atender aos preceitos constitucionais, incluindo-se, aí, os direitos do hipossuficiente. (OLIVEIRA; RICYERZ JUNIOR, 2016).

## 6 EXCLUDENTES DE ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 6.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Podem-se verificar situações previstas de excludentes de ilicitude na construção civil, como casos fortuitos ou força maior. Caso o construtor prove, quando demandado, ficará livre do dever de reparação pelo fato de não ter tido culpa pela ocorrência do dano ou do vício, por ser fato superveniente à sua vontade, que nada poderia ter feito para impedir sua ocorrência.

O fato de o ordenamento jurídico adotar a responsabilidade objetiva na construção civil, não implica no dever absoluto de o construtor reparar os danos, pois, poderá provar as excludentes de responsabilidade. Existem causas que podem isentar a responsabilidade do constru-

tor, como a do art. 393 do CC/02, "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado".

Caso fortuito é um fato causado pela natureza, imprevisível e inevitável e pode impossibilitar uma das partes cumprir a obrigação, como por exemplo, um vendaval que destelhar uma construção. A força maior não se confunde com caso fortuito, pois, trata-se de um ato humano imprevisível e inevitável que cria a impossibilidade do cumprimento de uma obrigação, como por exemplo, uma greve de transporte público. E não é possível impedir ou evitar que aconteça o fato, por ser advindo de fenômeno natural que independe de vontade humana, fatos esses que geram consequências distantes das desejadas.

## 6.2 FALTA DE MANUTENÇÃO

Os edifícios não estão livres da degradação natural provocada pelo ambiente, uso e características dos materiais empregados em sua construção. A negligência na manutenção pode provocar o desgaste da edificação.

No caso de uma edificação, o proprietário tem o dever de utilizar o produto adequadamente, bem como promover a manutenção especificada pelo fornecedor, se a ação ou omissão causar prejuízo, não pode pretender a responsabilização do construtor, pois, a falta de observância dessas providências é causa de exclusão de responsabilidade. Daí se deduz que a falta de manutenção é uma hipótese de excludente da responsabilidade civil do construtor, visto que o evento danoso ocorre por culpa exclusiva da vítima, não se formando o nexo causal, assim, deixa de existir o dever de reparação pelo construtor.

Como dispõe o art. 937 do CC/02, "O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta". A falta de manutenção é de responsabilidade do proprietário o qual tem o interesse no imóvel e tira dele proveito econômico. Ainda que não seja este motivo, o proprietário tem interesse jurídico de evitar problemas causados pela ruína do edifício. Se ela ocorrer por falta de manutenção, por conseguinte, exclui a responsabilidade do construtor. Logo, o proprietário (art. 1.315 do CC/02) é responsável pela manutenção e conservação de seu imóvel, devendo observar e cumprir o estabelecido nas normas técnicas e no manual de operação, uso e manutenção de sua edificação, se houver (BRASIL, 2002).

A demora na realização da manutenção pelo usuário pode provocar danos, aumentar o custo de reparação e reduzir a vida útil da edificação. Neste caso, a relação de causa e efeito entre falta de manutenção e dano serve de exclusão de responsabilidade do construtor. No entanto, se verificado que o dano não é decorrente da falta de manutenção, fica mantida a responsabilidade do construtor.

## 7 PRAZOS DECADENCIAIS E PRESCRICIONAIS PARA RECLAMAR VICIOS OU DEFEITOS

O art. 442 do CC/02 dispõe que o adquirente poderá reclamar o abatimento no preço por vícios aparentes, não gerando direitos se não o fizer no ato da entrega do bem ou serviço. Já os vícios ocultos, nas relações civis e não de consumo, seguem os preceitos dos vícios redibitórios e, de acordo com o art. 441 do CC/02, o prazo para reclamar é um ano, contado a partir da entrega.

O art. 446 do CC/02 estabelece que o alienante responde pelos vícios redibitórios na constância da cláusula de garantia, desde que o adquirente denuncie o defeito em trinta dias, sob pena de decadência. De acordo com o *caput* do art. 445, o prazo decadencial para imóvel é de um ano contado de sua efetiva entrega. Se for conhecido o vício após esse prazo, este será contado a partir do momento que se tiver ciência, até no máximo um ano para imóveis (art. 445, § 1º, CC/02) (BRASIL, 2002).

O art. 26, § 1º do CDC estabelece que, para vícios aparentes, o prazo decadencial para reclamar se inicia a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços, quando, por presunção, o consumidor teria conhecimento do defeito ou vício do produto (BRASIL, 1990).

O CDC, no art. 26, § 2º, inciso I, impede a decadência da reclamação do consumidor diante do fornecedor de serviços e produtos até quando este der uma resposta negativa. Outro motivo de interrupção da decadência é aquela prevista no inciso III desse mesmo dispositivo legal, relacionada à instauração de inquérito civil, cujo propósito é a coleta de subsídios para a ação, não tendo caráter obrigatório, tratando-se de um instrumento que pode ser utilizado pelo Ministério Público para a propositura da ação civil pública. Já o § 3º do mesmo dispositivo legal, estabelece que o prazo decadencial para reclamar o vício oculto tem início no momento em que ficar evidenciado o defeito. O art. 27 estabelece que a prazo para reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço é contado a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (BRASIL, 1990).

Oliveira e Ricyerz Junior (2016) esclarecem que:

[...] não obstante o teor do art. 618, do CC/02/2002, o construtor não fica exonerado de sua obrigação após cinco anos da entrega da obra. Ultrapassado esse período, o consumidor estará assegurado pelo art. 27 do CDC, que determina que o prazo de prescrição somente se inicia com a descoberta do vício ou defeito, tendo-se como único critério de prazo a expectativa de vida útil do produto, dada pelo próprio fornecedor. (OLIVEIRA; RICYERZ JUNIOR, 2016).

A falta de reclamação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias do surgimento do vício faz com que se perca o direito da garantia, independentemente de prova da culpa do construtor. No entanto, não se perde o direito da solidez e segurança, como, por exemplo, no caso de infiltrações ocorridas após o período de garantia, voltam a ter o tratamento de vícios ocultos, e o prazo de 1 (um) ano para reclamar após o surgimento desse vício.

Segundo Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2007) citado por Crepaldi (2016):

[...] o prazo de decadência será interrompido quando realizada a reclamação perante o fornecedor ou diante órgãos públicos, como Procon, Banco Central. Tal interrupção deverá ser comprovada pelo consumidor, seja mediante carta registrada, notificação judicial ou extrajudicial, prova testemunhal. Destaca, ainda, Luiz Antonio Rizzato Nunes (2012, p. 451) que nada impede ser a reclamação realizada de forma verbal, pessoal ou por telefone, através dos Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs). (CREPALDI, 2016, p. 56).

Ressalta-se que o prazo decadencial fica interrompido até que seja recebida a resposta negativa do fornecedor, logo, se o consumidor não a receber, assim como reconhecer o vício, se comprometer a saná-lo e não tomar providências, o prazo continua interrompido.

## 8 CONCLUSÃO

Após a entrega, a edificação deve atender aos fins a que foi projetada quanto a solidez e segurança, como determina o art. 618 do CC/02.

Qualquer problema que comprometa a utilização do imóvel durante o prazo de garantia de 5 (cinco) anos, o construtor responde de forma objetiva pelos vícios e defeitos e tem a responsabilidade de repará-lo, sem custo ao proprietário. A ressalva legal é que não haja culpa do adquirente, por exemplo, pela falta de manutenção do imóvel ou nos casos de força maior ou caso fortuito, casos em que excluem a responsabilidade do construtor.

A garantia somente é válida quando o reclamante se manifestar em até 180 (cento e oitenta) dias após o surgimento do problema. Este prazo deve ser cumprido, a menos que algum profissional, isoladamente, seja responsável pelo vício ou defeito. Neste caso, a responsabilidade é subjetiva e esse profissional responde por sua culpa, independentemente do prazo transcorrido, conforme jurisprudências existentes sobre o assunto.

Ao construtor coube a responsabilidade por várias etapas da atividade construtiva, no entanto, caso seja acionado judicialmente para reparar danos surgidos no imóvel, outros agentes que atuaram no empreendimento poderão ser chamados à lide, como o incorporador, projetista, dono da obra etc., todos respondem solidariamente com o construtor, dentro de cada responsabilidade profissional.

A responsabilidade do construtor, quando objetiva, dispensa provas, no entanto, deve preceder de perícia judicial para a constatação do nexo causal entre danos e vícios ou defeitos da construção para se apurar se a responsabilidade é civil ou de consumo e suas consequências.

Conclui-se que, na apuração das responsabilidades na entrega da obra regidas pelo CC/02 e CDC, devem ser analisados em conjunto, de modo a garantir a segurança e solidez da obra e a vida útil do produto, pois, se o vício ou defeito aparecem após a garantia legal, não há impedimento para que o consumidor reclame a reparação dos danos.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Geneci Cardoso. **A responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1840/a-responsabilidade-civil-profissionais-liberais>. Acesso em: 27 abr. 2019.
- BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CC/02civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/CC/02civil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CC/02civil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/CC/02civil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966**. Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CC/02civil\\_03/LEIS/L5194.htm](http://www.planalto.gov.br/CC/02civil_03/LEIS/L5194.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CC/02civil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CC/02civil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. IBGE. **PIB cresce 1,1% em 2018 e fecha ano em R\$ 6,8 trilhões**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23886-pib-cresce-1-1-em-2018-e-fecha-ano-em-r-6-8-trilhoes>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- CAVALIERI, Sérgio. A responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código do Consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, 1998. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista03/revista03\\_84.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_84.pdf). Acesso em: 20 abr. 2019.
- CBIC. Câmara Brasileira da Indústria da Construção. **PIB Brasil e Construção Civil**. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/pib-e-investimento/pib-brasil-e-construcao-civil>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.
- CREA-PR. **Responsabilidade na Construção Civil**. Paraná. 2010.
- CREPALDI, José Victor. **A extensão temporal da responsabilidade civil dos construtores e incorporadores diante do aparecimento de vícios construtivos após a entrega do imóvel**. 2016. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166157/TCC/02%20Jos%C3%A9%20Victor%20Crepaldi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na Construção Civil**. São Paulo: Editora Pini, 2015.
- DEL MAR, Carlos Pinto. **Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil**. São Paulo: Editora Pini, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4.
- GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Direitos sociais: direito à moradia**. 2015. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de Oliveira; RICYERZ JUNIOR, Herley. **Responsabilidade civil do construtor pela solidez e segurança da obra e os prazos prescricionais na hipótese de vícios na edificação**. 2016. Disponível em: [http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/389/pdf\\_20](http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/389/pdf_20). Acesso em: 20 abr. 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SOUZA JÚNIOR, Rubens Ap. de. **Vícios redibitórios na construção civil**. Responsabilidade do construtor. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30608/vicios-redibitorios-na-construcao-civil>. Acesso em: 20 abr. 2019.

# 09

CAPÍTULO

# RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DO ERRO MÉDICO E A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGES NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS ORIUNDAS DE TAL CONDUCTA

RAFAEL DA SILVEIRA TEODORO<sup>1</sup>

FLÁVIA GUIMARÃES CAMPOS PAULINO DA COSTA<sup>2</sup>

VALMIR CESAR POZZETTI<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva estudar a responsabilidade civil decorrente do erro médico, demonstrando a importância da aplicabilidade do instituto *Punitive Damages* nas ações indenizatórias oriundas de erro médico com a finalidade de reparar o dano, punir o ofensor e desestimular inadequado exercício da medicina. Como problema, indaga-se, se a aplicação do *Punitive Damages* conjugado com o instituto da responsabilidade civil poderia restituir adequadamente o dano causado e desestimular a prática do erro médico no atual cenário da saúde brasileira. A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, mediante a análise de documentos especializados, constituída por livros e trabalhos científicos.

**Palavras-chave:** *punitive damages*; erro médico; responsabilidade civil do médico; ações indenizatórias; ética médica; inadequado exercício da medicina.

- 1 Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/65315970864337716>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5028-2312>.
- 2 Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC – Linha de pesquisa: Autonomia privada, regulação e estratégia (Direito Privado). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4982064992264072>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7205-146X>.
- 3 Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França. Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França. Professor Adjunto da UFAM - Universidade Federal do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação, e no Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais. Professor Adjunto da UEA - Universidade do Estado do Amazonas, ministrando disciplinas na graduação e nos Mestrados em Direito Ambiental e no de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: [v\\_pozzetti@hotmail.com](mailto:v_pozzetti@hotmail.com). Lattes: : <http://lattes.cnpq.br/5925686770459696>

### Como citar o presente artigo científico:

TEODORO, Rafael da Silveir; COSTA, Flávia Guimarães Campos Paulino da; POZZETTI, Valmir Cesar. Responsabilidade civil em decorrência do erro médico e a importância da aplicação do punitive damages nas ações indenizatórias oriundas de tal conduta. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 145.

## ABSTRACT

---

*This article aims to study the civil liability resulting from medical error, demonstrating the importance of the applicability of the Punitive Damages institute in damages actions arising from errors in order to repair the damage, punish the offender and discourage the inappropriate practice of medicine. As a problem, it is asked whether the application of Punitive Damages in conjunction with the civil liability institute could adequately restore the damage caused and discourage the practice of medical error in the current Brazilian health scenario. The research methodology adopted was documental and bibliographic, through the analysis of specialized documents, consisting of books and scientific works.*

**Keywords:** *punitive damages; medical error; doctor's civil liability; medical ethics; inadequate practice of medicine.*

## 1 INTRODUÇÃO

Com a finalidade de melhorar a qualidade de vida das pessoas e aumentar a expectativa de longevidade dos seres humanos, a medicina, desde a antiguidade até os tempos atuais, necessita manter-se em constante evolução em relação às técnicas utilizadas para tratar as mais diversas situações clínicas que colocam em risco a integridade física do corpo humano.

Neste mesmo sentido, deve ser a atuação dos médicos, pois, esta profissão cuida de um bem jurídico essencial para as pessoas, qual seja: vida/incolumidade física. Caso o profissional de medicina esteja desatualizado em relação às técnicas utilizadas para tratar as diversas situações que lhe apareçam, este poderá incorrer em erro e causar danos irreparáveis a determinados indivíduos.

Na prática, os erros médicos estão acontecendo com frequência no atual cenário da saúde brasileira. Nessa perspectiva, diante dos inúmeros erros médicos que ocorrem diariamente, verifica-se a necessidade de estudar o tema-problema da responsabilidade civil em decorrência do erro médico e a importância da aplicação do instituto *Punitive Damages* nas ações indenizatórias oriundas de tal conduta.

O presente artigo tem como objetivo estudar a responsabilidade civil decorrente do erro médico, demonstrando a importância da aplicabilidade do *Punitive Damages* nas ações indenizatórias oriundas de tal conduta, com a finalidade de reparar o dano, punir o ofensor e desestimular o inadequado exercício da medicina.

Como problema de pesquisa, indaga-se, se a aplicação do instituto *Punitive Damages* conjugado com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro poderia restituir de modo adequado o dano eventualmente causado e desestimular a prática do erro médico no atual cenário da saúde brasileira.

A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, mediante a análise de documentos especializados, constituída por livros e trabalhos científicos.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A temática responsabilidade civil é objeto de estudo de grandes doutrinadores da esfera cível do direito brasileiro.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2018):

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vincula o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito Romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social.

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em reestabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Pode - se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. (GONÇALVES, 2018, p. 19-20).

Já na compreensão de Silvio Venosa (2013):

[...] o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. [...] (VENOSA, 2013, p. 01).

Em consonância com o pensamento dos autores supracitados, verifica-se que a temática “responsabilidade civil” se consubstancia no dever/obrigação que o ofensor tem de reparar o dano causado em face do ofendido, para assim manter o equilíbrio harmônico social, evitando que as pessoas se sintam lesadas em sua esfera de direitos e optem pela autotutela no intuito de satisfazerem suas pretensões pessoais.

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil pode se originar de um contrato ou ser extracontratual. Em conformidade com os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre vítima e o causador do dano, quando este pratica ato ilícito.

O código civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos arts. 389 e s. e 395 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora. (GONÇALVES, 2018, p. 45).

Sob a ótica de Carlos Roberto Gonçalves, constata-se que existem pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam: “ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima” (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Em relação a conduta (ação ou omissão) cabe destacar que a literalidade do texto da lei faz menção à conduta de qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha causar dano a outrem. Desse modo, evidencia-se que a obrigação de reparar o dano pode se originar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda nos casos de danos causados por coisas e animais que pertençam ao agente (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Para exemplificar a responsabilidade decorrente de ato próprio, tem-se como exemplo além de muitos outros tratados no Código Civil, as situações que atentem contra a honra das pessoas (calúnia, difamação e injúria), abuso de direito, dentre outros (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Já como exemplo de responsabilidade motivada por ato de terceiro, tem-se as situações ocasionados por filhos, tutelados e curatelados, sendo responsáveis pela reparação dos danos causados por estes, os pais, tutores e curadores (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Ainda sobre responsabilidade motivada por terceiro, também respondem o empregador pelos atos de seus empregados, os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos atos seus educandos e hóspedes, os farmacêuticos por seus prepostos, as pessoas de direito privado por seus empregados, as pessoas de direito público por seus agentes etc. (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Já sobre a responsabilidade advinda por danos causados por coisas e animais que estejam sob a responsabilidade do agente, em regra, esta é objetiva, pois independe de prova de culpa (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Dessa forma, verifica-se que o elemento conduta, seja ela comissiva ou omissiva, se constitui em elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

No tocante a culpa ou dolo do agente, Carlos Roberto Gonçalves ao expor o pensamento de Savigny, explicita que “o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência.” (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Agasalhando ainda sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves afirma que “o dolo é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.” (GONÇALVES, 2018, p. 53).

Em relação à culpa, Silvio de Salvo Venosa ao citar os ensinamentos de José de Aguiar Dias, aponta que:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (VENOSA, 2013, p. 25).

Desse modo, na visão do referido autor, “Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar.” (VENOSA, 2013, p. 25).

No que diz respeito à relação de causalidade, Carlos Roberto Gonçalves entende que:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. (GONÇALVES, 2018, p. 54).

Em assim sendo, evidencia-se que a conduta do agente ofensor deve estar diretamente relacionada com os danos suportados pelo ofendido, pois se assim não for, não existirá relação de causalidade e nem obrigação de indenizar.

No que concerne ao dano, Carlos Roberto Gonçalves ao se valer dos ensinamentos de Agostinho Alvim, faz a seguinte explanação:

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem a repercussão na órbita financeira do ofendido. O código civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto. (GONÇALVES, 2018, p. 54).

Desta feita, depreende-se que a prova do dano é essencial para a aplicação da responsabilidade civil em face do ofensor, pois a inexistência do dano é óbice à pretensão de uma reparação.

Uma vez que os pressupostos da responsabilidade civil são preenchidos, nasce à obrigação de reparação do dano.

No Código Civil brasileiro, Lei nº: 10.406 de 2002, a obrigação de reparação do dano advém da premissa que ninguém pode lesar direito de outrem. Tal premissa se externa na norma insculpida nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, a saber:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Por meio da análise dos dispositivos legais retro citados, depreende-se que aquele que violar direito e causar dano a outrem, seja por ação ou omissão, negligência ou imprudência, ou nos casos especificados em lei, incidirá em conduta ilícita, e deverá reparar o dano causado em face do ofendido.

Também se faz necessário ressaltar a distinção existente no ordenamento jurídico brasileiro entre responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva.

Verifica-se que a responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco é aquela que independe do elemento culpa para a sua configuração. Todavia, o elemento culpa poderá ou não existir, mas a sua presença é irrelevante para a configuração do dever de indenizar neste tipo de responsabilidade (GONÇALVES, 2018, p. 49).

Ao citar os ensinamentos de Agostinho Alvim sobre responsabilidade civil objetiva, Carlos Roberto Gonçalves elucida que:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou "objetiva", porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga e por um nexo de causalidade, independente de culpa. (GONÇALVES, 2018, p. 48).

Em relação à responsabilidade civil subjetiva, tem-se que este tipo de responsabilidade se ampara na ideia de culpa (GONÇALVES, 2018, p. 48).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves: [...] "A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa acepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou com culpa. " (GONÇALVES, 2018, p. 48).

Apesar da obrigação do médico em relação a seu paciente advir de um contrato, constata-se que a responsabilidade civil do médico necessita da configuração do elemento culpa, se amoldando, portanto, a ideia da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido é a inteligência do Art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor que determina: "[...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. [...]" (VENOSA, 2013, p. 145).

Entretanto, tal situação não se aplica às pessoas jurídicas. Estas possuem a responsabilidade objetiva, ou seja, não há a necessidade de verificação da culpa, pois sua responsabilidade advém dos riscos do negócio, motivo pelo qual se amoldam ao caput do artigo 14 da lei 8.078/90 (Código de defesa do consumidor), conforme se constata: "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos." (BRASIL, 1990)

Também é de suma importância destacar que, nos termos do Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº: 8.078/90 os pacientes se amoldam a condição de consumidores, a saber: Art. 2º "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. " (VENOSA, 2013, p. 141).

Já em relação aos médicos ou a pessoa jurídica (hospitais, clínicas e assemelhados), estes se enquadram como prestadores de serviços (VENOSA, 2013, p. 141), pois, nos termos do caput do art. 3º, cominado com o §2º da legislação consumerista há a seguinte definição:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Ademais, cabe ressaltar que a obrigação dos médicos, excetuados os casos estéticos, é uma obrigação contratual de meio e não de resultado, fato já consolidado perante a doutrina (GONÇALVES, 2018, p. 266-267).

Ao se valer dos ensinamentos de Savatier, Carlos Roberto Gonçalves explica que:

[...] a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir-se de certa forma. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão. (GONÇALVES, 2018, p. 267).

Isto é, no caso do médico, este não possui a obrigação de curar, mas deve proceder com a maior cautela possível, estando de acordo com as regras e métodos da profissão. Além disso, o Art.32, do Capítulo IV do Código de Ética médica vigente, Resolução 2.217/18, ilustra claramente essa obrigação de resultado quando deixa determinado que aos médicos é vedado: "Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecido se a seu alcance, em favor do paciente." (BRASIL, 2018).

De acordo com os ensinamentos de Silvo de Salvo Venosa:

O médico assume responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de início decorrerão consequências para o paciente. A identificação errada da moléstia ou a medicação inadequada pode causar danos irreversíveis. Os deveres do médico não se resumem ao diagnóstico e a prescrição de medicamentos, mas estende-se mesmo depois da cura do paciente, quando este necessitar de monitoramento. (VENOSA, 2013, p. 145).

Em relação às normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que reste configurada a responsabilidade civil do médico, verifica-se à necessidade de comprovação de qualquer modalidade da culpa, ou seja, há a necessidade de se comprovar que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Nos termos do artigo 951 do Código Civil vigente, tem-se a seguinte imposição:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002).

Em consonância com Miguel Kfourri Neto é imprudente o profissional médico que "[...]tem atitudes não justificadas, açodadas e precipitadas, sem usar de cautela. [...]" (KFOURI NETO, 2013, p. 108).

No tocante a conduta imperita, Miguel Kfourri Neto ensina que imperícia:

É a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão. (KFOURI NETO, 2013, p. 110).

Em relação à conduta negligente, ao citar os ensinamentos de Genival Veloso França, Miguel Kfourri Neto explicita que negligência médica "[...] caracteriza-se pela inação, indolência, inercia, passividade. É um ato omissivo. [...]" (KFOURI NETO, 2013, p. 104).

Assim sendo, constata-se que, uma vez que seja comprovada a conduta imprudente, imperita ou negligente do médico, e dela sobrevenha dano a outrem, resta configurada sua responsabilidade civil, devendo o referido profissional reparar o dano que causou em face do ofendido.

Além da responsabilização na esfera civil e penal (seara que não é objeto do presente trabalho), os médicos também estão sujeitos às penalidades administrativas de sua categoria, conforme se verifica a seguir.

### 3 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO DE ACORDO COM O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA - RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº: 2.217 DE 2018

A medicina, profissão exercida em prol da saúde da humanidade possui princípios e normas basilares que orientam a conduta do profissional médico, externados através dos dispositivos contidos na Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº: 2.217 de 2018 (BRASIL, 2018).

No item I do preâmbulo da referida resolução, fica declarado que o referido Código contém as normas a serem seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, bem como quaisquer outras áreas em que se utilize o conhecimento da medicina, a saber:

I - O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive nas atividades relativas a ensino, pesquisa e administração de serviços de saúde, bem como em quaisquer outras que utilizem o conhecimento advindo do estudo da medicina. (BRASIL, 2018).

Já no item VI do preâmbulo do mencionado Código de Ética, modificado pela Resolução nº: 2.222 de 2018 fica declarado que a transgressão das normas, sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei sob a luz da seguinte redação:

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 26 princípios fundamentais do exercício da medicina, 11 normas diceológicas, 117 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei. (BRASIL, 2018).

Em congruência com os termos do Capítulo I do Código de Ética Médica, resolução CFM nº: 2.217 de 2018 constata-se que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano, devendo o médico agir com o máximo de zelo e cautela possível no desempenho de sua atividade profissional em relação aos seus pacientes, atuando sempre na intenção de tentar preservar a vida humana (BRASIL, 2018).

Com a finalidade de empregar as técnicas mais avançadas para tratar as mais diversas situações clínicas que acometem os pacientes, os médicos devem sempre se manter atualizados em relação aos avanços técnicos da medicina, para, assim, possibilitar o melhor tratamento aos pacientes, com o menor sofrimento físico e psíquico possível.

No mesmo sentido é o entendimento de Sílvio Salvo Venosa que assevera: “[...] O médico, em sua arte, deve ser conhecedor da ciência para dar segurança ao paciente. [...]” (VENOSA, 2013, p. 141).

Em conformidade com os preceitos elencados no atual Código de Ética Médica, para exercer esta nobre profissão, os médicos devem se ater a uma série de recomendações, pois, caso estas não sejam seguidas, ou sejam violadas durante o exercício da medicina, o profissional estará sujeito às sanções disciplinares administrativas da categoria, bem como as sanções de ordem civil e penal do direito brasileiro.

Todavia, antes de abordar as possíveis sanções a que estão sujeitos os médicos que transgredirem as regras impostas para o adequado e regular exercício da medicina, importante mencionar que estes também possuem uma série de direitos, os quais estão elencados no Capítulo II do seu Código de Ética, resolução CFM nº: 2.217/18 (BRASIL, 2018).

Dentre esta série de direitos, conclui-se que um dos mais importantes está relacionado a autonomia do médico no exercício da medicina.

Contudo, essa autonomia não é absoluta, uma vez que o profissional deve respeitar as práticas cientificamente reconhecidas bem como a legislação, não lhe sendo facultado utilizar-se de qualquer técnica para tentar tratar seus pacientes.

Além dos direitos, os médicos também possuem uma série de deveres para exercer a medicina, sendo-lhes vedadas inúmeras condutas relativas ao exercício profissional. Tais vedações estão contidas do Capítulo III ao Capítulo XIV do Código de Ética Médica, resolução CFM nº: 2.217/18 (BRASIL, 2018).

Dentre todas as vedações impostas aos médicos para o exercício da medicina que poderão acarretar em sua responsabilização, sem desqualificar as demais, a proibição prevista no Art.1º do Capítulo III do Código de Ética Médica vigente merece especial atenção em face da temática do presente trabalho. De acordo com o artigo 1º do Capítulo III, da Resolução CFM nº: 2.217/18, ao médico é vedado: “Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.” (BRASIL, 2018).

Ressalta-se que, em muitos casos, com a finalidade de tratar o evento clínico ocorrido, o médico acaba por causar danos aos pacientes, mas não são danos motivados por imperícia, imprudência ou negligência. São danos necessários à obtenção da cura esperada.

Para exemplificar, além de inúmeras outras técnicas ou abordagens clínicas que são agressivas a incolumidade física das pessoas, existem procedimentos cirúrgicos em que pode ser necessária a realização de incisões ou cortes no corpo humano para tentar obter o tratamento clínico esperado.

Porém, caso o médico aja de modo contrário aos preceitos do Art.1º do Capítulo III do Código de Ética Médica, Resolução CFM nº: 2.217/18, causando dano ao paciente por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, restará configurado o erro médico e, conseqüentemente, o dever de reparação do dano causado.

## 4 ERRO MÉDICO

De acordo com os preceitos do Código de Ética Médica vigente, Resolução CFM nº: 2.217/18, o médico deve observar uma série de regras para exercer a medicina. Contudo, quando o profissional de medicina atua em desconformidade com essas regras e causa danos a outrem no exercício de sua profissão, danos estes decorrentes de imperícia, imprudência ou negligência, resta configurado o erro médico (BRASIL, 2018).

Apesar de ser uma prática contrária ao adequado exercício da medicina, observa-se que o número de erros médicos só aumenta com o passar dos anos no território nacional. De acordo com a reportagem publicada pela Revista Veja na data de 26 de outubro de 2016, “[...]a cada três minutos, cerca de dois brasileiros morrem em um hospital por consequência de um erro que poderia ser evitado[...]” (DA REDAÇÃO, 2016).

Além disso, uma pesquisa realizada pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em conjunto com o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) apontou que os erros médicos no ano de 2015 foram responsáveis por “[...]434.000 óbitos, o equivalente a 1.000 mortes por dia[...]” (DA REDAÇÃO, 2016).

A reportagem também informa que “essas mortes seriam a primeira ou segunda causa de óbitos no país, à frente de doenças cardiovasculares e câncer que em 2013 mataram 339.672 e 196.954 pessoas respectivamente” (DA REDAÇÃO, 2016).

Em relação aos erros médicos mensurados no ano de 2017, a reportagem publicada na data de 22 de novembro de 2017 pelo em.com.br (jornal Estado de Minas) explicita que:

Em razão de falhas que poderiam ser evitadas nos hospitais, três brasileiros morrem a cada cinco minutos no Brasil, num total de 829 óbitos por dia. A constatação é do Primeiro Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil, produzido pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) e pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), e obtido pelo Broadcast Político. (GN) De acordo com o estudo, os eventos adversos em hospitais são a segunda causa de morte mais comum no Brasil, matando mais do que a soma de acidentes de trânsito, homicídios, latrocínio e câncer. Dados do Observatório Nacional de Segurança Viária indicam a morte de aproximadamente 129 brasileiros por acidente de trânsito a cada dia; o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que é produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostra cerca de 164 mortes violentas - por homicídio e latrocínio, entre outros - por dia; e, o câncer mata de 480 a 520 brasileiros por dia, segundo o Instituto Nacional de Câncer (INCA).<sup>22</sup> Apenas as doenças cardiovasculares, consideradas a principal causa de falecimento no mundo, matam mais pessoas no País: são 950 brasileiros por dia, de acordo com a Sociedade Brasileira de Cardiologia. (LOPES, 2017).

De acordo com a reportagem publicada pela revista Galileu na data de 15 de agosto de 2018, consoante às informações contidas no 2º Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar, feito pelo Instituto de Pesquisa FELUMA (Faculdade Ciências Médicas de Minas Gerais) e pelo IESS (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar), constatou-se a grave situação de que “a cada uma hora, seis pessoas morrem por “eventos adversos graves”, ocasionados por erros, falhas assistenciais ou processuais ou infecções nos hospitais brasileiros.” (GALILEU, 2018).

A reportagem também destacou que “[...] desses óbitos, quatro poderiam ser evitados com a realização dos procedimentos corretos [...]” (GALILEU, 2018). Observa-se por meio dos dados coletados que os erros médicos só têm aumentado com o passar dos anos, fator que demonstra o cenário caótico e de insegurança que paira sobre as pessoas em relação aos serviços de saúde ofertados cotidianamente.

Outro dado que também preocupa e merece destaque é o número elevado de ações indenizatórias oriundas de erros médicos, ajuizadas diariamente perante o poder judiciário. De acordo com a reportagem publicada pela BBC News Brasil, na data de 19 de setembro de 2018, “[...] Acusações referentes a erro médico somaram 70 novas ações por dia no país – ou três por hora – em 2017. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram pelo menos 26 mil processos sobre o assunto no ano passado [...]” (ALVIN, 2018).

A reportagem da BBC News Brasil de São Paulo também destaca que:

[...] os números de alguns tribunais dão a dimensão da tendência com o passar dos anos: no STJ, novos casos referentes a erro médico passaram de 466 em 2015 para 589 em 2016 e 542 em 2017. No TJ-SP, o maior do país, os números passaram de 5,6 mil (2015) a 2,9 mil (2016) e, finalmente, 4,6 mil (2017). (ALVIN, 2018).

Em consonância com a reportagem publicada pela rádio Itatiaia na data de 05 de março de 2018, no tocante as ações judiciais ocasionadas por erros médicos que tramitam perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), tem-se a preocupante situação de que:

Cresce o número de ações judiciais em decorrência de supostos erros médicos em Minas Gerais. Dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) apontam que, somente no ano passado, foram registrados 3.567 casos, média de dez por dia. Em Belo Horizonte foram mais de 1.000 ações. Na comparação com anos anteriores, o aumento em Minas é de 15% em relação a 2016 e de 39% se comparado a 2015. Os casos mais comuns são de procedimentos e cirurgias estéticas, seguidos pelos de esterilização ineficaz (vasectomia ou ligadura de trompas, que resultam numa gravidez não planejada), além de esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente e prescrição indevida de medicamentos. Conforme o desembargador Alexandre Quintino Santiago, da 11ª Câmara Cível do TJMG, os dados apresentados podem estar subnotificados, ou seja, o número pode ser ainda maior, já que nem sempre os processos são cadastrados com a classificação de erro médico. Segundo o magistrado, o julgamento de ações do tipo é um grande desafio para o judiciário. (MENDES, 2018).

Além do narrado, também é importante destacar que devido a hipossuficiência técnica da parte, fazer prova em relação ao erro médico torna-se uma tarefa difícil, mesmo havendo a possibilidade de inversão do ônus da prova no código consumerista brasileiro, exceto se o ofendido é médico ou tenha afinidade com a área da saúde.

Nesse sentido é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, que expõe:

A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o médico, no entanto, prestador de serviços, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de

Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art.6º, VIII). Deve ser lembrado, ainda, que a hipossuficiência nele mencionada não é apenas econômica, mas precipuamente técnica. O profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade. (GONÇALVES, 2018, p. 268).

Em relação ao presente momento, é notório que o judiciário não conta com a infraestrutura necessária para julgar de forma célere o exacerbado número de demandas que esperam por sua jurisdição, fato que fere o princípio constitucional da celeridade processual.

Por este motivo, verifica-se a necessidade de adotar mais instrumentos jurídicos capazes de tentar desestimular a prática dos erros médicos para proteger a vida humana, bem como evitar a sobrecarga de demandas a serem apreciadas pelo judiciário no tocante às ações indenizatórias decorrentes do inadequado exercício da medicina.

Nesse sentido, verifica-se que a aplicabilidade do *Punitive Damages*, instituto aprimorado pelo ordenamento jurídico americano, mostra-se um poderoso instrumento para tentar desestimular tal prática (erro médico).

## 5 PUNITIVE DAMAGES E A IMPORTÂNCIA DE SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

Em relação ao *Punitive Damages*, constata-se que não é possível determinar com exatidão quando se deu seu surgimento e sua aplicação, pois, alguns autores acreditam que tal instituto já possuía aplicação milenar, porém, nada relatado oficialmente.

No tocante ao primeiro relato oficial de utilização da indenização punitiva, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009) expõe que:

A mais remota indenização punitiva no direito inglês ocorreu no Século III, com o Estatuto de Gloucester de 1.278, que estabelecia indenização triplicada (treble damages) nas ações de recuperação de imóveis danificados por locatários ou arrendatários (action of waste). Mas, somente no Século XVIII que a doutrina dos Punitive Damages teve seu início com a publicação anônima no jornal The North Briton, de conteúdo ofensivo à reputação do Rei George III e seus Ministros, que resultou no caso Wilkes vs. Wood, em 1763. Dado anonimato da autoria, Lord Halifax, Secretário de Estado, determinou a expedição de mandado genérico (general warrant), sem identificação, para prender os suspeitos. No total, 49 pessoas foram presas, incluindo o próprio autor do artigo, John Wilkes, membro da oposição dentro do Parlamento. Tendo sua casa sido invadida e apreendidos livros e documentos particulares sem a devida notificação, Mr. Wilkes, então, ajuizou uma ação de transgressão de direitos (action for trespass) contra Mr. Wood, Subsecretário de Estado, que havia cumprido o referido mandado, pessoalmente. Seu pedido era de uma indenização punitiva (exemplary damages) de valor suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes pelos emissários reais. O tribunal estabeleceu um valor considerável para a época de 1.000 libras, a título de Punitive Damages. Posteriormente, em 1.784, foi registrado nos Estados Unidos, o primeiro julgado de indenização punitiva no caso de um duelo com pistolas Genay vs. Norris,

autor e réu. Mas, antes do duelo, o réu convidou o autor para beber e brindar a reconciliação, quando colocou secretamente, uma droga na bebida que acarretou fortes dores no autor. No julgamento, a Corte considerou válida a indenização punitiva (exemplary damages) ao autor. (ANDRADE, 2009, p. 178-180).

Ainda que tal instituto tenha sido aplicado oficialmente pela primeira vez no ordenamento jurídico inglês, seu aprimoramento se deu no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, situação incontroversa perante os doutrinadores.

No entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade, o instituto do *Punitive Damages* pode ser entendido como a indenização outorgada em adição à indenização de caráter compensatório quando o agente ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo (ANDRADE, 2009, p. 186).

Em relação à sua finalidade, Rafael dos Santos Ramos Russo, define que o *Punitive Damages*:

[...] tem por finalidade, além de analisar a pretensão autoral, exercer uma função em prol do interesse público e social, aplicando uma punição de grande monte pecuniário, com o intuito de desestimular o agressor a cometer outra vez aquele mesmo ato lesivo que antigamente havia realizado, servindo de exemplo tal punição a toda sociedade, o que a jurisprudência alienígena convencionou denominar de 25 Punitive Damages, também chamados exemplary damages, vindictive damages ou smart Money. (RUSSO, 2009, p. 13).

Como visto, o *Punitive Damages*, além de analisar a pretensão autoral, exerce uma função importante em prol do interesse público e social, uma vez que, na medida em que se aplica uma punição de elevado valor pecuniário em desfavor do agente ofensor, esta punição servirá de exemplo para todos que possam vir a incidir na conduta danosa, desestimulando os possíveis ofensores a cometerem os mesmos atos lesivos em face de outrem. Isto é, indiretamente os potenciais ofensores são compelidos a atuarem com a devida cautela caso não queiram se sujeitar a uma punição severa do mesmo porte.

Contudo, em observância a jurisprudência atual, há de se ressaltar que na prática tal o instituto é aplicado timidamente pelas cortes brasileiras, pois, no ordenamento jurídico brasileiro ainda paira a ideia que a aplicação do instituto *Punitive Damages* poderá ocasionar enriquecimento sem causa para uma das partes do processo.

Para ilustrar essa situação, tem-se a decisão da 18ª Câmara cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, ao aplicar o *Punitive Damages*, majora a indenização fixada em primeira instância, aumentando de R\$ 4.000,00 (quatro mil) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme se observa abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - ADEQUAÇÃO À EXTENSÃO DO DANO - MAJORAÇÃO - Criticada pela doutrina mais atualizada, a concepção que imprime finalidade punitiva à indenização por danos morais (*Punitive Damages*) não se compatibiliza com o artigo 944 do Código Civil, consoante o qual o arbitramento do quantum indenizatório deve nortear-se pela extensão do dano. - Se, em razão de sua modicidade, o valor fixado a título de indenização se revela incongruente com a extensão do dano moral verificado, cumpre majorá-lo, para que cumpra satisfatoriamente sua finalidade compensatória, sem implicar, por outro lado, enriquecimento sem causa da vítima. (MINAS GERAIS, 2019).

Ocorre que, em relação aos danos advindos de erro médico, verifica-se que a tese de enriquecimento sem causa não merece prosperar, vez que, na maioria dos casos, os danos suportados pelos ofendidos não são passíveis de serem mensurados na medida exata, por ultrapassarem a esfera material e adentrarem na esfera moral do ofendido.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa: Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável (VENOSA, 2013, p. 46).

Nos termos do Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 tem-se a seguinte imposição:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Já nos moldes do caput do artigo 944 do Código Civil vigente tem-se a seguinte determinação: "A indenização mede-se pela extensão do dano." (BRASIL, 2002).

Em conformidade com os artigos supra transcritos, no tocante aos danos oriundos de erro médico, é inequívoco que estes (danos) extrapolam a esfera material (econômica) e atingem a esfera moral do ofendido, sendo que nesta esfera (moral) é impossível calcular economicamente com precisão o dano suportado pela vítima, razão pela qual, na prática, o agente ofensor não é punido exemplarmente, bem como tais danos acabam não sendo indenizados na proporção correta.

No mesmo sentido é o ensinamento de André Gustavo Corrêa de Andrade, que assevera:

A regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, por sua vez, é inaplicável ao dano moral, que não tem como ser economicamente mensurado. Embora se possa discutir, em bases mais ou menos abstratas e subjetivas, a proporcionalidade da indenização do dano moral, não há como indicar com exatidão a extensão econômica desse dano. Toda e qualquer discussão acerca do valor da indenização do dano moral sempre recairá do plano da subjetividade, a impedir equações matemáticas precisas. (ANDRADE, 2009, p. 263-264).

Em assim sendo, antes de se pensar em restituir o dano decorrente do erro médico, faz-se necessário a seguinte reflexão, qual seja: em relação ao erro médico que ultrapassa a esfera material e afeta diretamente a esfera moral do indivíduo, como é possível mensurar quanto vale a integridade física de um ser humano, bem como todo sofrimento físico e psíquico de uma vítima do erro médico?

Observa-se que não existe resposta concreta para tal questionamento, pois, a vida/incolumidade física são bens que não podem ser quantificados na exata proporção de seu valor.

Dessa forma, consta-se o afastamento da tese de enriquecimento sem causa em relação à aplicação do *Punitive Damagens* nas ações indenizatórias decorrentes de erro médico devido à impossibilidade de se mensurar na exata proporção quanto vale o bem ofendido a ser indenizado. Ademais, como bem explica André Gustavo Corrêa de Andrade:

Uma boa ideia não deve ser desprezada ou desmerecida em consequência do mau uso que alguns poucos fazem dela, mormente quando, como no caso da indenização punitiva, os benefícios que ela proporciona são significativos e superam largamente eventuais e episódicas distorções. (ANDRADE, 2009, p. 274).

Desse modo, apura-se que a aplicação do *Punitive Damages* nas ações indenizatórias decorrentes de erro médico seria um grande passo para tentar combater e desestimular esta prática que vêm assolando o bem jurídico mais precioso dos seres humanos, além de desafogar os tribunais com o número exacerbado de demandas que esperam por sua jurisdição.

## 6 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é importante para a convivência harmônica em sociedade em face do papel que desempenha, pois, na medida em que há a reparação dos danos causados ao ofendido, bem como a punição exemplar do agente ofensor, tal instituto atua como um instrumento capaz de promover a paz, evitando com que as pessoas optem pela autotutela para tentar satisfazer suas pretensões pessoais.

Contudo, em relação aos danos advindos de erro médico, verifica-se que a aplicação de tal instituto (responsabilidade civil) por si só não é capaz de restituir de modo adequado os danos sofridos pelas vítimas quando estes ultrapassam a esfera patrimonial do ofendido, e, muito menos, consegue ser eficaz em desestimular os erros médicos, pois, se assim fosse, o número de erros ocasionados pelo inadequado exercício da medicina iria diminuir e não aumentar com o passar dos anos.

Deste modo, conclui-se que há a necessidade de se conjugar o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro com outro mecanismo jurídico que seja capaz de restituir o dano sofrido pela vítima, punir o agente ofensor de forma exemplar e desestimular os potenciais ofensores, inclusive desestimulando o próprio ofensor, a não mais incidir em tal conduta danosa.

Sendo assim, apura-se que a aplicação do Instituto *Punitive Damages* nas ações indenizatórias decorrentes de erro médico se mostra um poderoso instrumento para tentar combater e desestimular o inadequado exercício da medicina, que, na prática, afronta o bem jurídico mais precioso que as pessoas possuem.

## REFERÊNCIAS

- ALVIN, Mariana. Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros. **BBC News Brasil**, São Paulo, 19 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acesso em: 10 maio 2021.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: os *Punitive Damages* na experiência da Common Law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM N° 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF: CFM, 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm). Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n° 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada). Acesso em: 10 maio 2021.
- DA REDAÇÃO. Erro médico mata mais que câncer no Brasil. **Revista Veja**, São Paulo, 26 out. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/erro-medico-mata-mais-que-cancer-no-brasil/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- GALILEU. Por hora 6 pessoas morrem por erros médicos nos hospitais brasileiros. **Revista Galileu**, São Paulo, 15 ago. 2018, Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/08/por-hora-6-pessoas-morrem-por-erros-medicos-nos-hospitais-brasileiros.html>. Acesso em: 10 maio 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LOPES, Elizabeth. Pesquisa da UFMG mostra que falhas no sistema hospitalar causam 3 mortes a cada 5 minutos no Brasil. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/11/22/interna\\_gerais,918666/falhas-hospitalares-causam-3-mortes-a-cada-5-minutos-diz-pesquisa.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/11/22/interna_gerais,918666/falhas-hospitalares-causam-3-mortes-a-cada-5-minutos-diz-pesquisa.shtml). Acesso em: 10 maio 2021.
- MENDES, Priscila. Processos por supostos erros médicos crescem 40% em apenas três anos em Minas. **Rádio Itatiaia**, Belo Horizonte, 5 mar. 2018. Disponível em: <http://www.itatiaia.com.br/noticia/processos-por-supostos-erros-medicos-crescem>. Acesso em: 10 maio 2021.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n° 1.0011.16.002178-5/001. Relator: Des. Vasconcelos Lins, 24 de abril de 2019. **Lex**: jurisprudência do TJMG. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=69&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=punitive%20damages&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 10 maio 2021.
- RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos *Punitive Damages* no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2009. p. 26. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf).
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 4.

# 10

CAPÍTULO

# A DESJUDICIALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA

JOHNATAN DA COSTA MACHADO<sup>1</sup>

CAMILA SOARES GONÇALVES<sup>2</sup>

JEAN CARLOS DIAS<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente trabalho abordará a desjudicialização da usucapião imobiliária na sua forma extrajudicial. Tal possibilidade surgiu com o advento do Código de Processo Civil de 2015, buscando reforçar a desjudicialização, partindo do princípio da celeridade, uma vez que as demandas judiciais aumentam fortemente sem que haja um aperfeiçoamento do sistema (Poder Judiciário). Desse modo, será estudada a importância da desjudicialização, partindo do viés da usucapião imobiliária, almejando celeridade e soluções mais eficazes para os conflitos, sem a necessidade de impor ao Judiciário tal. Além disso, serão abordados os procedimentos da usucapião extrajudicial com intuito de demonstrar que o instituto é seguro, célere e eficiente.

**Palavras-chave:** usucapião; usucapião extrajudicial; usucapião imobiliária extrajudicial; desjudicialização; segurança jurídica.

## ABSTRACT

*The present work will deal with the dejudicialization of the adverse possession of real estate in its extrajudicial form. This possibility arose with the advent of the Civil Procedure Code of 2015, seeking to reinforce legalization, based on the principle of speed, since judicial demands increase strongly without an improvement in the system*

- 1 Advogado, Sócio proprietário do escritório Johnatan Machado Advocacia e Consultoria, Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito, Graduado em Direito pela Universidade FUMEC, Membro Consultor da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/ES, Produtor de conteúdo digital para o Instablog @johnatanc.machado e para o blog/site <https://www.johnatanmachado.com/> - E-mail: [contato.jmadvogado@gmail.com](mailto:contato.jmadvogado@gmail.com); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3736357325338455>
- 2 Advogada. Sócia proprietária do escritório Camila Soares Advocacia. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC-Minas. Pós-graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Graduada em Direito pela Rede Doctum João Monlevade. Professora na Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, PUC-Minas, CEDIN - Centro de Estudos em Direito e Negócios, Instituto Elpídio Donizetti (Portal IED), Faculdade Minas Gerais (FAMIG), COTEMIG Colégio e Faculdade e Faculdade Alis Itabirito. Membro das Comissões da OAB de Produtora de conteúdo no instablog @camilasoaresg\_. Email: [camilasoaresg@gmail.com](mailto:camilasoaresg@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1247516173425206>.
- 3 Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa - Rio de Janeiro. Advogado, Sócio-Sênior de Bastos & Dias. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8a. Região. E-mail: [jean@bastosedias.com](mailto:jean@bastosedias.com). Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-8372-9758>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3343295176890460>.

### Como citar o presente artigo científico:

MACHADO, Johnatan da Costa; GONÇALVES, Camila Soares; DIAS, Jean Carlos Dias. A desjudicialização da usucapião imobiliária. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 162.

*(Judiciary). In this way, the importance of legalization will be studied, starting from the bias of real estate adverse, aiming for speed and more effective solutions to conflicts, without the need to impose such on the Judiciary. In addition, extrajudicial adverse possession procedures will be addressed in order to demonstrate that the institute is safe, fast and efficient.*

**Keywords:** *usucapion; extrajudicial adverse possession; extrajudicial adverse possession; de-judicialization; legal security.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu bojo, várias novidades e avanços para o mundo jurídico, dentre elas a possibilidade da Usucapião Imobiliária na forma extrajudicial. Tal possibilidade veio com o objetivo de dar mais agilidade ao processo, bem como contribuir com a desjudicialização do instituto, partindo do princípio da eficiência e da celeridade, sem deixar de lado a segurança jurídica, uma vez que tal procedimento será feito sem a interferência do Poder Judiciário, com atuação do Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis (CRI). Contudo, isso não retira a possibilidade de a parte optar pela via judicial.

O principal objetivo é, conferir eficácia ao princípio constitucional da celeridade e adequar o instrumento judicial aos anseios da sociedade por meio da rapidez na solução dos conflitos.

Com a morosidade da justiça brasileira a usucapião extrajudicial surge com intuito de reconhecer o direito de propriedade de forma mais célere e facilitada, na perspectiva da função social da posse.

Diante da garantia constitucional do acesso à justiça, partindo-se de um monopólio onde apenas o Poder Judiciário poderá, diante da provocação de um interessado, agir de forma imparcial para solucionar determinado conflito, percebe-se a grande responsabilidade e ônus que incide exclusivamente sobre o Poder Judiciário para solucionar conflitos e determinar tutelas existentes.

Partindo dessa premissa, o objetivo do presente estudo é discorrer sobre a desjudicialização das demandas, especialmente no que toca à Usucapião Imobiliária, tecendo um raciocínio jurídico em relação à possibilidade de tornar mais célere uma questão fora do poder judiciário, sem que isso afete os princípios constitucionais e processuais existentes.

É cristalino, principalmente para os operadores do Direito, que o Judiciário atualmente encontra-se abarrotado de processos e que a celeridade nem sempre se faz presente. O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços mais aquém da qualidade desejada.

O número de demandas judiciais tende a crescer cada vez mais, tendo em vista que os conflitos não diminuem, muito pelo contrário, aumentam em um ritmo acelerado. Portanto, considerando o crescimento dos conflitos e, conseqüentemente, do número de processos, a opção pela via extrajudicial desafoga o Judiciário e, ainda, possibilita a efetiva prestação jurisdicional mais rapidamente.

## 2 DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA

Usucapião é o direito do indivíduo adquirir a propriedade de um bem móvel ou imóvel pela posse, em decorrência da utilização do bem por determinado lapso de tempo, de forma contínua e sem contestação de terceiro.

O Código Civil (CC), conceitua o instituto como sendo aquisição originária da posse:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (BRASIL, 2002).

Sendo assim, a usucapião está ligada ao tempo de posse que o indivíduo possui em relação ao imóvel que pretende usucapir, desde que preencha os requisitos necessários. O ordenamento jurídico brasileiro prevê várias espécies de usucapião. Inicialmente, seriam apenas duas espécies - ordinária e extraordinária, sendo essas consideradas tradicionais. Entretanto, tem-se também as chamadas especiais - indígena, especial rural, especial urbana e familiar, consoante será abordado a seguir.

### 2.1 USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

Prevista no artigo 1.238 do Código Civil, a usucapião extraordinária, estabelece que a propriedade será adquirida pelo tempo de 15 (quinze) anos sem interrupção, independente do justo título e da boa-fé (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o lapso temporal é maior, porém, os requisitos são menores, haja vista que não necessita comprovar o justo título e a boa-fé, diferente da usucapião ordinária, como se demonstrará.

O fato de a lei não exigir o justo título não significa que ele não exista. Assim, havendo qualquer documento que comprove a origem da posse, é salutar que o mesmo seja colacionado ao procedimento de usucapião, servindo como prova de data do início da posse.

### 2.2 USUCAPIÃO ORDINÁRIA

A usucapião ordinária está prevista no artigo 1.242 do CC, preceituando que aquele que exercer a posse de um imóvel de forma contínua, incontestada, com justo título e boa-fé, pelo prazo de 10 (dez) anos, preenche os requisitos para ter declarada a usucapião, obtendo a propriedade do bem (BRASIL, 2002).

Importante ressaltar que a posse poderá ser somada com a de outra pessoa no caso de morte, dando-se por sucessão *causa mortis*, consoante possibilidade do artigo 1.243 do CC.

Logo, percebe-se que o tempo para aquisição da propriedade pela usucapião ordinária é maior, conforme requisito que exige o prazo de 10 (dez) anos, sendo plenamente razoável a possibilidade de serem somadas as posses dos antecessores.

## 2.3 USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA

Também denominada por alguns autores como usucapião constitucional urbana, a usucapião especial urbana prevê como requisitos o exercício da posse de forma ininterrupta pelo lapso temporal de 05 (cinco) anos, e que o possuidor não seja proprietário de qualquer imóvel, conforme art. 183 da Constituição da República (CR/88). Logo, o prazo é mais curto, mas as exigências são maiores (BRASIL, 1988).

## 2.4 USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL

A usucapião especial rural também é denominada como usucapião constitucional rural ou usucapião *pro labore*. Dispõe a CR/88, o seguinte:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, o Código Civil, em seu artigo 1.239:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (BRASIL, 2002).

Sendo assim, percebe-se que são requisitos para usucapião especial rural: o exercício da posse por 5 (cinco) anos contínuos em imóvel rural de até cinquenta hectares, e que o possuidor não seja proprietário de qualquer outro imóvel, além de tornar produtivo pelo seu trabalho ou estabelecendo moradia, daí a expressão “*pro labore*”.

## 2.5 USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião familiar consiste na aquisição de metade do imóvel pelo cônjuge que foi abandonado e ainda reside no imóvel. Trata-se da ideia de dar maior segurança e ênfase ao direito de moradia para aquele que, de alguma forma, tinha seu sustento (no todo ou em parte) pelo seu cônjuge/companheiro, mas fora abandonado.

Portanto, estabelece o Código Civil:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2002).

Tal modalidade tem um prazo mais curto que as demais, sendo de 02 (dois) anos, considerando o objetivo de evitar que o cônjuge que fora abandonado e ainda reside no imóvel perca o seu direito de propriedade em relação ao imóvel.

Assim ele vai adquirir a parte do imóvel que era do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, obtendo a propriedade completa do imóvel em questão.

## 2.6 USUCAPIÃO COLETIVA

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001, prevê a usucapião coletiva com cunho social dos núcleos urbanos informais cuja área de cada possuidor seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados, após a divisão da área total pelo número de possuidores (BRASIL, 2001).

Os imóveis devem ser ocupados pelo prazo de 05 (cinco) anos com o objetivo de moradia, conforme art. 10 da referida lei. Um requisito legal para a configuração é que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel, seja urbano ou rural.

## 2.7 USUCAPIÃO INDÍGENA

O índio que ocupar terra particular por 10 (dez) anos, não superior a 50 hectares, poderá ter reconhecida a usucapião indígena, conforme a Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio), que dispõe em seu artigo 3º: "O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena" (BRASIL, 1973a).

As áreas determinadas como sendo de domínio da União não são passíveis de usucapião. Portanto, o parágrafo único do artigo 33 da lei 6.001/73, ressalva que a usucapião indígena não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata a lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

## 2.8 USUCAPIÃO QUILOMBOLA

O artigo 68 do Ato as Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição de 1988, estabelece que: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos" (BRASIL, 1988).

Assim sendo, os remanescentes dos quilombolas cujas terras foram transferidas por gerações anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 são agraciados com a qualidade de titulares, já que o registro será realizado em titularidade da associação da comunidade.

Portanto, essa modalidade prevê uma segurança da posse pelos remanescentes das comunidades quilombolas.

## 2.9 REQUISITOS GERAIS E ESPECÍFICOS

Em todas as espécies de usucapião é preciso que estejam presentes ao menos dois requisitos, quais sejam, o tempo e a posse contínua. Entretanto, cada espécie tem o seu lapso temporal próprio para o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião.

A posse precisa ser exercida com *animus domini*, deve ser mansa, pacífica e ininterrupta, dentro do lapso temporal exigido por lei, conforme a modalidade requerida.

Entre esses requisitos gerais não se inclui a sentença de usucapião por se entender que tem natureza declaratória, no sentido de que apenas confirma a aquisição da propriedade ocorrida no plano do direito material. Não existe, assim, constituição de domínio por sentença, o que implica que o momento da aquisição é anterior sempre ao da sentença (PENTEADO, 2008, p. 266).

A posse como requisito para usucapião é a posse qualificada, portanto, devendo ser contínua, incontestada, mansa e pacífica, além de o possuidor ter a intenção de ter a coisa como sua.

## 3 DO FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Incontestável que o Poder Judiciário encontra-se tão abarrotado de processos que as partes que buscam a solução para os seus conflitos na esfera judicial, tem tido seu direito à duração razoável do processo violado, considerando a impossibilidade – até mesmo humana, de um magistrado julgar dezenas e dezenas de processos ao mesmo tempo, com máxima eficiência e exatidão.

Logo, a busca por outras alternativas de solução de conflitos que não estejam dentro do Poder Judiciário tornou-se cada vez mais necessária, vez que o tempo de duração seria consideravelmente menor. Nessa perspectiva, a desjudicialização passa a ser de extrema relevância, fazendo com que o demandante tenha seu problema avaliado em um prazo razoável, respeitando o princípio da celeridade, da eficiência e da razoável duração do processo.

Pecebe-se, portanto, que a desjudicialização trouxe uma faculdade para o demandante. Atualmente, tanto os notários como os registradores têm competência para receber algumas demandas, desafogando o Poder Judiciário e possibilitando que as partes tenham a oportunidade de ter uma decisão em consonância com os princípios constitucionais e processuais.

### 3.1 ATRIBUIÇÕES OUTORGADAS AOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

O artigo 236 da Constituição da República dispõe que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público” (BRASIL, 1988). Já o artigo 3º da Lei 8.935/94, que regulamentou o referido dispositivo constitucional define: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro” (BRASIL, 1994).

Delegar consiste em atribuir atividade própria da administração à um ente privado ou público. Assim sendo, conclui-se que as atividades notarial e de registro são públicas por excelência, sendo exercidas, contudo, em caráter privado por particulares investidos na função pública por delegação. As serventias são criadas por lei e exercem atividades notariais e de registro delegadas aos aprovados em concurso público de provas e títulos.

Trata-se de uma atividade administrativa típica prevista em lei. Porém, atividade exercida em caráter privado de funções públicas, ou melhor, por profissional liberal em colaboração com o Estado, voltada para a administração pública de interesses públicos e privados. É preciso não confundir a função notarial e registral com a administração pública interna, a estrutura e funcionamento dos órgãos do Estado, os cargos públicos e os regimes próprios do seu pessoal. A gestão dos serviços extrajudiciais é exercida de forma independente, em caráter privado por um jurista que, no exercício de sua função, lhe é reservada fé pública (FERREIRINHA, 2016. p. 25).

O art. 6º da Lei 8.935/94 dispõe sobre a competência dos notários (formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir em atos e negócios jurídicos a que elas devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, para o que podem autorizar a redação ou redigir os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas e, por fim, autenticar fatos). Também sobre a competência atribuída, com exclusividade, aos tabeliães, como especificadas no art. 7º (lavar escrituras e procurações públicas, testamentos públicos e aprovar os cerrados, lavar atas – assim mesmo no feminino – notariais, reconhecer firmas e autenticar cópias) (BRASIL, 1994).

Vale observar que notários e registradores são órgãos imparciais, não exercendo funções segundo interesses pessoais, mas sim segundo o interesse público. Não estão vinculados às partes, não devem obediência a elas nem se submetem a instruções outras que não sejam aquelas dispostas pelos órgãos de fiscalização e regulação de suas atividades.

Portanto, entende-se que para desafogar o Poder Judiciário e, mais importante que isso, ter uma efetivação mais célere em relação aos direitos das pessoas, há a previsão dos serviços notariais e de registro.

### 3.2 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Inicialmente, importante diferenciar a figura do conciliador e do mediador. O conciliador atua, preferencialmente, em casos em que não existe vínculo anterior entre os envolvidos, podendo agir mais incisivamente, propondo soluções às partes, vedando-se qualquer constrangimento ou intimidação delas. Em contrapartida, o mediador atua nos casos em que há vínculo anterior entre os envolvidos, devendo ter uma postura mais pacata, auxiliando os interessados

à compreenderem os motivos do conflito, para que eles mesmos restabeleçam a comunicação e identifiquem, por si mesmos, as soluções consensuais (REDONDO, 2016, p. 2020).

Em busca de soluções mais céleres e ampliação do acesso à justiça, bem como a diminuição das demandas existentes ou até aquelas que vinham a ser ajuizadas podendo ser resolvidas de forma mais rápida, sem demandar um processo longo e doloroso, foram criados os métodos alternativos de conflitos.

Atualmente, o próprio Código de Processo Civil, prevê a importância da tentativa de composição do conflito, que deverá ser estimulada pelos Juízes, Procuradores e Ministério Público. Durante o processo judicial o Juiz deverá, obrigatoriamente, designar audiência de conciliação ou mediação, a fim de tentar resolver o impasse, evitando muitas vezes um processo que duraria longos anos, conforme art. 334 do CPC.

No tocante às tentativas de conciliação nas serventias extrajudiciais, a conciliação ocorrerá quando houver impugnação ao pedido de reconhecimento da usucapião imobiliária. Tal tentativa busca viabilizar um acordo, vez que, caso não seja possível acordar uma conciliação entre às partes, a via administrativa estará esgotada, sendo remetidos os autos ao Poder Judiciário início do procedimento judicial.

## 4 DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

O procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião está previsto no art. 216-A da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), que diz o seguinte:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado. (BRASIL, 1973b).

Tal alteração não se trata de uma nova modalidade de usucapião, mas sim de uma possibilidade (procedimento) de reconhecimento da aquisição da propriedade pela via extrajudicial, por umas das modalidades de usucapião já existentes no nosso ordenamento jurídico.

Outra situação interessante para aqueles que buscam o reconhecimento da usucapião de forma mais célere é requerer a suspensão do processo já existente na via judicial pelo prazo de 30 dias, ou até mesmo a sua desistência, a fim de inaugurar o procedimento pela via extrajudicial, conforme dispõe o art. 2º, §2º do Provimento 65 do CNJ (BRASIL, 2017).

Inicialmente o interessado ingressa com o requerimento expresso no cartório de registro de imóveis em que o bem está situado, sendo este competente para analisar o requerimento.

Neste momento o interessado precisa apresentar não apenas o seu requerimento, mas também a ata notarial, anteriormente realizada no cartório de notas, atestando a posse e demais documentos pertinentes.

Entretanto, o atendente do CRI poderá rejeitar os documentos sob alegação de estarem incompletos ou, agindo com cortesia, realizar o protocolo e posteriormente emitir uma nota de pendência exigindo os demais documentos necessários.

O requerimento do interessado será prenotado, ou seja, haverá uma anotação prévia e provisória do protocolo, realizada pelo oficial que terá o prazo de validade 30 (trinta) dia.

Contudo, tal prazo não se insere nos procedimentos extrajudiciais de usucapião. Isso não significa que a pendência ficará eternamente aguardando que os interessados prossigam eternamente. Até porque a sua paralização acima do prazo, de forma injustificada, acarretaria a própria rejeição do pedido por inércia da parte.

Ademais, o Provimento 65/2017 do CNJ, em seu artigo 9º, §2º, dispõe que “A desídia do requerente poderá acarretar o arquivamento do pedido com base no art. 205 da LRP, bem como o cancelamento da prenotação”.

Importante que o requerimento contenha todas as informações necessárias e seja feita em nome do usucapiente e ser assinado pelo seu advogado, ou seja, seguindo os mesmos requisitos de uma petição inicial e utilizando de forma subsidiária o artigo 319 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

É necessário que o usucapiente esteja representado por um advogado devidamente inscrito da Ordem dos Advogados do Brasil ou pela Defensoria Pública, conforme art. 216-A da LRP.

O processo da usucapião extrajudicial é de natureza administrativa, e não jurisdicional. Todavia, a revisão jurisdicional será sempre possível a qualquer tempo, podendo a questão ser levada ao poder judiciário, que poderá reformar a decisão administrativa.

## 4.1 ATA NOTARIAL

Entende-se por ata notarial o instrumento público por meio do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação ou fato, transladando-o para seus livros de notas ou para outro documento (BRANDELLI, 2004, p. 44).

A ata notarial busca, portanto, narrar os fatos de forma objetiva e imparcial, conforme as percepções do notário. Pode ser utilizada, ainda, para atestar qualquer coisa que não seja objeto de escritura pública.

O legislador considerou como obrigatória a apresentação da ata notarial juntamente com o requerimento inicial, conforme artigo 216-A da Lei 6.015/73.

Sendo assim, a exigência formal da ata notarial faz com que a sua ausência implique em pendência documental que deverá ser sanada pelo usucapiente ou seu representante, sob pena de ter o seu requerimento rejeitado, sem análise do mérito, sendo preciso requerer novamente.

O CPC trouxe, em seu artigo 384, a possibilidade de utilização da ata notarial como meio de prova, sendo essa uma das inovações trazidas pela respectiva lei.

A ata notarial é o instrumento utilizado pelo Tabelião de Notas para constar, com a fé pública que a lei lhe outorga, fatos, casos, pessoas ou situações por ele presenciados, com seus sentidos. O tabelião apreende um fato ou uma situação e a transforma em documento escrito.

Dentre seus possíveis objetos estão: i) coletar declaração testemunhal para fins de prova em processo administrativo ou judicial; ii) consignar o comparecimento, na serventia, de pessoa interessada em algo que não se tenha realizado por motivo alheio à sua vontade; iii) fazer constar a ocorrência de fatos que o tabelião de notas ou seu escrevente, diligenciando em recinto interno ou externo da serventia, respeitados os limites da circunscrição, ou em meio eletrônico, tiver percebido ou esteja percebendo com seus próprios sentidos; iv) averiguar a notoriedade de um fato; ou ainda v) atestar o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, para fins de reconhecimento de usucapião, como consta no art. 234, do Provimento nº 260 da Corregedoria Geral de Justiça de 2013.

Importante ressaltar que no momento da lavratura o tabelião deverá se informar sobre os elementos da posse do imóvel, como o tempo de posse, a espécie de usucapião pretendida. Para isso, o tabelião deve analisar a situação da posse, realizando diligências a fim de averiguar a situação do imóvel e, com os seus sentidos, captar e lavrar a ata notarial, não apenas pelo que o usucapiente diz, mas sobretudo em relação ao que viu ao diligenciar.

Com a ata notarial e outros documentos pertinentes o tabelião chegará a uma conclusão, atestando a posse e a aquisição da propriedade pela usucapião imobiliária extrajudicial:

Para alcançar o seu propósito de atestar o tempo de posse conforme o caso e as circunstâncias, a ata deve conter declarações do requerente e, dependendo do caso, de terceiros. Mas não pode, a meu ver, ser baseada exclusivamente em declarações. Elas devem compor um enredo probatório que envolva também o exame de documentos que comprovem a posse e permitam concluir a respeito da presença dos elementos objetivos e subjetivos da usucapião. Por exemplo: o requerente pode apresentar contas de serviços públicos em seu nome, notas fiscais e correspondências indicando o endereço do imóvel, recibos de imposto predial pagos ao longo dos anos, enfim, uma infinidade de documentos que permitirão ao tabelião um juízo de delibação da posse. Pode também apresentar algum contrato particular de compra e venda impróprio ao registro, recibos, notas promissórias quitadas etc., que permitam elucidar a respeito da boa-fé, quando a espécie de usucapião assim o exigir. Todo esse contexto probatório e declaratório é que permitirá ao tabelião formar o seu convencimento e atestar o tempo de posse. (NOBRE, 2018, p. 67).

Assim, a ata notarial tem relevante importância como meio de prova de fatos jurídicos, sendo obrigatória para o requerimento da usucapião imobiliária extrajudicial.

## 4.2 PLANTA E MEMORIAL DESCRITIVO

O procedimento da usucapião extrajudicial deve conter também a planta o memorial descritivo do imóvel usucapiendo, conforme determinação do artigo 216-A, inciso II da Lei 6.015/73 (LRP) (BRASIL, 1973b).

Ambos os documentos deverão ser elaborados e assinados por profissionais habilitados, sendo que a habilitação é aferida pelo respectivo Conselho de Fiscalização profissional, ou seja, o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) e o Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU).

O artigo 4º, §6º do provimento 65/2017 do CNJ exige que a firma do profissional técnico seja reconhecida, ou que ele assine o documento na presença do tabelião, a fim que esse certifique tal fato no próprio documento (BRASIL, 2017).

Tanto na planta como no memorial descritivo, deverá ser descrito o imóvel objeto da usucapião, além dos seus confrontantes, permitindo uma maior compreensão acerca das divisões do imóvel e com quais outros faz divisa, podendo limitar de forma cristalina as suas confrontações.

Ademais, de forma a individualizar totalmente o imóvel dos demais, a planta e o memorial devem ser baseados no princípio da especialidade, pelo qual identificará totalmente as suas características, confrontações, área, denominação e código. Lembrando que se o imóvel for rural, deverá constar o CCIR (certificado de cadastro de imóvel rural) e, caso seja urbano, deverá conter logradouro, número e designação cadastral.

### 4.3 CERTIDÕES NEGATIVAS DOS DISTRIBUIDORES

As certidões negativas da comarca da situação do imóvel e de domicílio do requerente, devem ser apresentadas por previsão do inciso III, do artigo 216-A da Lei 6.015/73 (LRP) (BRASIL, 1973b).

O Poder Judiciário é dividido em vários órgãos e comarcas, existindo os Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, TSE, TSM), a Justiça Federal (com 5 TRF), a Justiça do Trabalho (com 24 TRT), a Justiça Eleitoral (com 27 TER), as Justiças Militares Estaduais, além da Justiça Estadual (organizada em cada Estado e no DF), sendo toda a primeira instância subdividida em Comarcas.

Em Minas Gerais, por exemplo, inexistente uma pesquisa que possibilite saber a existência de ações contra determinada pessoa em todo Estado. Em muitas comarcas, são necessárias pesquisas distintas para saber se alguém possui ações na Justiça Comum e no Juizado Especial. Além disso, mesmo dentro da mesma comarca, para realizar consulta na interne, deve-se optar entre “processos físicos” e “processos eletrônicos”.

O provimento nº 65/2017 do CNJ, limitou as certidões, que devem ser do local da situação do imóvel e expedidas pela Justiça Federal e Justiça Estadual, abrangendo os feitos cíveis e criminais.

A razão do legislador exigir a apresentação das certidões negativas de feitos ajuizados é demonstrar que a posse é mansa, pacífica e ininterrupta, exatamente os requisitos legais da usucapião.

O fato de o provimento do CNJ apenas se referir aos distribuidores do local do imóvel, busca fazer sentido pela ótica do CPC, que preceitua que tanto as ações fundadas em direito real imobiliário quanto as possessórias devem tramitar no foro de situação da coisa.

De toda forma, importante ressaltar que as certidões têm prazo de validade de 30 (trinta) dias da data da prenotação do Registro de Imóveis. E caso ocorra a rejeição pela inércia do requerente, esse deverá, caso queira ingressar com nova autuação, apresentar novas certidões negativas dos distribuidores no momento da prenotação.

## 4.4 JUSTO TÍTULO E OUTROS DOCUMENTOS DA POSSE

O inciso IV do artigo 216-A da LRP exige que o usucapiente comprove por meio do justo título ou de outros documentos hábeis a demonstrar a sua posse contínua. Entretanto, tal comprovação deve ser feita quando o requerimento for feito com base na usucapião ordinária.

O justo título é aquele capaz de atestar que o usucapiente manteve a sua posse de forma mansa, pacífica e ininterrupta pelo lapso temporal necessário. Para tanto, poderão ser utilizados como documentos comprobatórios o contrato de compra e venda, a escritura pública de compra e venda, atestando a natureza da posse, bem como o seu tempo.

Não obstante, quando o requerente não possuir tais documentos para comprovar a sua posse, poderá utilizar-se de outros documentos, tais como o comprovante de pagamento do IPTU, ITR, conta de luz do imóvel e afins, demonstrando que ali permaneceu durante todo o tempo mencionado.

Lembrando que a posse do adquirente fundada no justo título presume-se de boa-fé, ou seja, admite-se prova em sentido contrário, mas o ônus será da parte que alegar, a quem caberá demonstrar que o possuidor tinha ciência de não ser justa a posse (GONÇALVES, 2016, p. 175).

A Lei 13.465/2017 (Conversão da Medida Provisória nº 759, de 2016) introduziu o §15 no artigo 216-A da LRP, consignando que na ausência ou insuficiência de documentos, a posse e os demais dados necessários poderão ser comprovados em procedimento de justificação administrativa (BRASIL, 2017).

## 4.5 INTIMAÇÃO DOS ENTES PÚBLICOS

A fim de evitar eventuais prejuízos à Administração Pública, o registrador deve dar ciência à União, Estado, Distrito Federal e ao Município, que pode ser realizada pessoalmente ou por meio dos correios com aviso de recebimento (AR) e oficial de registro de títulos e documentos (RTD).

O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio de oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias sobre o pedido.

A intimação dos entes públicos é medida obrigatória, sob pena de nulidade do procedimento extrajudicial. O Oficial de Registro poderá escolher a melhor forma de proceder com as intimações uma vez que, tendo ciência que o envio via correios pode restar infrutífero, seja pelo fato de o AR não retornar ou, até mesmo, retornar sem assinatura.

Caso haja algum outro documento que se mostre relevante, como o justo título, por exemplo, também pode ser encaminhado para nos entes públicos, facilitando a análise de que não se trata de bem público ou terra devolutiva (COUTO, 2019, p. 262).

A União será intimada pela Secretaria do Patrimônio da União no estado em que o imóvel se encontra localizado, conforme prevê a Portaria Conjunta 1/2017 da Consultoria-Geral da União e do Secretário do Patrimônio da União.

Em relação à intimação do estado da federação, esta deverá ser direcionada aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal que representam as respectivas unidades federadas, conforme artigo 132 da CR/88 e artigo 75, II do CPC.

No que se refere ao Município, a intimação será direcionada ao Prefeito ou Procurador do Município, conforme artigo 75, III do CPC.

Concernente ao prazo de manifestação, este será de 15 (quinze) dias, não se aplicando a regra de contagem de prazo em dobro para os entes públicos, uma vez que a lei fixou prazo específico os entes públicos.

Além disso o prazo é contado em dias corridos, uma vez que o parágrafo único do artigo 219 do CPC especifica que a contagem de prazo em dias úteis aplica-se apenas para os prazos processuais.

#### 4.6 PUBLICAÇÃO DO EDITAL

A publicação do edital será realizada em jornal de grande circulação. É necessária tal publicação para dar ciência a terceiros interessados, partindo do princípio da publicidade, para querendo, se manifestem no prazo de 15 (quinze) dias, conforme prevê o §4º do artigo 216-A da LRP e Provimento 65/2017 do CNJ, em seu art. 16 (BRASIL, 2017).

O provimento 65/2017 do CNJ invocou, ao determinar que o edital deve ser publicado na forma do artigo 257, III, do CPC. Sendo assim, o Oficial poderá estabelecer um prazo para o edital que poderá variar de 20 (vinte) a 60 (sessenta) dias, contados a partir da primeira publicação (BRASIL, 2015).

Após a publicação do edital e havendo impugnação de eventuais terceiros interessados, o Oficial tentará conciliar e sanar o conflito.

#### 4.7 IMPUGNAÇÃO

A usucapião extrajudicial é possível desde que não haja impugnação fundamentada intervendo o procedimento. Mas caso haja impugnação ao procedimento, o Oficial tentará conciliar o problema entre as partes. Sucedendo a conciliação, o procedimento continua pela via extrajudicial. Caso contrário, será feita remessa ao Poder Judiciário, conforme o §10 do artigo 216-A da Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973b).

Ressalta-se que a impugnação deve ser fundamentada e inédita, ou seja, não deve ter sido examinada e refutada em casos iguais ou semelhantes, nem mesmo ser apresentada de forma genérica como mera invasão de propriedade. Assim, o impugnante, deverá indicar todos os fatos possíveis em sua impugnação, indicando os prejuízos que poderão ser causados à sua propriedade, de forma clara e plausível, a fim de que essa seja examinada pelo Oficial.

Obstando a via extrajudicial pela impugnação e não ocorrendo a conciliação, a parte deverá emendar a inicial, a fim de que o procedimento seja enviado para via judicial e ocorra pelo procedimento comum.

## 4.8 REGISTRO

Reconhecendo-se a propriedade, depois de transcorridos os prazos fixados e realizadas as diligências necessárias, achando-se em ordem a documentação, com a concordância expressa dos titulares de direitos sobre o imóvel usucapiendo e sobre os imóveis confinantes, o Oficial estará autorizado a registrar a aquisição imobiliária por força da usucapião extrajudicial. O Oficial realizará o registro do imóvel usucapido utilizando o mesmo número na prenotação instituído no início do procedimento.

Manter a mesma numeração se faz necessário para proteger a prioridade do pedido de reconhecimento de usucapião. Pode ter havido, durante o transcurso regular do procedimento, o apontamento de títulos contraditórios ao do usucapiente e que, em razão de terem sido protocolados posteriormente, estão com sua qualificação suspensa. Os efeitos da prenotação serão prorrogados até o acolhimento do pedido, ao passo que o registro será feito no caso de estar em ordem a documentação.

Para que seja realizada a abertura da matrícula e efetivado o Registro, o Oficial registrador poderá exigir documentos que não foram juntados ao decorrer do procedimento, sendo que o usucapiente deverá sanar tais pendências.

O provimento 65/2017 do CNJ dispõe que a regra geral no momento do registro seja a de abertura de nova matrícula para o imóvel, nela consignando a área e descrição perimetral elaborada pelo responsável técnico.

Além disso, o Provimento determina que quando da abertura da nova matrícula, no campo de registro anterior deverão ser indicadas as matrículas (caso existam) que deram origem à gleba, de forma que se possa resgatar, caso necessário, a continuidade objetiva do imóvel. Ademais, instrui que no campo "proprietário", conste a expressão "adquirido por usucapião".

Entretanto, não será necessário em todas as hipóteses de reconhecimento de propriedade por usucapião extrajudicial a abertura de uma nova matrícula. Isso porque, em alguns casos, o imóvel usucapido poderá se encontrar em perfeito estado na matrícula já existente, de modo que o memorial descritivo e a planta, apenas repetirão os limites perimetrais já consignados na matrícula existente. Sendo assim, nesses casos a matrícula será mantida, lançando na própria, o ato de registro de aquisição da usucapião

O mais correto seria que todos os registros se mantivessem na mesma matrícula, caso a descrição perimetral do imóvel esteja de acordo com os documentos apresentados (memorial descritivo e planta), a fim de dar mais clareza e segurança para o usucapiente e terceiros (princípio da publicidade dos atos).

Ao se manter a cadeia de atos na mesma matrícula, qualquer interessado terá acesso a todo histórico envolvendo o imóvel (com aquela descrição específica), mediante a extração de apenas uma certidão de inteiro teor.

Nesse sentido o reconhecimento de usucapião extrajudicial forma título administrativo, portanto, sem força de coisa julgada. Sendo assim, tal reconhecimento é passível de procedimento de dúvida por terceiro interessado e supostamente lesado pela prática.

O registrador não pratica atos judiciais, não é garantido das garantias próprias da magistratura, nem de seus deveres específicos. Sua decisão tem natureza de ato administrativo, sendo desprovida das características constitucionalmente asseguradas à coisa julgada.

#### 4.9 CUSTAS E EMOLUMENTOS

Constitui requisito indispensável à prenotação do pedido o depósito das custas e dos emolumentos devidos ao registro, segundo o artigo 28 da Lei n. 8.935/94 (BRASIL, 1994).

Portanto, tratando-se de uma atividade exercida em caráter privado, deve a lei federal fixar normas para fixação de emolumentos. Carece frisar que os emolumentos são uma forma de remuneração dos Notários e Registradores, sendo de competência estadual a fixação de legislação sobre o assunto. Independente do resultado, deverá o usucapiente arcar com os emolumentos, tendo em vista que todo o serviço foi prestado a seu favor.

Em se tratando da possibilidade de concessão de justiça gratuita no procedimento extrajudicial, seria inviável por ser um trâmite que ocorre fora do Poder Judiciário, inexistindo, portanto, o caráter judicial.

No contexto da justiça gratuita em procedimentos extrajudiciais, entende Luiz Guilherme Loureiro, que “é inconstitucional a lei federal que concede isenção de emolumentos, por violar o princípio federativo: apenas a pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo pode conceder isenção ou diferimento” (LOUREIRO, 2017, p. 101). Lembrando que os emolumentos cobrados pelas serventias imobiliárias compõem o conceito de taxas.

### 5 ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 13.465/2017

Importante trazer à baila uma das inovações trazidas pela Lei 13.465/2017, pela Medida Provisória nº 759 de 2016, no qual dispõe que haverá presunção de concordância daquele que notificado para manifestar acerca do procedimento da usucapião extrajudicial, permanecer inerte.

Lembrando que anteriormente o silêncio não era interpretado como ato de concordância, uma vez que a inércia do notificado acarretava na discordância, tornando a via administrativa inviável tanto para o requerente como para o advogado, tendo em vista que ambos já teriam ciência que o fato ocorreria e tornaria o procedimento infrutífero.

Logo, a alteração trouxe uma realidade diferente para o sistema administrativo, tornando mais viável o requerimento na via extrajudicial.

## 6 CONCLUSÃO

Partindo da perspectiva de um processo de desjudicialização da usucapião imobiliária, dentro de um viés de morosidade do Poder Judiciário, percebe-se que os procedimentos extrajudiciais colaboram com uma grande força para composição de conflitos na sociedade.

Vivemos em uma sociedade plural onde conceitos e culturas são diversificadas, com formas de pensar variadas que estão sendo colocadas em prática a todo momento. Partindo desse pressuposto, torna-se inevitável as desavenças e a procura pelo Poder Judiciário para intervir em processos particulares, a fim de dar um entendimento sobre os interesses de particulares, a fim de determinar condutas, conforme os entendimentos positivistas, morais e éticos que baseiam a sociedade.

É nesse cenário que os métodos adequados de conflito foram tomando espaço, como por exemplo as audiências de conciliação e mediação que podem resolver um impasse em qualquer fase do processo. Mais que isso, tais métodos saíram da esfera judicial e alcançaram a esfera extrajudicial, cooperando para o processo de desjudicialização e inovação das resoluções dos conflitos existentes.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças significativas, principalmente no que se refere à usucapião, possibilitando a declaração pela via extrajudicial, visando um procedimento mais célere e eficaz.

A desjudicialização não se trata apenas da usucapião imobiliária na via administrativa. O ordenamento jurídico brasileiro traz outras possibilidades sob o viés da via extrajudicial, tais como a realização de inventários e divórcios nos Tabelionatos de Notas.

Vale acrescentar que o presente trabalho objetivou trazer um esclarecimento sobre a desjudicialização da usucapião imobiliária, destacando os seus procedimentos na via administrativa com o intuito de fortalecer as expectativas da sociedade em ter a sua tutela alcançada dentro de um prazo razoável.

Desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 vários empecilhos foram vivenciados, seja pela parte que queria buscar a via administrativa para obtenção do procedimento da usucapião extrajudicial, seja pelos Notários Registradores que ficavam receosos em aceitar certos procedimentos por ser algo inovador e desconhecido. Até mesmo os advogados eram resistentes por crerem ser uma medida irresoluta e arriscada para eles e para os seus clientes.

Assim sendo, espera-se um significativo crescimento da usucapião extrajudicial e uma diminuição de distribuições de pedidos na via judicial.

Pelo descrito no presente trabalho, pode-se concluir que as formas extrajudiciais de resolução de conflitos são mais céleres, diminuem a sobrecarga de processos no Poder Judiciário, além de assegurar o resultado útil e efetivo da tutela pretendida.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 65 de 14 de dezembro de 2017. Estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. **Diário do Judiciário eletrônico**, Brasília, 14 dez. 2017. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_65\\_14122017\\_19032018152531.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf). Acesso em: 15 abr. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Senado, 1973a. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1973b. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Senado, 1994. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2001. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária (...). Brasília, DF: Senado, 2017. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRANDELLI, Leonardo (coord.). **Ata Notarial**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2004.
- COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião extrajudicial**. 2. ed. Editora Juspodvm, 2019.
- FERREIRINHA, Fernando Neto. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. Coimbra: Almedina, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 5. ed. Saraiva, 2016.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 8. ed. Juspodvm, 2017.
- NOBRE, Francisco José Barbosa. **Manual da usucapião extrajudicial**. Autores Paranaenses, 2018.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- REDONDO, Bruno Garcia. Conciliação e mediação. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2016, p. 219-226.

# 11

CAPÍTULO

# CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO E VEDAÇÃO À LOCAÇÃO POR MEIO DO AIRBNB

CAMILA DRUMMOND LISA<sup>1</sup>  
BRUNO PAIVA BERNARDES<sup>2</sup>  
ROGÉRIO BORBA DA SILVA<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo tem como tema as novas possibilidades de exercício do direito de propriedade, em especial, no que se refere à locação de imóveis por aplicativos. Assim, o trabalho indaga, como problema de pesquisa, acerca da possibilidade de inserção, na convenção de condomínio, de cláusula de proibição de locação por temporada, por meio de aplicativos ou *sites*, como o *Airbnb*. A pesquisa é de caráter dogmático, inserida, em especial, no âmbito do Direito Civil. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir do raciocínio dedutivo, adotado no escrito de modo predominante.

**Palavras-chave:** locação; condomínio; *airbnb*; direito de propriedade.

## ABSTRACT

---

*This paper has as its theme the new possibilities of exercising the property right, in particular, about the rental of real estate through applications. Thus, as a research problem, the work asks about the possibility of insertion, in the condominium convention, of a vacation rental ban clause, through applications or websites, such as Airbnb. The research is dogmatic, inserted, especially within the scope of Civil Law. Bibliographic research was used, developed from deductive reasoning, adopted in writing predominantly.*

**Keywords:** rental; condominium; *airbnb*; property right.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC.

2 Doutorado em Teoria do Direito e da Justiça pela PUC Minas. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7434470214268190>. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0340-0328>. E-mail: [contato@professorbrunobernades.com.br](mailto:contato@professorbrunobernades.com.br).

3 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Veiga de Almeida-RJ desde abril de 2019. Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro. É Coordenador do projeto de pesquisa "Licenciamento Ambiental Municipal: Implementação e Aperfeiçoamento pós LC 140\2011". Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalistas, da Fundação Internacional de Sustentabilidade Ambiental e Territorial e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado e Parecerista. E-mail: [rogerioborba@gmail.com](mailto:rogerioborba@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8611177542263906>.

---

### Como citar o presente artigo científico:

LISA, Camila Drummond; BERNARDES, Bruno Paiva; SILVA, Rogério Borba da. Convenção de condomínio e vedação à locação por meio do Airbnb. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 180.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema as novas possibilidades de exercício do direito de propriedade, em especial, no que se refere à locação de imóveis por aplicativos. Assim, o trabalho indaga, como problema de pesquisa, acerca da possibilidade de inserção, na convenção de condomínio, de cláusula de proibição de locação por temporada, por meio de aplicativos ou *sites*, como o *Airbnb*. O tema-problema é excepcionalmente atual, visto que se trata de prática relativamente nova. Com isso, o Poder Judiciário vem sendo acionado para solucionar os conflitos de interesses entre proprietários e condomínios, a exemplo do Recurso Especial 1819075/RS (BRASIL, 2021b).

Discorre-se acerca da propriedade e do condomínio, enfatizando o condomínio edilício. Quanto ao último, será abordado o surgimento e regulamentação, no Brasil, além de sua caracterização, da propriedade do condomínio e dos direitos dos condôminos inerentes a ela.

Destaca-se convenção do condomínio, própria dos condomínios edilícios, definindo seu significado e importância, além do *quórum* exigido para sua formação. Na terceira parte, será abordado o *Airbnb*, objeto de estudo do presente artigo, inclusive suas determinações conceituais, funcionamento e vantagens de utilização. Na sequência, o artigo trata da possibilidade ou não da proibição, na convenção do condomínio, quanto à locação por meio do *Airbnb*.

A pesquisa é de caráter dogmático, inserida, em especial, no âmbito do Direito Civil. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir do raciocínio dedutivo, adotado no escrito de modo predominante.

## 2 DA PROPRIEDADE

A legislação brasileira, no artigo 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2020a), não determina o significado de propriedade. Todavia, estabelece os poderes inerentes a ela: usar, gozar e fruir.

Por outro lado, do ponto de vista doutrinário, como afirma Flávio Tartuce:

a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional. (TARTUCE, 2017).

Contudo, o direito de propriedade é limitado, porque este também possui a finalidade de afastar o individualismo, coibir o seu uso abusivo e garantir que esse direito seja utilizado para o bem comum, preservando a função econômico-social da propriedade, atrelada não só à produtividade do bem, mas também à justiça social e ao interesse coletivo.

A propriedade representa um comando constitucional que não é absoluto, visto que, em havendo possibilidade de causar prejuízo a terceiros, que levaria a uma desordem do bem-estar social, ao proprietário não será permitido utilizar o bem da maneira que lhe for mais conveniente.

## 3 DO CONDOMÍNIO

O termo condomínio é expressão oriunda do direito de propriedade, intimamente ligada à comunhão de direitos. Ele se estrutura quando há a propriedade de coisa, móvel ou imóvel, pertencente a duas ou mais pessoas, em concomitância. Entretanto, ressalte-se, não é somente em relação ao direito real de propriedade que se dá comunhão no âmbito dos direitos das coisas. Essa pode ser existente também nos direitos reais de usufruto, no uso e na habitação, por exemplo.

Elemento fundamental do condomínio é que o objeto do direito seja um bem, móvel ou imóvel. Caso contrário, a comunhão formada será de outra natureza, conforme explicitado acima. A despeito das regras gerais da comunhão de direitos, o condomínio ganha regras jurídicas específicas. O Código Civil, nos artigos 1.314 e seguintes, divide o condomínio em condomínio em geral, condomínio necessário e condomínio edilício. No último, vários sujeitos deterão a propriedade de algo ao mesmo tempo (BRASIL, 2020a).

Do ponto de vista formal, o condomínio é um mero conjunto estático de bens, sem autonomia, sem dotação de objetivos, sendo uma maneira de a propriedade se estruturar. Trata-se de aperfeiçoamento no modo de aproveitar da propriedade, que é compartilhada, tendo a possibilidade fática de alcançar a função social; não deixa de ser um aproveitamento equilibrado dos bens, com mais sujeitos fruindo do mesmo em regime dominial. Por argumento, veja-se, por exemplo, o caso dos condomínios edilícios, que prestam relevantíssimo uso racional da estrutura urbana (FERNANDES, 2017).

Quando a propriedade é compartilhada por dois ou mais proprietários (copropriedade), atinge-se sua função social, pois a ela é dada uma finalidade que garante interesses sociais relevantes, tais como o uso de terrenos e edificações para fins comerciais ou de moradia, por exemplo.

### 3.1 DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Entende-se por condomínio edilício tanto construções verticais, quanto construções horizontais, também conhecidas por condomínios residenciais.

No Código Civil, o condomínio edilício está definido em seus artigos 1.331 a 1.358, apresentando como característica própria o fato de nele o proprietário exercer propriedade exclusiva (no que diz respeito a sua fração ideal do solo e das áreas comuns e sua unidade privativa) e propriedade comum aos outros condôminos, como por exemplo na área de lazer, piscina, elevadores e outros (BRASIL, 2020a).

O tema condomínio em edificações foi tratado pela primeira vez no Brasil apenas no Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928 (BRASIL, 1928). Portanto, em casos de conflito, antes de tal normatização, sua resolução se dava pelos usos e costumes da época.

Posteriormente, o Decreto nº 5.481/2018 foi modificado pelo Decreto-Lei nº 5.234, de 8 de fevereiro de 1943 (BRASIL, 1943). Na sequência, a Lei nº 285, de 5 de junho de 1948 (BRASIL, 1948), também alterou o Decreto nº 5.481 (BRASIL, 1928) – em especial, em seu artigo 1º – e revogou o Decreto-Lei nº 5.234, de 1943 (BRASIL, 1943). Entretanto, apenas em 16 de dezembro de 1964 é que, pela primeira vez, foi editada uma lei própria para tratar desse assunto específico: a Lei nº 4.591 (BRASIL, 2018), que revogou o Decreto nº 5.481 (BRASIL, 1928).

Essa lei foi a primeira que disciplinou, com profundidade, a vida em condomínio, discorrendo sobre os condôminos, assembleias gerais, síndico e até sobre a sua constituição e extinção. Posteriormente, ela foi alterada pela Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965 (BRASIL, 1965), antes de ser quase totalmente revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2020a), o Código Civil vigente.

Em 2 de agosto de 2004, houve algumas alterações por meio da Lei nº 10.931, que dispôs sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, alterando o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entre outras providências (BRASIL, 2020b).

Por fim, em 4 de abril de 2012, a Lei nº 12.607, alterou o § 1º do artigo 1.331 do Código Civil (BRASIL, 2012).

Compreende-se, portanto, que o legislador se viu empenhado em realizar uma reestruturação do conceito de propriedade, a fim de abranger uma nova reparação jurídico-real perdurável, com o desenvolvimento das demandas sociais no que diz respeito ao condomínio edilício.

O condomínio edilício nada mais é que um condomínio em que há duas ou mais partes que têm propriedade sob a coisa comum, ou seja, pertencente a todos os condôminos; além disso, há a propriedade exclusiva no que se refere às unidades autônomas.

Dâmaris Borges Fernandes explica que:

[...] cada um os apartamentos, das salas, dos andares ou conjuntos são propriedade exclusiva de um determinado sujeito; este, entretanto, sofre limitação no exercício de seu direito em face às obrigações especiais que defluem do fato de localizar-se sua propriedade num edifício onde há outras unidades autônomas. É dizer, por ser proprietário de sua unidade autônoma, é condômino necessário de determinadas partes do imóvel que estão forçosamente em constituição *pro indiviso*. (FERNANDES, 2017, p. 211).

Entende-se por *pro indiviso* quando os possuidores exercem simultaneamente os poderes de fato sobre a coisa. É o mesmo que dizer que os possuidores têm o direito de explorar e utilizar o bem comum.

A parte privativa de cada condômino é localizada pela destinação de seu bem. As partes ditas comuns constituem-se no terreno, e tudo que seja afetado para uso de todos os outros proprietários; essa área não é passível de utilização exclusiva por qualquer condômino. Exemplifica-se citando o telhado, a fachada, os corredores, os elevadores, a portaria, entre outros.

Com cerne na Lei nº 4.591/64 (BRASIL, 2018) e atualmente no Código Civil (BRASIL, 2020a), nos artigos 1.331 a 1.358, tal condomínio tem natureza obrigatória, sendo consideradas indivisíveis as áreas comuns. A utilização das áreas comuns, bem como a disciplina quanto às despesas, é regida, no que for silente a lei, por um instrumento coletivo denominado de convenção do condomínio (FRAGA, 2003 apud MELLO, 2012).

No que tange às relações internas do condomínio, cada condômino terá seu direito delimitado à sua cota-parte; em outros termos, sobre a fração ideal que ele possui sobre a coisa propriamente dita. Destarte, traça-se os limites dos direitos e obrigações recíprocas de cada

condômino. É como ponderar que se atinge a função social, à medida que beneficia a coletividade dos coproprietários. Como firmado por Dâmaris Borges Fernandes,

a cada condômino será atribuída uma parcela, uma fração ou uma quota ideal da parte que lhe couber sobre o objeto comum, podendo, todos, usufruir, dispor e reivindicar ao que for compatível com a indivisão, mas aos coproprietários são atribuídas exclusividades jurídicas a fim de excluir qualquer sujeito que seja estranho ao instituto. Objetivamente, o condomínio é sinônimo de indivisão, copropriedade ou comunhão; é coisa sobre a qual os sujeitos de direito têm direitos concorrentes e subjetivamente. É de aspecto comum, sendo cada sujeito possuidor de um direito com simultâneo a várias outras pessoas possuidoras do mesmo direito. (FERNANDES, 2017).

Dito isso, no que se refere às propriedades em condomínios, o todo integra a propriedade indivisível e exclusiva; ambos se compõem simultaneamente. É como dizer que um escritório, mesmo sendo de propriedade exclusiva de determinada pessoa, não deixa de compor a fração ideal à propriedade dos demais condôminos, haja vista o dever de propriedade inerente da fração ideal, com relação ao imóvel como um todo, incluindo suas áreas comuns.

### 3.2 DOS DIREITOS DOS CONDÔMINOS QUANTO À PROPRIEDADE

Como já mencionado, discorre o art. 1.314 do Código Civil, que “cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.” (BRASIL, 2020a).

A cada um dos condôminos é permitida a livre utilização do bem ou coisa de acordo com a destinação a que foi proposta, não podendo alterar o modo como tradicionalmente é usada. Os demais condôminos também são proprietários e, sendo a coisa de uso comum, cada coproprietário possui sua parte ideal do bem, o que lhe garante exercer determinados direitos sobre a parte que lhe cabe. Pelo fato de a coisa ser de uso comum dos coproprietários, é que se faz primordial e necessária a autorização dos demais condôminos para que elejam a destinação que melhor aprouver (FERNANDES, 2017).

Assim, ressalta-se que desde que não se altere a destinação da coisa comum, ou contraponha o que é especificado no art. 1.314 do Código Civil (BRASIL, 2020a), no que se refere a dar posse, uso ou gozo à terceiros estranhos, sem consentimento dos demais coproprietários, é permitido a cada condômino exercer sobre a coisa, todos os poderes inerentes à propriedade, na medida que os demais também possam fazê-lo.

## 4 DA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO

Pela formalidade do condomínio edilício, este será regido por uma convenção. Fato é que, para este tipo de condomínio, a lei exige uma convenção que estabeleça direitos e deveres entre os condôminos, dentre outras questões pertinentes.

O artigo. 1.332 do Código Civil vigente:

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam. (BRASIL, 2020).

Reforçando o sentido do texto legal, cite-se a Apelação Cível nº 62060003035/ES:

O artigo 1.332 do Código Civil Pátrio prescreve a necessidade de, na instituição do condomínio edilício em cartório, constar a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas umas das outras, e das partes comuns. Mesmo depois de registrada a incorporação no Cartório de Registro de Imóveis competente, ainda assim não se pode falar em unidades autônomas, que surge com o registro da instituição e especificação do condomínio. Até então existem, tão somente, frações ideais do terreno, vinculadas a construção das unidades e passível de negócio jurídico à teor do art. 32, 2º, da Lei 4.591 / 64. (ESPÍRITO SANTO, 2008).

No que tange ao *quórum* para a elaboração da convenção de condomínio, preceitua o art. 1.333 que:

Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. (BRASIL, 2020a).

Caso não atinja o *quórum* necessário, segundo doutrina, defende Marco Aurélio Viana que: “Se a convenção de condomínio é obrigatória, basta que, em processo contencioso, as partes apresentem suas razões para que em função do mínimo de cláusulas exigido pelo diploma civil (art.1.334), o juiz decida.” (VIANA, 2004 apud MELLO, 2012, p. 30).

Finalmente, infere-se que a convenção de condomínio nada mais é do que um documento em que devem constar pormenorizadamente todas as regras internas que dizem respeito à conduta dos condôminos, com intuito de estabelecer a harmonia social. Vale ressaltar que não se pode reunir qualquer aspecto que confronte com a lei, uma vez que ela é hierarquicamente inferior e deve submeter-se às regras do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2020a) e, naturalmente, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2021).

## 5 ORIGEM, FUNCIONAMENTO E VANTAGENS DO AIRBNB

No ano de 2008, em São Francisco, Califórnia, nos Estados Unidos, foi fundado o *Airbnb*: um site de aluguel de imóveis que permite alugar o todo ou parte de uma casa, apartamento, sítio, entre outros, por temporada. Sua sigla significa "*Air Bed and Breakfast*", que em sua tradução livre para o português significa: "cama inflável e café da manhã".

Seu surgimento se deu quando dois designers, que possuíam espaço extra em seu imóvel, resolveram hospedar três viajantes que buscavam lugar para ficar. Na hospedagem, ofereceram a eles colchão inflável para dormir e preparar o café da manhã, daí o nome *Airbnb*.

Em síntese, o *Airbnb* é um aplicativo que revolucionou o mercado de hospedagens residenciais, reunindo proprietários e interessados de uma maneira bastante prática e eficaz.

Conforme Panzera (2012),

[...] depois de se cadastrar e fazer a pesquisa onde se insere a cidade, data da viagem e número de hóspedes, você poderá entrar em contato com o anfitrião, que aluga o imóvel, e tirar todas as dúvidas. É possível filtrar as acomodações por tipo, valor, área ou serviços.

O site está disponível em diferentes línguas, assim como os valores dos quartos e mostra a opinião de hóspedes anteriores, como forma de orientar os novos visitantes. As opções são para todos os gostos mesmo – você encontra aluguel de camas, sofás, colchões, quartos compartilhados, quartos privados, apartamentos, estúdios, coberturas, mansões, casas de campo, chalés, etc. Os preços aumentam conforme o conforto, destino e localização desejados [...] varia ao gosto do freguês. (PANZERA, 2012).

Para garantia e segurança, o pagamento é feito na própria plataforma, o que traz maior segurança ao negócio. Nas palavras de Priscila Brisighello:

[...] por ter que criar uma conta para alugar o imóvel ou efetuar a reserva, o *Airbnb* atua como uma rede social, distanciando-se, assim, das agências convencionais. No site, você troca informações, faz avaliações de suas hospedagens (e do seu anfitrião) e consegue até fazer uma pré-reserva sem sequer entrar em contato com o anfitrião.

Há dois pontos importantes que ajudaram a alavancar o sucesso do *Airbnb*: layout clean e descrição convidativa dos imóveis. O primeiro ponto permite que a navegação no site seja intuitiva, facilitando a vida dos internautas, já que não há grandes complicações.

Quanto ao segundo, todas as informações de que você precisa aparecem na página do imóvel, além das fotos serem bastante bonitas – nos maiores mercados, o site oferece fotografos profissionais para fotografar o espaço. (BRISIGHELLO, 2017).

Cabe ressaltar a mais atrativa das vantagens: o preço inferior, se comparado ao dos hotéis. Pelo fato de não ter serviço de quarto, café da manhã, entre outras regalias fornecidas pelos hotéis, o preço acaba sendo bem mais baixo. Outra grande vantagem é a autonomia que se tem, com relação a hospedagem. Por estar em uma residência, o cliente fica mais à vontade, pode cozinhar – o que também é uma vantagem econômica, pois o custo para cozinhar em casa é mais baixo, tem a facilidade de levar menos bagagem, visto que o imóvel apresenta estrutura completa para limpeza e lavanderia.

## 6 DA VEDAÇÃO À LOCAÇÃO POR APLICATIVOS: LIMITES AO DIREITO DE PROPRIEDADE?

O direito de propriedade, enquanto comando constitucional, não é absoluto, haja vista que o proprietário possui limitações para exercer o seu direito. Este não deve jamais prejudicar terceiros, provocando uma possível desordem social. É como dizer que o direito de um só começa onde termina o direito de outro.

No condomínio, duas ou mais pessoas exercem o direito de propriedade sobre um mesmo bem, seja ele bem móvel ou imóvel. Em outras palavras, é uma propriedade compartilhada, em que cada proprietário tem direito exclusivo sobre uma ou mais frações determinadas, inclusive à estrutura comum.

Nesse contexto, há o condomínio edilício que, para o tema-problema abordado, é o mais relevante a se abordar. Em tal modalidade de condomínio, existem as construções verticais e as construções horizontais.

Como característica particular, é exigência legal que os condomínios edilícios tenham uma convenção interna, que vai regular a conduta dos condôminos, no intuito de estabelecer a harmonia social. A convenção do condomínio deve estar de acordo com a vontade da maioria dos condôminos, porém, jamais deve confrontar leis municipais, estaduais ou federais superiores. Nessa diretriz, nenhum princípio ou direito fundamental pode ser atingido pela convenção.

A convenção do condomínio é a condutora do bom convívio social. Um condômino não pode ultrapassar os limites dos seus direitos, principalmente se estes prejudicarem terceiros.

Com a evolução da sociedade e da tecnologia, novas formas de locação imobiliária surgiram e, com elas, demandas jurídicas. Uma plataforma mundialmente conhecida e denominada *Airbnb*, vem se tornando, desde 2012, cada vez mais popular no Brasil e, com seu advento, um novo questionamento: pode a convenção de condomínio proibir o aluguel por meio do *Airbnb*?

Aplicativos mundialmente utilizados, como o *Airbnb*, trazem consigo uma série de questões inéditas para os operadores do Direito. A extrema popularidade e o impacto em setores tradicionais da economia resultam em diversas questões práticas que precisam ser solucionadas pelo jurista.

Num primeiro momento, parece evidente que a permissão de emprego do *Airbnb* num condomínio irá aumentar o valor das propriedades ali existentes. Afinal, surge uma fonte de renda legítima oriunda daquele imóvel. Com o aplicativo, surge a possibilidade de uma locação

curta, ou relacionada a eventos. Ora, existindo essa nova fonte de receitas, parece natural que aumente o valor da propriedade.

Assim, como é interesse de qualquer condômino que sua propriedade seja valorizada, ou adequadamente explorada, o aplicativo em questão parece totalmente compatível com a instituição condomínio.

Pode-se dizer, inclusive, que permitir a inscrição no *site* seria permitir que se efetive a função social da propriedade, de espectro constitucional.

Por outro lado, é também compreensível que exista, por parte de muitos condôminos, a preocupação com a tranquilidade e segurança das áreas comuns. Afinal, passa a existir uma constante rotatividade de pessoas com a chegada dos hóspedes que usam o *Airbnb*.

Para o condômino que não pretende usar o aplicativo, o seu uso por parte dos demais proprietários pode ser um transtorno. Por isso, há uma razoável dúvida sobre a compatibilidade dos institutos.

Ora, no que diz respeito às preocupações com segurança, o Código Civil prevê, em seu artigo 1.337 (BRASIL, 2020a), a possibilidade de que o condomínio aplique multas aos condôminos sempre que estes descumprirem deveres previstos na convenção ou regulamento interno. Além disso, qualquer pessoa, seja ela proprietária ou locatária, pode causar danos a terceiros; por isso a solução jurídica é a responsabilização do causador do dano ou do proprietário da unidade, e não a proibição de plataformas que aproximam locadores e locatários.

Entende-se que a atividade do condômino que disponibiliza seu imóvel pelo *Airbnb* está amparada pela Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), em seu artigo 48, que prevê a figura da “locação para temporada”, que consiste em disponibilizar temporariamente para locação o imóvel, por prazo não superior a 90 dias, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, entre outros (BRASIL, 2012).

A Lei nº 11.771/2008, em seu artigo 21, considera prestador de serviços turísticos as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo, cabendo ressaltar dentre as atividades arroladas no artigo infra, os “meios de hospedagem”, definida em seu inciso I (BRASIL, 2008).

Contudo, em seu parágrafo 1º, afirma que os meios de hospedagem abrangem não apenas hotéis tradicionais, mas também empreendimentos que utilizam condomínios residenciais para “prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equipadas, bem como outros serviços oferecidos a hóspedes” (BRASIL, 2008).

Ainda, o referido diploma legal, em seu artigo 24 define os meios de hospedagem que devem preencher requisitos definidos em seus incisos seguintes, para obter cadastramento, tais como: “condomínio hoteleiro, flat, flat-hotel, hotel-residence, loft, apart-hotel, apart-service condominial, condohotel e similares”, sendo exigido ainda licença edilícia de construção ou certificado de conclusão de construção, além de vários outros documentos, como uma convenção de condomínio que preveja a prestação de serviços hoteleiros aos usuários, num sistema associativo chamado de “pool de locação” (Incisos I e II) (BRASIL, 2008).

Os defensores dessa corrente afirmam que o *Airbnb* somente poderia ser permitido em condomínios residenciais que possuem licença de funcionamento e previsão na convenção de condomínio da prestação de serviços hoteleiros. Essa corrente não se sustenta. Impossível dizer que a locação de tais condomínios o transforma em “apart-hotel” ou em qualquer outra modalidade elencada pelo inciso I do artigo 24 (BRASIL, 2008).

Só se diz da existência de tais empreendimentos quando todo o condomínio oferece serviços como recepção, limpeza, arrumação, café da manhã, entre outros. O simples compartilhamento de uma ou mais unidades com a prática do *Airbnb*, não é capaz de transformar a destinação do imóvel como um todo.

Ora, se a possibilidade de locar seu imóvel faz parte do próprio direito de propriedade, não se pode simplesmente retirar parte de direito fundamental em razão de uma simples incompreensão de uma nova situação. O artigo 1.335, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2020a), por sua vez, prevê como direito dos condôminos “usar, fruir e livremente dispor das suas unidades”

## 7 DA DECISÃO DA QUARTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA QUESTÃO

No dia 20 de abril de 2021, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), julgamento do Recurso Especial 1819075/RS (BRASIL, 2021b) estabeleceu que os proprietários não poderão alugar seus imóveis por meio de plataformas digitais como o *Airbnb*, caso a convenção de condomínio não autorize a utilização das unidades nessa modalidade de aluguel.

Pelo fato de as locações via *Airbnb* não se enquadrarem no conceito de hospedagem, mas sim de locação residencial por curta temporada, não há que se falar em limitação, muito menos proibição das atividades locatícias pelo condomínio residencial. Não existe atividade comercial, pois não há desvio da finalidade do empreendimento, nem desvalorização patrimonial das unidades. Trata-se de atividade lícita. Ademais, neste sentido deve-se ressaltar que não há prejuízos ao sossego, segurança, salubridade ou bons costumes dos possuidores. Não é possível igualar tais atividades às realizadas por estabelecimentos providos de estrutura para uma adequada prestação dos serviços próprios da hospedagem.

No que tange à rotatividade, uma questão que se manifesta é a segurança, além da perturbação à rotina do espaço residencial. Convém ponderar que a locação realizada por intermédio desse tipo de plataforma é mais segura tanto para o locador quanto para a coletividade, visto que se faz necessário o registro de toda a transação financeira, dos dados pessoais do locatário e de todos que permanecerão no imóvel, até mesmo com histórico de utilização do sistema. Outrossim, cada condomínio estabelece sua forma de resguardar a segurança, como utilização de câmeras, porteiro, sistema de cadastro na portaria, entre outros.

Vedar a locação temporária é, portanto, violar o direito de propriedade, de magnitude constitucional, previsto no inciso XXII do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 2021a).

No que toca aos direitos dos demais integrantes do condomínio, a análise da norma condominial restritiva deve ter em vista a razoabilidade e a legitimidade da medida ante a propriedade.

## 8 CONCLUSÃO

O presente trabalho busca relacionar o caso específico de um aplicativo – o *Airbnb* – e sua possível compatibilização com institutos bem mais tradicionais, como o condomínio.

Diante da situação-problema discorrida no presente artigo, restou claro que, apesar da convenção de condomínio ser uma regra que rege a relação entre os moradores e resultado da vontade da maioria, essa limitação não pode, nem deve ser considerada verdade absoluta.

Em outras palavras, deve-se prevalecer o direito de maior peso relativo, desde que não haja nenhum prejuízo à terceiros. A locação por meio do *Airbnb* não se enquadra em uso anormal da propriedade, conforme prevê o artigo 1.277, do Código Civil (BRASIL, 2020a), principalmente no que se refere à segurança. Não há que se falar em aumento do risco que os moradores já usualmente correm por não conseguirem estabelecer um vínculo mais profundo com os demais vizinhos, pois também há rotatividade de pessoas que podem apenas visitar e transitar no condomínio, com autorização dos condôminos. Seria o mesmo que proibir a visita de terceiros aos proprietários e locatários, por exemplo.

Sendo assim, mesmo que previsto na convenção do condomínio a proibição da locação por aplicativo, há afronta de Direito Constitucional legítimo, visto que, ao condomínio, resta a obrigação de estabelecer o princípio do contraditório. Ao síndico, como administrador e gestor do condomínio, este responsável civil e criminal pelos atos administrativos, cabe estabelecer diálogo com o morador.

Não há que se falar em confronto de estatutos internos quando estes ferem diretamente o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2020a) ou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2021), que são hierarquicamente superiores e possuem maior grau de importância.

Assim, a convenção de condomínio não poderá proibir o aluguel por plataformas como o *Airbnb*. Na realidade, esta tecnologia relativamente recente, pode até ser mais segura, visto que é obrigatório ao provedor guardar os registros de acessos dos usuários por um determinado período, conforme prevê o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) (BRASIL, 2018). Pelo fato de ser aceito também o pagamento via cartão de crédito, torna-se mais difícil a ocultação de pessoas que possam causar danos a terceiros. A faculdade de alugar o imóvel é elemento intrínseco ao direito de propriedade. Ela deve ser sim regulada pela convenção do condomínio, porém jamais proibida em absoluto pelas normas condominiais.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 5.481 de 25 de junho de 1928**. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DPL/DPL5481-1928.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL5481-1928.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.234 de 8 de fevereiro de 1943**. Modifica o art. 1º do decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del5234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5234.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10931.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008**. Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei nº 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei nº 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.607, de 4 de abril de 2012**. Altera o § 1º do art. 1.331 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, no que tange ao critério de fixação da fração ideal e às disposições sobre alienação e locação de abrigos para veículos em condomínios edilícios. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12607.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12607.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 285, de 5 de junho de 1948**. Modifica a redação do artigo 1º do Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, e revoga o Decreto-lei número 5.234, de 8 de fevereiro de 1943. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1930-1949/L285.htm#:~:text=LEI%20No%20285%2C%20DE,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L285.htm#:~:text=LEI%20No%20285%2C%20DE,Art.) Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965**. Cria Medidas de estímulo à Indústria de Construção Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4864.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4864.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1819075/RS**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 20 de abril de 2021b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=125379061&formato=PDF&formato=undefined>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRISIGHELLO, Priscila. O que significa a sigla airbnb. *In*: FREESIDER. **Vida de Freesider**. [s. l.: s. n.], 2017. Disponível em: <https://freesider.com.br/viajar/o-que-significa-a-sigla-airbnb/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (2. Câmara Cível). **Apelação cível nº 62060003035 ES**. Apelação cível. Questão preliminar - Ausência de fundamentação - Inocorrência - Mérito - Escritura de condomínio - art. 1.332 DOCC/021. O que se exige para a garantia da ampla defesa é que o magistrado, em sua decisão, exponha as razões do seu convencimento, conforme recuo princípio do livre convencimento motivado, não querendo, com isso, acarretar sempre a satisfação da vontade das partes. 2). O art. 1.332 do Código civil pátrio prescreve a necessidade de, na instituição do condomínio edilício em cartório, constar a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns. 3). Mesmo depois de registrada a incorporação no Cartório de Registro de Imóveis competente, ainda assim não se pode falar em unidades autônomas, que surge com o registro da instituição e especificação do condomínio. Até então existem, tão somente, frações ideais do terreno, vinculadas à construção das unidades e passível de negócio jurídico à teor do art. 32, 2º, da Lei 4.591/64. Rel. Des. Elpídio José Duque, 11 de março de 2008. Disponível em: [http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/Ementa\\_sem\\_formatacao\\_ACORD.cfm?CDRECURS=216050](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/Ementa_sem_formatacao_ACORD.cfm?CDRECURS=216050). Acesso em: 24 abr. 2021.

FERNANDES, Dâmaris Borges. Condomínio geral e edifício. *In*: WEBARTIGOS, [s. l.], 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/condominio-geral-e-edificio/23984/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Condomínio**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.

PANZERA, Camille. Airbnb: como funciona o site de aluguel de quartos e apartamentos. *In*: MELHORES destinos, [s. l.], 4 out. 2012. Disponível em: <https://www.melhoresdestinos.com.br/airbnb-aluguel-quartos-casas-apartamentos.html>. Acesso em: 24 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Coisas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4. *E-book*.

# 12

CAPÍTULO

# DOS LIMITES DO CONSENTIMENTO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMADA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

DARDIANE PEREIRA DA SILVA<sup>1</sup>

GLÁUCIA MILAGRE MENEZES<sup>2</sup>

WILSON ENGELMANN<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar os limites do consentimento frente a autodeterminação informacional prevista da Lei Geral de Proteção de Dados e o Código de Defesa do Consumidor. A abordagem é situada no contexto em que a sociedade pós-moderna se encontra, perpassando pelos avanços tecnológicos e a necessidade de um dispositivo que regulamente, em detalhe, esse novo cenário que visa mitigar a violação dos dados pessoais dos usuários. Será feita uma análise sob à luz do Código de Defesa do Consumidor, através da contextualização do tema em enfoque, principalmente, considerando a Lei Federal de nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

**Palavras-chave:** direito do consumidor; consentimento; proteção de dados; LGPD; autodeterminação.

## ABSTRACT

*The present work aims to analyze the limits of consent in view of the informational self-determination provided for in the General Data Protection Law and the Consumer Protection Code. The approach is situated in the context in which the post-modern society finds itself, going through technological advances and the need for a device that regulates, in detail, this new scenario that aims to mitigate the violation of users' personal data. An analysis will be made in the light of the Consumer Protection Code, through the contextualization of the theme in focus, mainly considering the Federal Law nº. 13.709, of august 14, 2018.*

**Keywords:** consumer law; consent; data protection; LPGD; self-determination.

1 Graduanda do Curso de Direito da Universidade Fumec. E-mail: dardianesilva@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6778538439214829>

2 Mestra em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC. Servidora pública do Estado de Minas Gerais. E-mail: glauciamilagre74@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7367759718310512>

3 Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha, sob a supervisão do Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez; graduação em Direito, mestrado em Direito Público e doutorado em Direito Público, todos esses níveis de formação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7143561813892945>.

### Como citar o presente artigo científico:

SILVA, Dardiane Pereira da; MENEZES, Gláucia Milagre; ENGELMANN, Wilson. Dos limites do consentimento à autodeterminação informada e o Código de Defesa do Consumidor. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 194.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a análise dos limites do consentimento à autodeterminação informada. Na abordagem serão considerados os avanços tecnológicos, a violação dos dados pessoais dos usuários e a necessidade de se delimitar o uso dessa ferramenta à luz do código de defesa do consumidor, contextualizado com a Lei Federal de nº 13.709/2018.

Neste sentido, a escolha do tema pontuou-se pela sua relevância, visto que na era do Big Data, que, resumidamente, seria a prática moderna de coletar e analisar dados, por meio de um conjunto de tecnologias com o pressuposto de obter vantagem comercial, encontra-se em latente debate, devido à falta de clareza no manuseio dos dados pessoais dos consumidores.

É sabido que esses dados são extremamente rentáveis, no entanto, isso somente acontece quando são tratados e cruzados com outros bancos de dados, ou seja, não basta apenas que seja informado o nome do usuário, mas sim também outras informações. Desta forma, várias organizações, de diversos setores, encontraram no Big Data uma forma imensurável de ser auferir lucro.

Uma vez que se tem em questionamento a violação de direito fundamental, tendo em vista a necessidade de proteção ao nome e dados pessoais, a Lei Federal de nº 13.709/2018 é vista como um novo marco teórico no cenário brasileiro, impactando não somente nas grandes empresas, mas também em pequenas e médias, privadas ou públicas, as quais deverão ser enquadrar à nova Lei Geral de Proteção de Dados e sancionadas, no caso de descumprimento legal (BRASIL, 2018).

Por fim, o presente trabalho, pretende realizar uma correta abordagem da Lei Federal de nº 13.709/2018 (BRASIL, 2018), tecendo um breve histórico acerca da proteção de dados no Brasil, frente ao consentimento informacional, relacionando-o com o Direito do Consumidor.

## 2 DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ERA DA INFORMAÇÃO

As mudanças causadas pela Revolução Industrial foram apenas a ponta do iceberg, considerando a transformação que a sociedade sofreria. O desenvolvimento científico, e principalmente o tecnológico, trouxeram avanços até então inimagináveis.

Não menos importante, a Internet, ferramenta principal dessa revolução, chegou como uma nova forma de comunicação, revolucionando ainda mais as relações de consumo no âmbito familiar e de trabalho. Em uma sociedade onde a informação é produzida de forma instantânea, a criação de dados, em tempo real, acabou por gerar um problema para os legisladores, fazendo-se necessário a criação de dispositivo legal que regulasse essas novas relações, mas, principalmente a proteção dos dados pessoais.

O acesso a um grande volume de informações, elemento fundamental da globalização, gerou conseqüentemente uma gama gigantesca de dados disponibilizados na rede, ensejando certa preocupação daqueles que os detém em como lidar com a privacidade e a segurança, tendo em vista a crescente demanda por uso de smartphones, computadores e adesão à aplicativos.

Nesse viés, Bruno Ricardo Bion, um dos precursores no assunto, ressalta que o avanço da inteligência gerada pela ciência mercadológica, enfatizando quanto à segmentação dos bens de consumo (marketing) e a sua promoção (publicidade), de dados pessoais dos cidadãos convertidos em fator determinante na engrenagem da economia da informação (BIONI, 2019, p. 12).

Com todas essas mudanças, o fato de uma sociedade movida pela informação e, principalmente, por dados, exigiu a necessidade da intervenção do direito, como força fundamental na coleta e tratamento dos mesmos. Partindo desta necessidade, surgiu uma regulamentação que trouxe princípios, deveres e obrigações relacionados ao seu uso, como um dos ativos mais valiosos da pós-modernidade.

No entanto, vale ressaltar que mesmo antes da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, esse direito já era tutelado em legislações esparsas, porém, tais normas não regulavam detalhadamente situações como a nova lei supriu.

Portanto, não se pode negar que é de suma importância que se criassem uma legislação para tutelar o direito dos consumidores em face da utilização de dados pessoais pelos fornecedores, uma vez que neste acesso tem-se a preocupação quanto ao manuseio do livre tratamento de dados sensíveis ou de cunho extremamente particular, o que enseja a não utilização de forma indiscriminada pelos detentores.

## 2.1 MARCO CIVIL DA INTERNET

A Lei Federal de nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida por Marco Civil da Internet, inovou ao trazer uma normativa bem específica referente aos direitos e garantias do cidadão nas relações tratadas na internet. Traz em seu art. 1º, os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina também as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Possui também, como um dos seus pilares, a liberdade de expressão (BRASIL, 2014).

Sendo esse um dos primeiros passos para regulamento das atividades realizadas especificamente no território virtual, esse dispositivo passou a tratar de temas como crimes cibernéticos, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, neutralidade de rede, sigilo de comunicação, dentre outros temas. A Lei do Marco Civil da Internet (MCI) surgiu como uma resposta legislativa face a necessidade de um dispositivo para regulamentar o uso indiscriminado de dados na internet.

Após o escândalo envolvendo o então analista Edward Snowden da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos, as declarações e as descobertas desse caso, afetam diretamente a MCI, causando assim, mudanças importantes no texto, enrijecendo, contudo, a proteção dos dados e a privacidade (BIONI, 2019, p. 125).

Consta destacar, ao estudar o tema, que o legislador do Marco Civil da Internet enfatizou as relações de consumo na internet, principalmente no que diz respeito à proteção dos dados e a privacidade desses consumidores.

## 2.2 LEI DO CADASTRO POSITIVO

A Lei Federal de nº12.414, de 09 de junho de 2011 (BRASIL, 2011), conhecida por Lei do Cadastro Positivo, veio disciplinar a formação de bancos de dados sob uma ótica dos conjuntos de informações relativas às operações financeiras e de adimplemento para fins de concessões de crédito.

O Cadastro Positivo do Serasa passou a ser automático, a partir de abril de 2019, após a entrada em vigor da Lei Complementar nº166/2019 sancionada pelo Presidente Jair Bolsonaro, prevendo a inclusão de todos os pagamentos no cadastro. Essa base de dados servirá de demonstrativo para as instituições financeiras informando se o consumidor é inadimplente ou não, mantendo sempre o registro de dívidas anteriores, sem que se exija o seu consentimento.

O art. 3º da citada norma dispõe que “os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastro, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta lei” (BRASIL, 2011). Trazendo uma formação mais original e mais sistematizada.

A Lei Complementar 166/2019 alterou a Lei 12.414/2011, permitindo, assim, que o gestor compartilhe as informações cadastrais e de adimplemento de outros bancos de dados conforme disposto no art. 4º: “O gestor está autorizado nas condições estabelecidas nesta Lei, a: [...] III – compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenados com outros bancos de dados; [...]” (BRASIL, 2011).

É importante ressaltar que tanto a Lei do Cadastro Positivo, quanto a LGPD, possuem dispositivos expressos que visam garantir os direitos de informação e privacidade dos consumidores em relação aos seus dados pessoais, bem como garantir a liberdade de manutenção ou não destes dados no cadastro positivo.

## 2.3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei Federal de nº 8078, de 11 de setembro de 1990, denominada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), regulamenta as relações consumeristas. Neste sentido, existe a necessidade de haver uma relação de consumo para que seja a retro norma aplicável ao caso concreto. A pessoa física que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, de acordo com o que preconiza o art.2º do CDC (BRASIL, 1990), será considerado consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 43, incluindo os incisos, faz menção aos bancos de dados e cadastros dos consumidores, e cabe ressaltar que este dispositivo, é bastante amplo no que diz respeito a dado pessoal do consumidor.

O mesmo entendimento não poderia ser diferente quanto à regulamentação dos usuários de plataforma de prestadoras de serviços, onde para ter acesso se faz necessário que o interessado preencha diversas informações, bem como aceite o termo de consentimento proposto pelo prestador. Ao comprovar que se trata de uma relação de consumo, o CDC incidirá e passará a regular essa relação.

Nessa ceara, o legislador de certa forma permitiu ao consumidor o direito de controlar as suas informações pessoais, capacitando-o em se autodeterminar no uso de suas informações pessoais. Segue o texto citado:

Art. 43. O consumidor [...] terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (BRASIL, 1990).

Através da análise do dispositivo supra, fica comprovado o direito do consumidor de possuir o acesso de suas informações, armazenadas em bancos de dados do fornecedor. Dessa forma, para todos os efeitos, buscou-se dar maior domínio dos pessoais do consumidor a ele próprio. Essa determinação vai de total encontro com o princípio da transparência consagrado pelo próprio CDC, conforme previsto no art. 4º, "caput" (BRASIL, 1990). Esse princípio também possui embasamento na boa-fé objetiva, garantindo o respeito a transparência e a harmonia nas relações de consumo.

De acordo com (BIONI, 2019, p. 122) tal transparência só tem razão de ser porque o operador dos bancos de dados terá simetricamente os deveres de garantir o seu acesso pelo consumidor, a exatidão de tais informações, e que o banco de dados se restrinja apenas às finalidades claras e verdadeiras e que por fim, sejam observados o limite temporal de cinco anos para o armazenamento de informações negativas.

Seguindo tal assertiva, fica evidente que o consumidor já possuía direitos sobre seus dados e conseqüentemente de forma indireta o referido ordenamento jurídico já havia conferido ao mesmo a autodeterminação informacional, garantindo com exatidão limitações temporais para armazenamento de dados do consumidor.

Fato é que o Código de Defesa do Consumidor traçou importantes delimitações quanto à privacidade e à segurança dos consumidores, ao estabelecer uma Política Nacional das Relações de Consumo, que viabiliza a transparência e a proteção dos interesses dos consumidores. Pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor foi um dos primeiros dispositivos a emanar as principais diretrizes norteadoras do que veio a sedimentar, posteriormente, uma legislação específica destinada à proteção dos dados pessoais, qual seja a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - Lei Federal de nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

É necessário destacar que essa proteção se faz extremamente necessária uma vez que, em função do Big Data, os cidadãos foram postos em uma situação de ainda maior vulnerabilidade e hipossuficiência frente às empresas que detêm e utilizam os seus dados pessoais para fins comerciais.

### 3 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Face ao atual cenário do avanço da globalização, combinado à livre circulação de dados e de informações, nota-se uma latente necessidade de controlar o manuseio de dados e informações, vindo vigor, então, a LGPD como uma ferramenta legal que visa estabelecer esse controle. Neste sentido, dispõe o art. 1º da referida lei;

Art. 1º Esta Lei 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.

Parágrafo único: As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 2018).

A LGPD visa regular o uso de dados pessoais em um contexto global determinado pela percepção e valorização da relevância das informações pessoais dos indivíduos. Determina a proteção dos direitos fundamentais como privacidade, intimidade, honra, direito de imagem e dignidade, conforme disposto em seu art. 2º (BRASIL, 2018) possuindo também embasamento no texto constitucional que também é pautado pela proteção desses direitos fundamentais. Segundo Danilo Doneda:

A informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade a menor difusão de informações pessoais e vice-versa". Esta equação nem de longe encerra toda a complexa problemática em torno dessa relação, porém pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico como um desdobramento da tutela do direito à privacidade. (DONEDA, 2014, p. 94).

Como informado anteriormente, no Brasil a disciplina da proteção de dados era tutelada apenas por disposições normativas esparsas, sendo eles decretos setoriais, tornando-se assim, dispositivos sem abrangência e sem muita ênfase na proteção.

Sabe-se que a legislação europeia serviu de norte, para a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira. Tanto é que se pode notar uma forte semelhança com no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), prevendo condições específicas, mas considerando a realidade brasileira, no que concerne a era da "conectividade", onde as informações são obtidas e compartilhadas de forma exageradamente rápida, através dos meios online e conexões em tempo integral (FEIGELSON; BECKER; CAMARINHA, 2020, p. 17),

Faltava no Brasil, dessa forma, uma lei que possibilitasse maior especificidade e centralidade na abordagem frente aos dados pessoais. Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados, publicada em agosto de 2018 (BRASIL, 2018), que tem como ponto central a proteção à privacidade nos meios digital e físico, mencionado tanto a coleta, o tratamento, o armazenamento e a transferência de dados pessoais.

Conforme dispõe (FEIGELSON; BECKER; CAMARINHA, 2020, p. 18), a maioria das normas se baseiam em fundamentos e princípios delineados que permitem a compreensão de suas previsões à luz do cenário de desenvolvimento tecnológico atual e da perspectiva de tutela dos direitos do titular, possuindo como referência as normas contidas no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), de modo a colocar o Brasil em igualdade com os padrões internacionais de proteção de dados já em vigência.

A necessidade de uma lei específica sobre a proteção dos dados pessoais se deu mediante a forma como está sustentado atualmente o modelo de negócios sociedade digital, onde a informação passou a ser a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para acesso a determinados bens, serviços ou conveniências que o mundo digital oferta (PINHEIRO, 2020, p. 17).

Com o mesmo entendimento Ana Frazão, ao expor que “longe de ser um instrumento de proteção apenas da privacidade, pelo menos no sentido tradicional a ela atribuído, a lei pretende proteger diversas situações existenciais da mais alta importância” (FRAZÃO, 2019, p. 99).

Ante o contexto, pode inferir-se que houve por parte do legislador a necessidade de resgatar e reajustar o compromisso das instituições frente à sociedade, uma vez que, na era da informação, a proteção e a garantia dos direitos humanos são tidos por direitos fundamentais e, dentre eles, a privacidade, que possui sua relevância. Com a vigência da LGPD, o Brasil passa a integrar a lista dos 100 países considerados possíveis de proteger a privacidade e o uso de dados pessoais.

Por fim, informa-se que a Medida Provisória 959/2020 (BRASIL, 2020), no seu art. 4º, que procurou adiar a entrada da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados até o dia 03 de maio de 2021, não integrou à Lei Federal de nº 14.058, de setembro de 2020 (BRASIL, 2020), a qual se tratou da conversão da referida MP. A título de esclarecimento, tal lei dispõe sobre a “operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.” (BRASIL, 2020).

A facilidade e rapidez no que tange ao compartilhamento de informação na modalidade online, tem permitido que os dados pessoais sejam fornecidos e obtidos de forma instantânea. Atualmente, todas essas práticas fazem parte da vida cotidiana dos usuários da Internet, seja através de relações online, seja ela física. Ao realizar cadastros em lojas físicas ou online, o usuário disponibiliza de forma simples seus dados sem saber como serão utilizados.

Buscando compreender a importância que a LGPD possui na atual sociedade, cabe ressaltar que “[...] foi concebida, visando tutelar os direitos dos titulares de dados” (FEIGELSON; BECKER; CAMARINHA, 2020, p. 19).

A Lei Federal de nº 13.709, de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados, no seu art. 6º (BRASIL, 2018), possui princípios específicos que visam orientar as atividades que trabalham com tratamento de dados pessoais, norteados pela boa-fé, conforme abaixo:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II- adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV- livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V- qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018).

Tratando propriamente dito dos princípios, tem-se que o da finalidade determina que o tratamento de dados precisa obedecer a propósitos legítimos, explícitos e devidamente informados do titular. Vedada a possibilidade de tratamento posterior que desvirtue o fim almejado.

Já o Princípio da adequação determina que o tratamento do dado coletado deverá observar os limites delimitados pela finalidade que fora informada ao titular.

O Princípio da necessidade também faz menção a uma limitação, restringindo o escopo da coleta de dados, e não a utilização destes. Dessa forma, deverá ser coletados os dados estritamente necessários para cumprimento da finalidade informada.

Com relação ao princípio da não discriminação, é contrário à utilização dos dados pessoais para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. Nesse sentido, buscou o legislador, relacionar o uso discriminatório às qualidades de ilicitude e abusividade, reconhecendo dessa maneira a possibilidade de tratamento distintivo, desde que lícito e não abusivo. Dessa forma, seria legítimo que o operador de dados realize tratamentos de segregação/diferenciação, sem que, com isso, leve consequências excludentes que poderiam ser consideradas ilícitas.

Pode-se dizer que ao ascender os princípios como norteadores, a LGPD buscou colocar limites ao tratamento de dados pessoais coletados, deixando que tal tratamento se mantenha ligado às finalidades para as quais de fato foram propostos no ato da coleta.

Ainda na menção dos princípios, recorre-se também ao princípio do livre acesso, que garante aos titulares a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento dos seus dados. Esse princípio possui forte liame com o princípio da informação e transparência ao consumidor, elencado no art. 5º, inciso XIV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), bem como previsto no art. 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), proporcionando ao consumidor o acesso facilitado a seus dados ao exigi-los do fornecedor do serviço, que nesse caso seria o controlador. Neste sentido:

O princípio do livre acesso garante ao titular de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais. Assim o titular tem acesso as informações armazenadas no banco de dados, podendo obter cópias desses registros, com a possibilidade de controle desses dados, sendo que após o consentimento desses dados poderá haver a correção, exclusão ou acréscimo de informações que foram consideradas errôneas ou incompletas. (DONEDA, 2014, p. 43).

Tanto o controlador de dados, quanto o operador, podem ser responsabilizados solidariamente por incidentes de segurança ou pelo uso indevido e não autorizado dos dados, gerando, dessa forma, maior segurança jurídica para os consumidores.

Conforme dispôs o art. 5º, inciso IV, da LGPD (BRASIL, 2018), o banco de dados “é o conjunto estruturado de dados pessoais estabelecidos em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”.

É importante destacar, de acordo com Bruno Ricardo Bioni (BIONI, 2019, p. 31), que dados e informações não são sinônimos, mesmo que na maioria das vezes, sejam tratados como tal. Dados significa o estado primitivo da informação, não possuindo tanto valor agregado, pois para isso, precisam passar por um processamento a ser organizado. Já as informações, são o resultado do processo de dados brutos, de modo a terem valor adicional, além de valor propriamente dito.

Dessa forma, os bancos de dados, não são apenas um aglomerado de informações sem tratamento, são também uma ferramenta que proporcionará aos manipuladores o tratamento, uma gama de informações para tomadas de determinadas decisões. Nesse sentido, “[...] se uma empresa dispõe de um banco de dados que, se mesclado ou conjugados, identifiquem uma pessoa, tais dados serão considerados pessoais, ainda que isoladamente não identifiquem o indivíduo”, apontam Márcio Cost e Ricardo Oliveira (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 93).

São esses bancos de dados que são utilizados para criarem uma publicidade direcionada, essa prática, procura personalizar, mesmo que parcialmente, as ofertas de produtos que são recebidas no e-mail, que aparecem em site ao se buscar determinado produto ou apenas realizar uma pesquisa, induzindo de forma subliminar o consumo.

## 4 DOS TIPOS DE DADOS PESSOAIS

Nesse tópico serão tratados sobre os tipos de dados constantes na LGPD, uma vez que os conceitos são de suma importância para a determinação de incidência ou não da proteção dos dados.

Nesse viés, o conceito de dados pessoais é um elemento chave, uma vez que filtra o que deve entrar ou não no escopo de uma lei de proteção de dados pessoais, demarcando o terreno a ser por ela ocupado. Possuindo, no entanto, diferenças sutis em torno de sua definição, trazendo consequências drásticas para o alcance dessa proteção. Por isso, é importante compreender se um dado pode ser adjetivado como pessoal é, antes de mais nada, um exercício de interpretação detido sobre cada palavra utilizada para descrever a sua conceituação (BIONI, 2019, p. 59).

De acordo com a Patricia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2018, p. 35) que define os dados pessoais como sendo toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, não se limitando, portanto, a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço, residencial ou eletrônico, podendo, ainda, incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, dados acadêmicos, histórico de compras, dentre outros.

A LGPD em seu art. 5º, inciso I, define o dado pessoal como a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. E faz menção no mesmo artigos dos incisos II e III sobre dois tipos de dados, quais sejam: os dados pessoais sensíveis e os dados pessoais anonimizados (BRASIL, 2018).

### 4.1 DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

É importante destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados menciona de forma distinta dados pessoais e os dados pessoais sensíveis e anonimizados, a seguir será explanado no detalhe. O artigo 5º, inciso II dispõe que:

[...] Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural [...] (BRASIL, 2018).

Como a própria lei conceitua, os dados sensíveis são aqueles que merecem proteção extraordinária, pelo potencial que possui de gerar atos discriminatórios contra seu titular, por essa razão as leis que versam sobre a matéria buscam um viés mais protetivo em relação aos dados sensíveis, buscando evitar atos discriminatórios.

Cabe ressaltar que mesmo que certos dados não sejam em sua origem qualificados como sensíveis, ao serem submetidos ao cruzamento em bancos de dados, podem acabar por revelar aspectos sobre a personalidade de alguém, podendo o mesmo ser vítima de ato discriminatório.

Fato é que a lei possui relevante preocupação em assegurar a privacidade e a proteção de dados que não podem ser utilizados contra os seus titulares, o que faz com que exista a diferença entre os dados pessoais tradicionais e os sensíveis, visto que estes requerem uma maior

restrição ao acesso a bens, serviços e ao exercício de direitos. Posto isto, fica claro a necessidade de tratamento diferenciado desses dados, inclusive pela denominação “sensíveis”, conferida pelo legislador, enfatizando que o tratamento para os dados distintos dos dados pessoais tradicionais, uma vez que o rol trazido pela lei não é taxativo, possuindo apenas caráter exemplificativo, podendo este ser expandido dependente do caso concreto (FEIGELDON; BEKER; CAMARINHA, 2020, p. 63).

## 4.2 DADOS ANONIMIZADOS

De acordo com a Lei Federal de nº 13.709, de agosto de 2018, quando se refere a dados anonimizados, dispõe:

Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

§ 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração, fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.

§ 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

§ 3º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais. (BRASIL, 2018).

A LGPD, em seu artigo 5º, inciso III, traz o conceito de dado anonimizado, sendo este dado relativo ao titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, Bruno Ricardo Bioni (BIONI, 2019, p. 61) preconiza que o conceito de dado anônimo seria a antítese do conceito de dado pessoal, ou seja, seria aquele que é incapaz de revelar uma pessoa. Ao se anonimizar um dado, este perde o vínculo com o titular do mesmo, direta ou indiretamente, tornando-se apenas um aglomerado de informações.

No entanto, o mesmo artigo também prevê que, uma vez que o processo de anonimização seja passível de reversão, este dado passará a ser considerado como pessoal, logo, as empresas devem investir em técnicas irreversíveis de anonimização para que as informações não sejam consideradas como pessoais, e que, mesmo posterior a aplicação dessa técnica possibilitando a reversão, seja possível se resguardar de uma futura responsabilização.

Não se pode negar que a titular jurídica dos dados pessoais é um imperativo que impõe uma nova fronteira aos direitos da personalidade, evitando que o alto nível de informação não seja prejudicial à relação da pessoa humana.

Isto posto, passa-se à discussão do tema central do presente trabalho qual seja; os limites do consentimento na relação de consumo frente a Lei Geral de Proteção de Dados.

## 5 O CONSENTIMENTO À LUZ DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

O princípio do consentimento visa o controle do titular acerca de seus dados, através do consentimento, o titular pode determinar o nível de proteção ou o fluxo de seus dados, repondo dessa forma, sua permissão para o tratamento de determinados dados pessoais. Esse princípio prescreve o consentimento livre, sem vício, onde o titular possui total liberdade para decidir quais os seus dados poderão ser disponibilizados ou não.

Para se atingir a autodeterminação informativa através do consentimento, se faz necessário que o titular esteja ciente quando a que tipo de tratamento está sujeitando seus dados pessoais, uma vez que estão ligados aos direitos da personalidade e integrantes da esfera privada do indivíduo.

De acordo com Bruno Feigelson, Daniel Becker, Sylvia M F Camarinha, o consentimento é um dos conceitos centrais da LGPD, consistindo em uma manifestação de vontade por meio do qual o titular permite o tratamento de seus dados pessoais por terceiros, devendo ser dado de forma livre, informada, expressa, inequívoca e vinculada a uma determinada finalidade (FEIGELSON; BECKER; CAMARINHA, 2020, p. 21).

Nota-se que o instituto do consentimento, é uma forma de implementação do direito à autodeterminação informativa, uma vez que envolve a participação direta do indivíduo. A intenção enraizada neste mecanismo é proporcionar aos usuários a escolha consciente e autônoma sobre o processamento de seus dados.

A LGPD em seu art. 8º, § 2º, 3º e 4º dispõe que é facultado ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na lei supracitada, vedando, portanto, o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento (BRASIL, 2018).

O vício de consentimento é assim chamado por provocar uma manifestação de vontade não correspondente com o íntimo verdadeiro do agente. Tais vícios de consentimento são tratados no Código Civil como erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo e a lesão (BRASIL, 2002). Já na LGPD são mencionados no art. 8º §4 e art. 9º, §1º *in verbis*:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas. [...]

Art. 9º 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 acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

[...] § 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca. (BRASIL, 2018).

O que se percebe é que o titular passou a ter um papel de protagonista na proteção de seus dados, possibilitando ao indivíduo ser responsável por auto proteger suas informações pessoais, por isso, faz-se necessário a exigência do consentimento para tratamento e armazenamento das mesmas.

Segundo Danilo Donenda (DONENDA, 2014, p. 143), o processo de tratamento de dados pessoais não se encerrava na simples permissão ou não da pessoa à utilização de seus dados pessoais. Procurava incluí-la, depois de sucessivas fases do processo de tratamento e utilização de sua própria informação por terceiros, além de compreender algumas garantias, como o dever de informação.

Ainda nesse contexto, Bruno Ricardo Bioni (BIONI, 2019, p. 101), menciona que se pode fazer uma releitura da referida decisão em sua primeira parte, destacando-se a importante conclusão de que “[...] o cidadão deve ter o controle sobre os seus dados pessoais, a fim de que ele possa autodeterminar as suas informações pessoais.”

De acordo com Danilo Donenda (DONENDA, 2014, p. 95) a autodeterminação informativa constitui um direito que o indivíduo possui de controlar a obtenção, titularidade e transmissão de seus dados pessoais.

Ainda, segundo ao autor acima supra, dentre as características da autodeterminação informativa, encontra-se a disseminação do modelo das autoridades independentes para a tutela dos dados pessoais tanto mais necessárias com a diminuição do poder de barganha com o indivíduo para autorização ao processamento de seus dados, e também o surgimento de normativas conexas na forma, por exemplo, de normas específicas para alguns setores de processamento de dados (DONENDA, 2014, p. 143).

Uma vez que a autodeterminação informativa constitui um direito do indivíduo em decidir sobre o uso de seus dados pessoais, o Estado possui o dever de prover meios de proteger a privacidade dos cidadãos, pois estamos diante de um direito fundamental, que está conectado com o desenvolvimento da livre personalidade.

Por isso, o direito à proteção dos dados pessoais reclama uma normatização própria que não pode ser reduzida a uma mera “evolução” o direito à privacidade, mas encara como um novo direito da personalidade que percorre dentre outras liberdades e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, de acesso à informação e de não discriminação. Em última análise trata-se da nossa própria capacidade de autodeterminação. (BIONI, 2019, p. 90).

A seguir, uma análise individualizada das qualificações necessárias ao consentimento prevista na LGDP.

## 5.1 DO CONSENTIMENTO LIVRE

O consentimento livre determina que o usuário tenha o direito de escolha sobre as formas que deseja fornecer seus dados pessoais, sem que isso lhe cause algum prejuízo. Em outras palavras o consentimento livre, permite que o usuário possa optar por aceitar ou não o compartilhamento de seus dados de forma livre, sem risco de qualquer prejuízo. Dessa forma, da

mesma forma que o titular possui a prerrogativa de consentir a utilização dos dados pessoais, ele também tem o direito de revogar este consentimento.

Nesse sentido, Danilo Donenda (DONENDA, 2006, p. 380) defende que “[...] no exercício desta autodeterminação, o sujeito não está constricto a efeitos vinculantes de natureza obrigacional resultantes de seu consentimento, e conseqüentemente, não se pode associar tal ato a um inadimplemento de qualquer espécie”.

Conclui-se, portanto, que para medir a liberdade que possui o usuário, será necessário verificar a existência de assimetria entre ele a empresa fornecedora de serviços para saber até onde vai o poder do consentimento dele sobre a utilização de seus dados pessoais pela empresa e se esse consentimento pode ser caracterizado como não livre (BIONI, 2019, p. 185). Nesse sentido, a alternativa seria a fragmentação do consentimento para especificas finalidades, permitindo assim, que o consentimento seja específico para uma finalidade não dando margem para um consentimento genérico.

## 5.2 DO CONSENTIMENTO INEQUÍVOCO

Pelo consentimento informado, entende-se o dever-direito de informação como principal instrumento para desencadear uma referida perspectiva solidária das relações obrigacionais. Somente através de uma informação adequada é que o cidadão estará capacitado para controlar seus dados. Nesse mesmo sentido, o pesquisador Bruni Bioni declara:

O dever-direito de informação deve propiciar, portanto, ao usuário os elementos necessários para o início de um processo de tomada de decisão no que tange ao fluxo de entrada para capacitar o cidadão com o controle dos seus dados, sendo o próprio adimplemento (satisfatório) do dever-direito de informação. (BIONI, 2019. p. 184).

Na visão de (PINHEIRO, 2018), a realização do tratamento de dados deve ser pautada em fundamentações claras e legítimas, e somente os dados reais e estritamente necessários devem ser coletados com vistas à garantia do direito à proteção e a privacidade do titular.

O direito à autodeterminação informativa garante ao indivíduo capacidade para tornar-se sujeito ativo diante da proteção de suas informações pessoais em frente ao recolhimento, tratamento e armazenamento destas por parte de entidades públicas ou privadas. Esse direito serve como um instrumento de controle sobre o tratamento de dados pessoais e poderá ser exercido pelo titular ou por instituições credenciadas, de forma que esta espécie de controle externo confira maior credibilidade quanto ao cumprimento dos parâmetros estabelecidos na LGP. O consentimento inequívoco, determinar que o consentimento do usuário deve se dar de forma clara e ativa, por parte do titular. Não pode existir dúvidas, sobre a intenção do titular ao consentir. A manifestação da vontade deverá ocorrer de forma expressa, com finalidades determinadas.

Cabe ressaltar que segundo (PINHEIRO, 2018, p. 66), o silêncio ou a omissão do usuário não pode ser considerado como forma de consentimento.

Para alguns autores a função do consentimento para a titula de dados pessoais seria a mesma de uma declaração de vontade pensando no âmbito de um negócio jurídico, uma vez que os dois visam à autodeterminação da pessoa.

Dessa forma, se afastarmos o consentimento da natureza de negócio jurídico, sendo esse um mecanismo funcionando como condição de acesso, para a vida privada ligada ao poder de autodeterminação. De acordo com Danilo Donenda (DONENDA, 2014, p. 143), mesmo que se perceba o consentimento como uma forma de legitimar a inserção dos dados pessoais no mercado, o que o faz reconhecer a necessidade de equilíbrio entre ambos os perfis, o que de certa forma, já admite não se tratar de uma tarefa muito simples.

### 5.3 DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Pelo consentimento informado, entende-se o dever-direito de informação como principal instrumento para desencadear uma referida perspectiva solidária das relações obrigacionais. Isso se deve, pois, somente através de uma informação adequada e que o cidadão estará capacitado para controlar seus dados. Nesse mesmo sentido, o pesquisador Bruni Bioni declara:

O dever-direito de informação deve propiciar, portanto, ao usuário os elementos necessários para o início de um processo de tomada de decisão no que tange ao fluxo de entrada para capacitar o cidadão com o controle dos seus dados, sendo o próprio adimplemento (satisfatório) do dever-direito de informação. (BIONI, 2019, p. 184).

Na visão de Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2018, p. 82), a realização do tratamento de dados deve ser pautada em fundamentações claras e legítimas, e somente os dados real e estritamente necessários devem ser coletados com vistas à garantia do direito à proteção e a privacidade do titular.

O direito à autodeterminação informativa garante ao indivíduo capacidade para tonar-se sujeito ativo diante da proteção de suas informações pessoais em frente ao recolhimento, tratamento e armazenamento destas por parte de entidades públicas ou privadas. Esse direito serve como um instrumento de controle sobre o tratamento de dados pessoais e poderá ser exercício pelo titular ou por instituições credenciadas, de forma que esta espécie de controle externo confira maior credibilidade quanto ao cumprimento dos parâmetros estabelecidos na LGPD.

## 6 CONCLUSÃO

Mediante o exposto, fica claro que um dos objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados é criar parâmetros para que o instituto do consentimento atue na redução das divergências existentes entre o titular dos dados e controlador, criando uma relação mais clara e com coletas de dados extremamente essenciais para a prestação do serviço, buscando eliminar qualquer dúvida que o titular possui referente à transferência

Já o Código de Defesa do Consumidor trouxe anteriormente esse mesmo direito, no entanto de forma um pouco divergente, uma vez que regulamenta a vulnerabilidade do consumidor.

Tais institutos visam conceder ao titular dos dados maior controle possível, possibilitando ao titular clareza, e quanto maior a troca de informações em que possibilite ao titular saber como seus dados serão de fato utilizados, maior o poder de autodeterminação informacional para dispor dos mesmos com mais segurança.

Por todo exposto, fica claro que a tecnologia visa propiciar a prestação de informações claras, de maneira adequada e que seja suficiente, funcionando como um portal que visa capacitar o indivíduo a ter o controle sobre seus dados.

Fato é que, cabe única e exclusivamente ao consumidor dar ou não o consentimento para determinadas e específicas finalidades, optando também pelo tratamento de seus dados, apenas naqueles itens em que se encontra de acordo. Mitigando assim, a possibilidade de utilização indevida de seus dados, preservando também a autodeterminação informativa como consumidor e titular de seus dados pessoais.

Cabe ressaltar que a presente pesquisa possui por base a abordagem da proteção de dados pessoais frente à autodeterminação informativa e o seu consentimento. Uma vez inserida à sociedade a informação, é impossível que seus dados não sejam utilizados de forma equivocada e sem o seu consentimento.

A LGPD, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, veio para ampliar a proteção ora já tutelada por legislações esparsas, dando poder ao titular dos dados para decidir se e quais dados poderão ser utilizados pelos controladores. Desta forma, possibilita ao titular dos dados pessoais a faculdade de manifestar consentimento específico para determinado tipo de tratamento e não para os demais pretendidos pelo controlador ou operador, facultando, dessa maneira, a revogação do seu consentimento a qualquer momento. Considera-se, portanto, o direito à autodeterminação afirmativa, como fato essencial para que a tutela dos direitos e garantias do titular dos dados pessoais seja atendida de forma efetiva.

## REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa de Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília: DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm). Acesso em: 2 ago. 2020.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 2 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Disponível em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 959/2020.** Brasília, DF, 24 abr. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm). Acesso em: 2 ago. 2020. COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais comentada.** 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DONEDA, Danilo. A Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo: Itaú Cultural, n. 16, jan./jun. 2014. Disponível em: [http://nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/06/OBSERVATORIO16\\_0.pdf](http://nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/2014/06/OBSERVATORIO16_0.pdf). Acesso em: 10 ago. 2020.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; CAMARINHA, Sylvia M.F. **Comentários À Lei Geral De Proteção De Dados Lei 13.709/2018.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020.

FRAZÃO, Ana. **A nova Lei Geral de Proteção de Dados: Repercussões para a atividade empresarial e a importância do consentimento para o tratamento de dados pessoais – Parte III.** Disponível em: <http://anafrazão.com.br/files/publicações/2018-09-12-A-nova-Lei-Geral-de-Proteção-de-Dados-Repercussões-para-atividade-empresarial-a-importância-do-consentimento-para-o-tratamento-dos-dados-pessoais-Parte-III-PDF>. Acesso em: 2 ago. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais - comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2020.

# 13

CAPÍTULO

# A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM FACE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

LETÍCIA MENDONÇA GONZAGA<sup>1</sup>

NILO AUGUSTO REMÍGIO RAPOSO<sup>2</sup>

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a prática da obsolescência programada aplicada aos produtos e a ineficácia do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na proteção contra essa prática. A obsolescência programada é utilizada mundialmente pelos fornecedores como uma estratégia comercial, a fim de estimular cada vez mais o consumo, sendo o caso *Apple* mundialmente conhecido e que será também objeto de estudo. Além de relacionar a vulnerabilidade com a obsolescência programada, no âmbito dos produtos que estão no mercado, o artigo aponta alternativas que visam proteger e reparar o consumidor diante de tal conduta.

**Palavras-chave:** consumo; direito do consumidor; sociedade de consumo; obsolescência; vulnerabilidade.

## ABSTRACT

*This paper aims to analyze the practice of programmed obsolescence applied to products and the ineffectiveness of the Consumer Protection Code (CDC) in protecting against this practice. Scheduled obsolescence is used worldwide by suppliers as a commercial strategy in order to increasingly stimulate consumption, the Apple case being known worldwide and which will also be the subject of study. In addition to relating vulnerability to programmed obsolescence, in the context of products that are on the market, the article points out alternatives that aim to protect and repair the consumer in the face of such conduct.*

**Keywords:** consumption; consumer law; consumer society; obsolescence; vulnerability.

1 Especializando em Direito e Processo Previdenciário pelo Damásio/Ibmec SP. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada. E-mail: leticiamg95@yahoo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1715979831567155>.

2 Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Empresarial. Advogado. E-mail: niloraposo@fumec.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4522875776365043>.

3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: [www.imdp.com.br](http://www.imdp.com.br) e [www.zandona.pro.br](http://www.zandona.pro.br).

### Como citar o presente artigo científico:

GONZAGA, Letícia Mendonça; RAPOSO, Nilo Augusto Remígio; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A vulnerabilidade do consumidor em face da obsolescência programada. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 212.

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se em uma sociedade de consumo em que pessoas são seduzidas pelo mercado a adquirir cada vez mais e de modo incessante produtos e serviços necessários ou supérfluos.

Pode-se perceber que, a todo o momento, surge algo novo. Isso, por exemplo, por meio de lançamentos oferecidos pelo mercado, sendo que, muitas vezes, não é possível acompanhar esse comportamento imposto pelos fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) se caracteriza pela aplicação direta dos princípios constitucionais, visando a proteção da parte mais vulnerável desta relação.

É nítida na relação de consumo a presença da desigualdade entre as partes, estando o consumidor no polo inferior. Não por acaso, essa relação tem sido objeto de atenção pelos diversos ordenamentos jurídicos ao longo da história.

Nesse contexto, origina-se a necessidade de equilibrar as relações de consumo, as quais são caracterizadas por uma desigualdade imposta pelas diferentes posições, além dos interesses das partes que integram tal fenômeno.

Desse modo, o consumidor não compra o que ele realmente precisa, mas aquilo que se encontra dentro do mercado determinado pelos fornecedores, perdendo, assim, a liberdade para consumir.

É notório que o consumidor, diante dessa desigualdade, enfrenta, amiúde, o desequilíbrio perante a capacidade econômica, poder de negociação e nível de educação.

No ordenamento internacional, encontra-se a Resolução n. 39/248 das Organizações das Nações Unidas, na qual possui objetivos de que seja oferecido padrões de consumo, bem como a distribuição para que as necessidades e os desejos sejam preenchidos (UNITED NATIONS, 1985). Além de incentivar elevados níveis de comportamentos éticos, entre outros.

Entretanto, as normas da Resolução mencionada não são imperativas. São consideradas uma opção de cada governo para sua implementação, se assim entenderem, diante de suas necessidades e prioridades, como resultado da soberania de cada Estado.

Na sociedade contemporânea, sobretudo na que vive em uma economia de mercado, novos e grandes problemas advindos das relações de consumo acabam ganhando novos espaços e contornos.

Ao longo do presente estudo, buscou-se investigar de que modo ocorre a vulnerabilidade do consumidor em face da obsolescência programada, questionando-se o atual modelo das relações de consumo. Assim, foi utilizado o método dedutivo, a fim de, e por meio da pesquisa bibliográfica, indicar possíveis ações que mitiguem ou extingam o problema levantado.

## 2 CONSUMO

Trata-se de um tema de grande relevância, que requer uma observação exclusiva, devido às consequências que pode trazer para a sociedade como um todo.

A partir do significado da palavra consumir, pode-se compreender:

Consumir: verbo transitivo direto. Gastar; utilizar-se de alguma coisa: o televisor consumia muita energia: consumiu muito tempo naquele emprego. Ingerir; fazer a ingestão de algum alimento: consumia muitas vitaminas. Utilizar até o final: consumiu o xampu em algumas semanas (CONSUMIR, 2019).

Dessa forma, toda e qualquer sociedade faz o uso de bens materiais em sua volta. Tais objetos são definidos desde os essenciais, por matarem a fome, saciarem a sede, sendo consumidos no sentido de esgotamento. Além dos demais, que são utilizados para mediar as relações sociais, de modo a construir identidades e estabelecer limites de grupos e pessoas (BARBOSA; CAMPBELL, 2006).

Atualmente, na esfera conceitual, a simples aquisição de um bem por meio da compra não constitui mais um elemento para observar o comportamento social das pessoas, excepcionalmente para os economistas e os ecologistas.

Pode-se dizer que o consumo se tornou uma área de investigação que reúne diversas atividades, atores e uma gama de bens e serviços os quais não se limitam aos providos sob a forma de mercadorias.

Embora a maior parte dos autores tendem a focar apenas no que é adquirido no mercado, existem outras fontes que providenciam o consumo de serviços e produtos, não sendo apenas aquelas concebidas de maneira tradicional de compra e venda. Para muitos doutrinadores, tais atividades não são consideradas áreas de consumo, apesar de serem essenciais para tal processo.

Hoje, o uso de uma mercadoria não quer dizer que ela foi adquirida. Um exemplo disso é o *leasing*, em que há o aluguel do consumo. Dessa maneira, é possível utilizar um bem sem comprá-lo e, mesmo assim, possuir direitos sobre ele. Pode-se dizer, então, que há vendas de acesso, e não vendas de produtos (BARBOSA; CAMPBELL, 2006).

Naturalmente o fenômeno do consumo se insere num contexto maior que é da própria sociedade de consumo. Essa expressão surgiu pela primeira vez, em 1920 e tornou-se popular nos anos de 1950-60, sendo que seu êxito permanece intacto atualmente (LIPOVESTSKY, 2007).

Ela é evidente no dia a dia, aparecendo como uma das figuras mais representativas da ordem econômica e da vida das sociedades modernas. Essa sociedade opera pelo hiperconsumo e não pelo “des-consumo”:

É identificável o superendividamento “ativo”, trazendo consigo o uso imoderado dos cartões de crédito, o qual tem por conseqüência um superendividamento “passivo”, que acaba por provocar fatos externos funestos (LIPOVESTSKY, 2007).

Na maioria das vezes são realizadas compras com o seguinte argumento: “preciso comprar isso por ser maior ou menor, por ser mais rápido, por ser mais novo, por ser mais moderno”. Só que há ainda produtos que funcionam, embora com a ausência de capacidade para satisfazer os desejos (BOTSMAN; ROGERS, 2011).

A tendência dessa sociedade contemporânea é valorizar qualquer objeto que seja novo, original, moderno, sofisticado, em detrimento do velho, durável ou usado.

Um caso relevante ocorreu em 28 de novembro de 2008, em Nova York, quando um segurança do *Wall-Mart* foi pisoteado até a morte, às 5 (cinco) horas da manhã por uma multidão de compradores enlouquecidos. As pessoas estavam loucas diante das ofertas acerca da mais recente HDTV de plasma com 50 (cinquenta) polegadas (BOTSMAN; ROGERS, 2011).

O terrível fim desse cidadão revela o quão a sociedade está entorpecida: uma avalanche de consumidores cansados, demolindo portas, pisoteando pessoas, pelo simples fato de desejarem novos produtos.

Pode-se inferir que parte desse comportamento está associada também à publicidade. Conforme Lipovestsky, a história da publicidade está ligada estruturalmente ao prosseguimento da sociedade industrial, bem como ao consumo em massa (LIPOVESTSKY, 2007).

Desde 1920 até os dias atuais, os anúncios exploram temáticas e registros excepcionais. A publicidade é utilizada como ferramenta que propicia o aumento dos negócios realizados nas empresas, como também para aculturar as massas à nascente sociedade de consumo. Desse modo, origina-se um novo modelo de vida, focado na obtenção de produtos mercantis.

O instrumento publicitário veio para instigar os desejos pelo consumo. Ele reorganizou os modos de vida considerados tradicionais, criando, assim, uma nova cultura costumeira fundada em uma visão mercantilizada de vida (LIPOVESTSKY, 2007).

Dentre os objetivos da publicidade, encontram-se, além dos estímulos acerca das necessidades e reflexos condicionados, a criação de laços emocionais com as marcas. Tornando-se, assim, a promoção da imagem mais essencial que a do produto.

Isso pode ser observado no comportamento dos jovens e até mesmo das crianças. Eles não desejam o produto em si, mas as marcas associadas ao sucesso com a força da intervenção publicitária.

Por esse motivo, as marcas são forçadas a rejuvenescer sua imagem para ficarem em harmonia com os consumidores.

Quando se depara com a informação de que uma pessoa em média, vê mais de 3 (três) mil anúncios e mensagens publicitárias por dia, não é de se admirar que são seduzidas pelo estímulo do novo, bem como pelo desejo de adquirir cada vez mais (BOTSMAN; ROGERS, 2011).

Afinal, a publicidade possui o domínio de promover as normas de consumo, de influenciar em uma proporção crescente as condutas individuais, bem como as coletivas.

### 3 A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal n. 8.078 de 11 setembro de 1990 (BRASIL, 1990), dispõe sobre a defesa e proteção do consumidor. Há também no ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto n. 2.181 de 20 de março de 1997 (BRASIL, 1997), que trata da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelecendo normas gerais para a aplicação de sanções na esfera administrativa elencadas no CDC.

O CDC se materializa em uma lei principiológica que prevê princípios essenciais. Além de ser uma norma protetiva, de ordem pública e interesse social, com amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, pode-se observar a cautela do legislador em conceder a correta defesa e proteção aos consumidores, encontrando-se juntamente com as garantias e direitos fundamentais, no bojo no artigo 5º da CR/88 (BRASIL, 1988).

Entretanto, no aspecto da obsolescência programada, o CDC não confere um tratamento especial para essa prática abusiva e rotineira presente no dia a dia dos consumidores.

O dispositivo que poderia ser aplicado, numa interpretação extensiva, contra a prática da obsolescência programada, é o art. 4º e seus incisos, do CDC, o qual prevê em seu *caput*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. (BRASIL, 1990).

De acordo com Cláudia Lima Marques (2016) o referido artigo do CDC (BRASIL, 1990), durante esses vinte anos de sua vigência é um dos mais importantes dispositivos do referido diploma legal, por conferir rumos, bases e princípios.

É evidente a importância destacada pelo legislador diante do desequilíbrio existente na relação de consumo ao inserir no referido diploma legal medidas protetivas aplicáveis ao consumidor.

Paralelamente, o art. 6º, *caput* e incisos, do CDC dispõe sobre os direitos dos consumidores, como a proteção da vida; a educação; a informação; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; a modificação das cláusulas desproporcionais; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos; a facilitação da defesa de seus direitos; e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (BRASIL, 1990).

A finalidade desses dispositivos principiológicos na relação de consumo é garantir uma interpretação quanto às regras regulamentadoras, a fim de assegurar a proteção dos consumidores, almejando o equilíbrio nessa relação jurídica.

Claudia Lima Marques (2016) assevera que, o Estado passa a intervir nas relações obrigacionais em razão da renovação da teoria contratual, em razão do novo Estado Social, bem como da sociedade de massa. Segundo a autora, a jurisprudência tem sido atenciosa na necessidade da intervenção estatal nas relações de consumo, com o objetivo de proteger o mais fraco da relação consumerista. Essa ideia de proteção também é um mandamento constitucional, de caráter indisponível, de ordem pública, com a finalidade social (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2016).

É necessária, ainda, uma atuação do Poder Público para regulamentar e fiscalizar o efetivo cumprimento dos dispositivos constitucionais, bem como dos dispositivos do CDC (BRASIL, 1990).

Dessa maneira, a relação de consumo deve ser analisada com base nos princípios, sejam eles explícitos ou implícitos – contidos na legislação consumerista, para que seja atingido o objetivo crucial – a proteção do consumidor –, bem como o repúdio aos comportamentos abusivos impostos pelos fornecedores de maneira unilateral.

Dentre esses princípios, destaca-se o da vulnerabilidade. Esse princípio básico contido no art. 4º, I, CDC (BRASIL, 1990), pode ser considerado como uma espinha dorsal para a proteção dos consumidores. Isso porque o consumidor se encontra no elo mais frágil da relação jurídica de consumo, em razão de sua exposição de maneira direta ou indireta às exigências impostas pelo mercado.

Por meio do princípio da vulnerabilidade busca-se equilibrar a relação de consumo de maneira efetiva, colocando as partes dessa relação – consumidor e fornecedor – em situação de igualdade, sendo que o consumidor não possui conhecimentos suficientes sobre o caminho compreendido entre a produção e a comercialização do produto.

É de se observar que esse princípio advém do princípio da isonomia, o qual prevê a igualdade nas relações. Mas isso não é sinônimo de que todos os consumidores são iguais e vulneráveis diante do fornecedor (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2016).

Claudia Lima Marques (2016) afirma que a vulnerabilidade é voltada para o estado da pessoa. Um estado inerente de riscos ou de sinais que confrontam excessivamente com os interesses identificados no mercado. É também considerada por ela um fato permanente ou provisório, individual ou coletivo, que enfraquece os sujeitos de direitos (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2016).

A autora ainda classifica a vulnerabilidade em três tipos: a jurídica, a fática e a informacional.

De modo sucinto, a vulnerabilidade jurídica, baseia-se na falta da ciência dos consumidores a respeito de seus direitos, deveres, como também sobre os resultados que podem advir dessa relação de consumo (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2016).

A vulnerabilidade fática diz respeito à desproporcionalidade de poderes, sejam eles de ordem econômica, intelectual ou física. São situações de debilidade do consumidor em função da posição de superioridade do fornecedor (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2016).

Já a vulnerabilidade informacional, consiste na presença do elevado fluxo de informações que o consumidor tem ao seu alcance, não possuindo mecanismos essenciais para analisar a veracidade dessas informações (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2016).

Por fim, a ideia é que, por detrás deste princípio, observa-se a real inferioridade do consumidor na relação de consumo, o que justifica a necessidade do cumprimento das normas protetivas e orientadoras que regulam esse liame.

Ressalta-se que o sistema de proteção advindo do código consumerista abarca outros princípios importantes que corroboram com aquele da vulnerabilidade, como por exemplo: da dignidade da pessoa humana; da liberdade; da informação; da publicidade; da boa-fé; da transparência; do equilíbrio da relações (BRASIL, 1990). Todos em consonância com o princípio da coibição e repressão aos abusos de mercado, que encontra-se no art. 170, CR/88 e atua na busca pela proteção da ordem econômica, possibilitando uma concorrência leal, para que as empresas não ajam de maneira abusiva perante os consumidores. (BRASIL, 1988).

Após a análise e destaques dos dispositivos acima, nota-se a preocupação do legislador em harmonizar o interesse dos consumidores e fornecedores, visando exatamente a coibição dos abusos.

## 4 OBSOLESCÊNCIA

O termo obsolescência originou-se em meados de 1930, para que a economia fosse movimentada no pós-crise de 1929. Em 1932, Bernard London sugeriu a criação de uma agência governamental na qual determinava o “arrendamento de vida” de todos os produtos que fossem manufaturados. Logo, os consumidores teriam apenas uma opção. Ou optavam por abrir mão do item e receber parte do preço de um novo ou utilizar esse produto após a data de validade e pagar um imposto como penalidade. Essa proposta não foi cumprida, porém, os *designers* da década de 50 começaram a projetar o lixo (BOTSCHAN; ROGERS, 2011).

Esse ato estratégico para promover e estimular a economia foi uma conduta de ansiedade dos fabricantes da época, a fim de reduzir a vida útil dos produtos para assegurar um consumo ininterrupto por meio da insatisfação dos consumidores.

Atualmente, a obsolescência programada pode ser entendida como uma técnica aplicada aos produtos a fim de deixá-los desatualizados em um curto período de utilização. Isso, em razão do consumo descartável que é aceito pela sociedade contemporânea.

Em vista disso, essa conduta é utilizada como um artifício pelos fornecedores para impulsionar as pessoas a um consumo repetitivo diante da fragilidade do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) para a defesa e proteção ao consumidor.

Vive-se em uma época em que o desenvolvimento de mercado é promovido pela tecnologia – em jornais, TV, internet, revistas – e, a todo o momento, esbarra-se com lançamentos de inúmeros produtos no mercado, entrelaçados com propagandas e marcas que induzem, cada vez, mais ao consumo inadequado.

Nesse cenário de inúmeras evoluções, as pessoas trocam os produtos de forma reiterada que nem sempre o motivo é em razão da durabilidade. Isso acaba resultando em um consumo acelerado, no qual observa-se o objetivo de acompanhar as novidades e lançamentos colocados no mercado.

A obsolescência pode ser dividida em 3 (três) grupos – a tecnológica, a psicológica e a planejada/programada –, sendo que a programada, presente mundialmente, consiste em toda técnica utilizada para delimitar a durabilidade de um produto, estimulando o consumo repetitivo, bem como a redução da utilidade após um certo período de tempo.

Existe a distinção entre obsolescência e obsolescência programada. Enquanto a primeira pode decorrer do fato de um produto se tornar fora de uso, sem fator negativo relacionado e a segunda depende de um fator externo apto a influenciar a troca antecipada do produto.

É certo que alguns produtos foram produzidos e programados, como é o caso dos produtos descartáveis, para terem uma obsolescência instantânea. E, em decorrência desse fenômeno, há, no âmbito ambiental, a emissão de poluentes, o desperdício de recursos e um grande depósito de resíduos sólidos.

A questão da obsolescência programada é abordada no Recurso Especial n. 984.106 – SC (2007/0207915-3), com o voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

[...] Ressalte-se, também, que desde a década de 20 - e hoje, mais do que nunca, em razão de uma sociedade massificada e consumista -, tem-se falado em obsolescência programada, consistente na redução artificial da durabili-

dade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura.

Como se faz evidente, em se tratando de bens duráveis, a demanda por determinado produto está visceralmente relacionada com a quantidade desse mesmo produto já presente no mercado, adquirida no passado. Com efeito, a maior durabilidade de um bem impõe ao produtor que aguarde mais tempo para que seja realizada nova venda ao consumidor, de modo que, a certo prazo, o número total de vendas deve cair na proporção inversa em que a durabilidade do produto aumenta.

Nessas circunstâncias, é até intuitivo imaginar que haverá grande estímulo para que o produtor eleja estratégias aptas a que os consumidores se antecipem na compra de um novo produto, sobretudo em um ambiente em que a eficiência mercadológica não é ideal, dada a imperfeita concorrência e o abuso do poder econômico, e é exatamente esse o cenário propício para a chamada obsolescência programada (a propósito, confira-se: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor. in. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. vol. 1. Porto Alegre: Magister (fev./mar. 2005 e vol 42, dez./jan. 2012).

São exemplos desse fenômeno: a reduzida vida útil de componentes eletrônicos (como baterias de telefones celulares), com o posterior e estratégico inflacionamento do preço do mencionado componente, para que seja mais vantajoso a recompra do conjunto; a incompatibilidade entre componentes antigos e novos, de modo a obrigar o consumidor a atualizar por completo o produto (por exemplo, softwares); o produtor que lança uma linha nova de produtos, fazendo cessar aodadamente a fabricação de insumos ou peças necessárias à antiga.

Registro, por exemplo, da jurisprudência do TJRJ, caso em que um televisor apresentou defeito um ano e doze dias depois da venda (doze dias após o término da garantia), e tendo o consumidor procurado a assistência técnica, constatou ele que não existiam mais peças de reposição para solucionar o vício, de modo que, em boa verdade, o produto - bem durável - tornou-se imprestável em brevíssimo espaço de tempo (AC 0006196-91.2008.8.19.0004, 4a Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Sérgio Jerônimo A. Silveira, j. 19.10.2011).

Certamente, práticas abusivas como algumas das citadas devem ser combatidas pelo Judiciário, visto que contraria a Política Nacional das Relações de Consumo, de cujos princípios se extrai a "garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho" (art. 4º, inciso II, alínea "d", do CDC), além de gerar inegável impacto ambiental decorrente do descarte crescente de materiais (como lixo eletrônico) na natureza. (BRASIL, 2012).

Pode-se extrair do referido voto que um produto com uma vida útil menor faz com que o fornecedor induza os consumidores a realizarem compras repetitivas (BRASIL, 2012). Assim, essa prática diminui a vida útil dos produtos, o que aumenta as peças de reparo, e torna mais benéfico ao consumidor optar pela compra de um novo produto.

O Relator também destaca a incompatibilidade das peças antigas e novas, o que força o consumidor a realizar a compra de novo produto (BRASIL, 2012). Há, nessa hipótese, a redução da vida útil do produto diante da impossibilidade de manutenção.

A obsolescência, além de forçar o consumo, causa também um problema mais grave: o acúmulo de lixo.

A indústria de tecnologia fabrica cerca de 41 (quarenta e um) milhões de toneladas de lixo eletrônico, com base no Programa das Nações Unidas. Além disso, estima-se que aproximadamente cerca de 215 (duzentas e quinze) mil toneladas de lixo eletrônico vem dos EUA e da Europa, sendo despejados em Gana. (UMA ANÁLISE..., 2017).

No centro do Oceano Pacífico, no leste do Japão e a oeste do Havaí formou-se um enorme monumento de resíduos do consumismo moderno.

Esse depósito é composto, como assevera Rachel Botsman e Roo Rogers:

Trata-se de uma confusão flutuante de 3,5 milhões de toneladas de lixo, sendo que 90% é composto por plástico, tampas de garrafas, brinquedos, sapatos, isqueiros, escovas de dente, redes, chupetas, invólucros, embalagens para viagem e sacola de compras de todos os cantos do mundo. (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 3).

O fato é que muitos dos comportamentos de consumo da sociedade atual se tornaram tão habituais que não se tem consciência do impacto causado ao meio ambiente quando se fala, por exemplo do descarte.

Os lixos eletrônicos, dentre eles computadores, celulares e televisores, eram exportados para China, Paquistão e Bangladesh. Apesar das limitações impostas pela Convenção da Basileia das Nações Unidas com o objetivo de desacelerar essa transferência do lixo eletrônico, ela permanece acontecendo em uma escalada destrutiva e gigantesca (BOTSMAN; ROGERS, 2011).

O ato de comprar satisfaz as pessoas trazendo um bem-estar. A utilização desses produtos é outro caso. Muitas das vezes, ficam guardados e boa parte deles não são usados.

Da mesma forma em que se pensa onde será enterrado o lixo produzido pela humanidade, as pessoas gastam quantidades incomuns de energia e dinheiro para armazenarem objetos em excesso, ao invés de analisarem o real motivo por acumularem tantas coisas. E em algum momento eles serão descartados.

A proteção do meio ambiente é uma missão de toda a coletividade, sendo incluída no texto constitucional em seu art. 225, *caput*, CR/88 o qual dispõe:

[...] todos têm o 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).

Ainda, a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (BRASIL, 2010), que se originou a partir do dispositivo constitucional supracitado, tem por objetivo a garantia da proteção do meio ambiente, e ainda, reforça a responsabilidade a ser compartilhada entre o Poder Público, fornecedores e consumidores acerca do ciclo de vida dos produtos, das embalagens e do correto descarte.

## 5 O CASO APPLE

Em uma pesquisa realizada em 2018, promotores franceses investigaram a *Apple* pela obsolescência programada dos  *iPhones*. Essa averiguação se deu depois que a própria *Apple* anunciou em 2017 que houve, nos  *iPhones* considerados mais antigos, o desempenho reduzido, deliberadamente, em razão de atualizações feitas no sistema operacional.

Na França, é considerado crime reduzir a vida útil de um produto de maneira intencional para compelir que os consumidores comprem um produto novo. Isso, refere-se à conduta da *Apple*, ao comercializar produtos dentro da França, sabendo dessa tecnologia com a intenção de induzir os consumidores a comprar um produto novo.

Nesse cenário, a *Apple* reconheceu de maneira pública, com pedidos de desculpas, por reduzir o desempenho do  *iPhone*, por meio do retardamento das baterias e com a manipulação de dados para que o aparelho ficasse mais lento (MÜLLER, 2018). Assim, com os aparelhos funcionando de maneira vagarosa, a empresa induziu os consumidores a adquirir novos produtos, mais modernos e atualizados tecnologicamente.

No argumento de Greg Joswik, vice-presidente da *Apple*, em uma entrevista ao *podcast "The Talk Show"*, afirmou que a obsolescência planejada é uma noção absurda. Segundo ele: "É a coisa mais louca do mundo eu lhe dar uma experiência porca para que volte a comprar nosso novo produto" (MÜLLER, 2018).

O vice-presidente ressaltou que não procedem as acusações no sentido que a empresa pretendia tornar os  *iPhones* lentos em razão das atualizações de *softwares*, com o objetivo de que os consumidores adquirissem novos aparelhos (MÜLLER, 2018). No entanto, afirma que a *Apple* fazia com que os antigos aparelhos ficassem lentos com o decurso do tempo, com o objetivo de manter a autonomia da bateria desses modelos (MÜLLER, 2018).

A verdade é que as baterias de alguns modelos dos  *iPhones* estavam se deteriorando em um curto período e, dessa forma, entregavam uma corrente menor ao sistema. Por outro lado, para manter as luzes acesas, o processador e os componentes funcionavam com um menor desempenho.

Greg defende que, ao atualizar os aparelhos, a empresa oferece uma nova vida a esses produtos, desincentivando a compra de novos aparelhos. Segundo ele, se a empresa quisesse, de fato, que os consumidores comprassem novos aparelhos, seriam lançadas atualizações apenas para 6% (seis por cento) dos usuários (MÜLLER, 2018).

Em uma outra reportagem, desde que a *Apple* confessou que derrubava a performance de seus aparelhos, surgiram várias ações contra a empresa pela prática da obsolescência programada (WAKKA, 2018). A justificativa para tal comportamento é que a empresa forçava a compra de um aparelho novo, por tornar seus produtos deliberadamente obsoletos.

Um conjunto de 78 (setenta e oito) norte-americanos processou a empresa em uma ação coletiva, acusando-a de cometer a maior fraude da história contra os consumidores (WAKKA, 2018). Depois desse acontecimento, a *Apple* passou a conceder descontos para a troca de bateria, induzindo os consumidores a comprarem a peça defeituosa, e não um aparelho novo.

Outra notícia sobre a obsolescência programada, ocorreu na Itália quando a *Apple* e a *Samsung* foram multadas, em valores equivalentes a R\$ 22 (vinte e dois) milhões de reais, por uma agência reguladora, por reduzir o funcionamento dos produtos com o auxílio das atualizações de *software* (FOGAÇA, 2018).

A causa do problema é a mesma: as empresas enviaram novas versões de *softwares* que degradaram a capacidade dos aparelhos, com a finalidade de induzirem as pessoas a adquirirem modelos mais novos (FOGAÇA, 2018).

O IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – está colhendo denúncias de usuários no Brasil, em razão da provável ocorrência do mesmo problema em seus *iPhones*. E ele faz referência ao caso chileno, explicando acerca das investigações sofridas pela empresa em outros países como EUA e França. A entidade explica que o Código de Defesa do Consumidor proíbe esse tipo de comportamento (ALECRIM, 2019).

Ou seja, os relatos acima demonstram cabalmente que a referida empresa inviabilizou deliberadamente a durabilidade do produto, induzindo a compra de novos lançamentos, demonstrando que essa prática perniciosa acarreta prejuízo a milhões de consumidores pelo mundo.

## 6 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC)

Essa prática abusiva, discutida ao longo deste trabalho, constitui-se em uma conduta comercial utilizada pelos fornecedores para reduzirem a vida útil dos produtos, tornando-os obsoletos e não duráveis, reduzindo seu valor econômico. Além de forçar o consumo constante. Essa conduta era, até então, oculta aos consumidores, sendo realizada pelos fornecedores de modo intencional, em total desrespeito às normas e princípios da informação, da vulnerabilidade, da boa-fé, entre outros.

Um estudo sobre os mecanismos presentes nos instrumentos jurídicos para a proteção dos brasileiros, é de extrema relevância. Ressalta-se que, a obsolescência programada incide sobre a vida útil dos objetos. Dessa maneira, os produtos classificados como duráveis, podem ser aptos aos vícios, bem como aos defeitos. Esses elementos encontram-se previstos no CDC nos artigos 12, 14 e 18. (BRASIL, 1990).

O defeito recai sobre o dever de segurança, podendo causar um dano à saúde do consumidor. Já o vício, alcança o dever de adequação. Pode ser visualizado quando ocorre, por exemplo, uma falha que irá comprometer a finalidade, bem como a qualidade de um determinado produto.

Contudo, quanto à vida útil dos produtos, cabe ressaltar que um dos mecanismos de prevenção faz menção ao direito de informação, elencado no art. 4º, IV; 6º, III e 31 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Assim, as pessoas, ao consumirem, possuem o direito de exigir dos fornecedores informações completas, verídicas e precisas acerca dos produtos que estão adquirindo.

Outro ponto importante, é sobre o que dispõe o art. 31 do CDC, que faz referência quanto ao prazo de garantia que deve ser levado a conhecimento do consumidor, mas é omissivo quanto à informação acerca da vida útil dos produtos (BRASIL, 1990). Isso facilita a prática da obso-

lescência programada, uma vez que, o procedimento utilizado na fabricação dos produtos, fica afastado ao entendimento do consumidor.

Quanto ao controle de qualidade, o CDC prevê alguns dispositivos de prevenção que deveriam, pelo menos em tese, obstaculizar a obsolescência programada (BRASIL, 1990).

Os arts. 23 e 24 do CDC, preveem a atuação das entidades públicas e privadas de controle de qualidade, vinculadas ao SINMETRO - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial -, bem como as sanções administrativas e a atuação do Poder Judiciário em face de produtos perigosos ou nocivos à saúde, e à incolumidade da pessoa, dispostas no art. 102, CDC (BRASIL, 1990).

Desse modo, o fato dos fornecedores anteciparem a vida útil de um produto, gera uma insatisfação nos consumidores, por trazer prejuízos diante de sua perda, bem como da realização de uma nova compra para adquirir outro bem. Assim, a boa-fé objetiva, que é basilar no direito consumerista, é constantemente violada por esse fenômeno abusivo.

Outro ponto que é importante de ser analisado, é o desrespeito quanto à vulnerabilidade do consumidor que não possui conhecimento e condições para aferir as técnicas de fabricação dos produtos.

As práticas comerciais estão elencadas, a priori, nos arts. 29 a 38 do CDC. O art. 39, CDC enumera uma série de práticas tidas como abusivas e, indubitavelmente, a obsolescência programada encontra-se inserida, mesmo que de maneira não explícita nesse contexto (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, pode-se entender que essa prática seria uma conduta ou ato que esteja em contradição com o ordenamento jurídico, em especial, a legislação consumerista. No mesmo entendimento, dispõe o art. 66 do CDC: "Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa" (BRASIL, 1990).

Assim, a depender do caso, a prática da obsolescência programada, pode ser considerada um ato ilícito, por omitir informações importantes com relação à qualidade, bem como quanto à durabilidade do produto.

Na hipótese de um contrato trazer uma cláusula prevendo essa prática, ela será nula de pleno direito, por se encaixar, também, no art. 51 do CDC, o qual traz um rol exemplificativo.

No que tange à responsabilidade do fornecedor pelos vícios do produto, o art. 18, do CDC menciona que o comerciante e o fabricante respondem, solidariamente, pelos vícios do produto. Assim, não deve confundir o vício com as deteriorações naturais dos objetos.

Depois de constatada a responsabilidade do fornecedor, pode o consumidor optar pelas alternativas previstas no art. 18, CDC - ressarcimento, substituição ou abatimento do preço - podendo ainda, pedir perdas e danos (BRASIL, 1990).

Ainda assim, de forma tímida, prevê o art. 32 que o fornecedor tenha peças à disposição dos produtos, quando tiver acabado a importação ou fabricação (BRASIL, 1990).

Pode-se concluir que, a obsolescência programada é um vício oculto, pois se manifesta após um certo tempo de uso, mas está presente desde o momento da aquisição do produto, não sendo facilmente detectada pelo consumidor.

Nessa concepção, o consumidor terá o prazo previsto no art. 26, II, do CDC, contado a partir da descoberta do vício, independentemente de garantia legal ou contratual, levando em conta apenas a vida útil do bem (BRASIL, 1990).

Por fim, a obsolescência programada vem sendo reconhecida pelos tribunais com condenações favoráveis ao consumidor. O julgado abaixo reconhece o vício oculto no produto, desconsiderando o prazo decadencial previsto no art. 26, II, §3º do CDC.

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VÍCIO NO PRODUTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FOGÃO QUE APRESENTA VÍCIO CINCO ANOS APÓS A AQUISIÇÃO. VÍCIO DE FABRICAÇÃO DEMONSTRADO. FORNECEDOR QUE RESPONDE PELO TEMPO PRESVISTO PELA VIDA ÚTIL DO BEM. OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA. PRODUTOS QUE SÃO FABRICADOS PARA TER UM CURTO TEMPO DE VIDA. ABUSIVIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 26, II, §3º DO CDC. DECADÊNCIA AFASTADA. RESTITUIÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. (PARANÁ, 2017).

Nesse contexto, a consumidora adquiriu em 2015, um fogão da requerida, no qual apresentou um defeito. Logo, foi encaminhado para assistência técnica. A autora, pagou pelo reparo, mas, soube que a empresa não produzia mais do referido produto e que a peça não foi trocada. A sentença julgou o pleito de indenização por danos morais improcedente, alegando que decorreu o tempo de vida útil do produto (PARANÁ, 2017).

Insatisfeita com a decisão de primeiro grau, a consumidora interpôs o Recurso Inominado requerendo a procedência do pleito inicial. No Tribunal, ficou reconhecida a presença de um vício oculto, uma vez que não ocorreu um desgaste natural, mas houve um projeto, um cálculo da estrutura, entre outros elementos que anteciparam o prazo de duração do produto. Como consequência, essa atitude da empresa violou a boa-fé, bem como descumpriu o dever de informação (PARANÁ, 2017).

De acordo com o Relator, o produto adquirido pela reclamada teria vida útil entre 8 e 10 anos, não sendo admissível que produtos eletrodomésticos tenham uma vida ínfima, de tal forma que imponha ao consumidor a comprar outro sem um prazo inferior a cinco anos (PARANÁ, 2017).

Dessa maneira, o julgado acima confirma o reconhecimento da obsolescência programada pelo Poder Judiciário, ficando nítida a abusividade em face dos consumidores, dentro dos quais, vem ganhando razão e proteção como desejado pelo ordenamento jurídico brasileiro (PARANÁ, 2017).

A lição, após análise acima, é de que o enquadramento da prática abusiva da obsolescência programada na legislação consumerista pode até ser cogitado, mas depende, em alguma medida, de “boa vontade” e de uma interpretação do Poder Judiciário em face da ausência de comando legal expresso e taxativo. Ou seja, o CDC, ainda, se revela insuficiente e ineficaz no combate pleno contra tal prática.

## 7 SOLUÇÃO

Há, de fato, uma lacuna no CDC (BRASIL, 1990) que dificulta o fim dessa situação. A solução necessária é a sua atualização que deverá conter as seguintes previsões: a) dever do fornecedor estabelecer a vida útil dos produtos, atendendo, assim, seu dever informacional, cabendo ao consumidor optar por um produto longo ou de desgaste prematuro; b) que o fornecedor indique o ciclo de vida do bem durável para que o consumidor conheça a durabilidade, o que colocaria um fim nas incertezas presentes nas relações de consumo quanto aos vícios ocultos, garantindo, assim, transparência e eficiência na relação; c) que haja uma inclusão de dispositivo na legislação que preveja de modo expresso a abusividade da obsolescência programada; d) que haja obrigação dos fornecedores de coletar os produtos considerados como obsoletos, dando-lhes a destinação correta, ou de informarem aos consumidores o correto descarte dos mesmos, para atender o consumo sustentável, ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, houve até uma tentativa, através do Projeto de Lei (PL) n. 5.367/2013 da Deputada Andréia Zito, que propunha a obrigação do fornecedor de produtos em fornecer informações ao destinatário final acerca do prazo de vida útil de bens considerados duráveis de maneira mais nítida, ostensivo, preciso e em língua portuguesa, de modo a estabelecer sanções administrativas e penais em caso de descumprimento. (ZITO, 2013), mas que fora arquivada.

Percebe-se, então, a urgência da atualização legislativa. Mas enquanto uma legislação específica não é editada para solucionar o problema, resta o reconhecimento pela jurisprudência, buscando, efetivamente, a proteção dos consumidores.

## 8 CONCLUSÃO

O consumo é uma necessidade humana, fenômeno que ocorre ao longo de toda a história.

A obsolescência programada, tida como uma estratégia mercadológica para tornar um produto ultrapassado, é um fenômeno considerado pelos doutrinadores como recente, que teve sua evolução no século passado, em especial nos Estados Unidos. É uma prática constante no sistema capitalista para forçar o ato de consumo. Nesse fenômeno – obsolescência programada –, há um aumento periódico de vendas de produtos, o que resulta no lucro dos fornecedores, em razão da diminuição da vida útil daqueles, estando o consumidor, em uma verdadeira situação de vulnerabilidade.

Aqui, não se confunde obsolescência programada com inovação. Esta significa introdução de melhorias tecnológicas, por exemplo, objetivando o aperfeiçoamento do produto. Aquela, entende que o fornecedor, de maneira deliberada, utiliza mecanismos para reduzir a vida útil dos produtos e até para que eles apresentem falhas em um curto período de tempo.

Um caso emblemático internacional sobre a obsolescência programada relatado no trabalho foi o da gigante americana *Apple*. A empresa mencionada, efetuou a redução da taxa de desempenho do processador conforme a deterioração ordinária das baterias. Ou seja, inativou deliberadamente a durabilidade do produto, induzindo a compra do novo lançamento.

Dito isto, pode se inferir duas realidades: a primeira, é que a obsolescência programada está inserida na sociedade de consumo e, que por vezes, tem gerado danos gravíssimos ao meio ambiente, pela quantidade imensa de resíduos que vêm sendo descartados todos os anos pelo mundo. E a segunda, refere-se à ausência de comandos eficazes e taxativos no CDC, que impeçam estas práticas abusivas por estes mesmos fornecedores.

No ordenamento jurídico pátrio, para prevenir e reparar esses comportamentos, o CDC é considerado ainda insuficiente. O próximo passo é a atualização da legislação combinada com uma atuação do Poder Público na regulação e fiscalização para eliminar essa prática considerada abusiva realizada pelos fornecedores.

## REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. Idec coleta relatos de brasileiros sobre obsolescência programada no iPhone. *In*: TECNOBLOG. **Notícias**. 2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/278777/idec-relatos-iphone-obsoloscencia/>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 204 p.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu**: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Tradução Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011. 231 p.

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... **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 mar. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm). Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm). Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em 14 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 984.106/SC. Relator: Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cdc-protoger-consumidor-obsoloscencia.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CONSUMIR. *In*: Dicio, dicionário online de Português. 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/consumir/>. Acesso em: 7 abr. 2019.

FOGAÇA, André. Apple e Samsung são multadas na Itália por obsolescência programada. *In*: TECNOBLOG. **Notícias**. 2018. Disponível em: <https://tecnoblog.net/265009/apple-samsung-multadas-obsoloscencia-programada/>. Acesso em: 1 abr. 2019.

LIPOVESTSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 408 p.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1696 p.

MÜLLER, Leonardo. Apple diz que obsolescência programada é a "coisa mais louca do mundo". *In*: **TECMUNDO. Mercado**. 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/131034-apple-obsolescencia-programada-coisa-louca-mundo-htm>. Acesso em: 9 abr. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo RI 000746097201681601820**. Relator: Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso. Curitiba, 15 fev. 2017. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433430761/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-746097201681601820-pr-0007460-9720168160182-0-acordao/inteiro-teor-433430766?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 abr. 2019.

UMA ANÁLISE da obsolescência programada e o acúmulo de lixo eletrônico no mundo. *In*: **TERRA. Canaltech**. 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/canaltech/uma-analise-da-obsolescencia-programada-e-o-acumulo-de-lixo-eletronico-no-mundo,b5154bd916a988743f2401d6a4bfc160g03whw6q.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

UNITED NATIONS. **Res/39/248**. Distrital General: UN, 1985. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-n%C2%BA-39248-de-16-de-abril-de-1985-em-ingl%C3%AA>s. Acesso em: 25 abr. 2019.

WAKKA, Wagner. Grupo de 78 pessoas processa a Apple por obsolescência programada do iPhone. *In*: **CANALTECH. Jurídico**. 6 jul. 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/juridico/grupo-de-78-pessoas-processa-a-apple-por-obsolescencia-programada-do-iphone-117352>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ZITO, Andreia. **Projeto de Lei nº 5.367, de 2013**. Obriga o fornecedor de produtos a prestar informação ao consumidor sobre o tempo de vida útil de bens de consumo duráveis e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=571612>. Acesso em: 23 abr. 2019.

# 14

CAPÍTULO

# O MERO DISSABOR À LUZ DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

ILAN LANSKY<sup>1</sup>

GIOVANNI GALVÃO VILAÇA GREGÓRIO<sup>2</sup>

PAULO MÁRCIO REIS SANTOS<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O trabalho visa discorrer sobre a aplicação pelos tribunais brasileiros do entendimento de meros aborrecimentos frente à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, nos casos em que o consumidor necessita desprender de seu tempo vital, renunciando de suas atividades existenciais, para solucionar os problemas na relação de consumo que surgiram devido à má prestação do fornecimento de serviço ou produto pelo fornecedor, seja por dolo ou culpa. Diante não uniformização jurisprudencial a respeito do tema, é patente a relevância da pesquisa, realizada sob a base lógica do método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** mero dissabor; teoria do desvio produtivo; tempo vital; relação de consumo.

## ABSTRACT

---

*The study aims to discuss the application by the Brazilian courts of the understanding of mere annoyances regarding the Theory of Consumer Productive Deviation, in cases where the consumer needs to give up his vital time, renouncing his existential activities, to solve the problems in the relationship of consumption that have arisen due to the poor provision of the service or product by the supplier, whether through intent or guilt. In the face of non-standardization of jurisprudence on the subject, the relevance of the research, carried out under the logical basis of the deductive method, through bibliographic and documentary research, is evident.*

**Keywords:** mere discontent; productive deviation theory; vital time; consumer relationship.

---

1 Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. ilanrei@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9355160895137080>

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Pós graduado em Direito Processual Civil, Administrativo e Eleitoral. Professor da Prime Cursos Jurídicos e Approbare Preparatório. Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Revisor de periódicos da Revista Meritum. giovanni\_vilaca@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8600408389906409>.

3 Sócio-fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Professor no Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diplomado no Curso de Relações Internacionais do Instituto Legislativo Brasileiro (Senado Federal). Professor universitário e pesquisador. E-mail: paulo.marcio@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117691847816487>.

---

### Como citar o presente artigo científico:

LANSKY, Ilan; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça; SANTOS, Paulo Márcio Reis. O mero dissabor à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 229.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um período pós-industrial de consumo, oriundo do progresso tecnológico, econômico e organizacional da humanidade, baseado na globalização e no uso de tecnologia, observa-se o fenômeno da contratação em massa.

A massificação da produção e da distribuição de bens deu origem a um novo ramo de ciência jurídica, o Direito do Consumidor, voltado para a correção das desigualdades entre a classe dos consumidores, que engloba grande parte da população, e dos fornecedores, compostas pelos industriais e comerciantes.

Coube ao Direito Consumerista o papel de regular as relações entre os entes da relação de consumo, de maneira que tais relações sigam as regras e princípios impostos pela Constituição Federal Brasileira, respeitando os direitos fundamentais e individuais impostos pela Carta Magna e os preceitos e as imposições obrigacionais reguladas, também, pelo Código Civil Brasileiro.

Devido a massificação nas relações de consumo, há uma quantidade enorme de casos em que o fornecedor não cumpre com suas obrigações e acabam impondo ao consumidor uma verdadeira *via crucis* para solucionar ou mitigar os danos decorrentes deste descumprimento.

Por vezes, os magistrados definem esses percalços do consumidor como meros dissabores da vida cotidiana, não merecedores da respectiva indenização, o que se revela equivocado em diversas situações em que o consumidor mereceria ressarcimento, o que será analisado na dimensão da responsabilidade civil.

No entanto, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, abordada a seguir, proporciona fundamentação jurídica para a aplicação de indenização nas situações nas quais o consumidor é lesado e não tem o dano reparado. A partir do entendimento de que o tempo de vida é um bem de valor incalculável e que não pode ser recuperado, pode ser definido como atributo da personalidade e, portanto, tutelado pelo rol de direitos fundamentais.

Quando o consumidor desprende de seu tempo vital para solucionar problemas oriundos da má prestação de serviço ou produto do fornecedor, haverá dano extrapatrimonial, de natureza existencial, pois seu tempo e suas atividades existenciais são atingidas. Essas atividades são aquelas que integram o projeto de vida das pessoas e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade.

Além do dano extrapatrimonial, poderá estar presente, ao mesmo tempo, dano patrimonial, em situações em que o consumidor emprega do seu dinheiro para arcar com os ônus da conduta do fornecedor.

Na sequência, far-se-á análise de alguns julgados em que, ora se aplica a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, ou ora é afastada. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, proferiu decisões contraditórias em decisões colegiadas através de sua Terceira e de sua Quarta Turma. Por se tratar da mais alta corte em matéria infraconstitucional, há necessidade de analisar os julgados, visando discorrer sobre a concordância da teoria com as normas voltadas às relações de consumo e sobre seus parâmetros e requisitos para sua aplicação.

A fonte de pesquisa é a bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos e dissertações. A vertente metodológica é a teórico-jurídica e o método dedutivo.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Constituição e as leis infraconstitucionais, o Estado impõe aos cidadãos inúmeros deveres de conduta que muitas vezes são desrespeitados, ocasionando em prejuízo a outrem. Ao cidadão que pratica o ato ilícito, resta, então, a responsabilidade em indenizar pelo dano causado ao próximo. Essa consequência jurídica patrimonial, oriunda do descumprimento obrigacional se dá o nome de Responsabilidade Civil. O dano moral foi instituído no sistema jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

O Código Civil Brasileiro dispõe no artigo 186, que diz “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e em conjunto com seu artigo 926, que prevê, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), estabelece o dever de quem causar dano indenizar, reparar o dano causado.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), existe a responsabilidade civil tradicional e a responsabilidade das relações de consumo, esta última prezando pela confiança dos consumidores, estabelecendo um direito subjetivo à segurança dos consumidores e da sociedade de que os produtos e serviços disponíveis no mercado atendam a padrões de segurança razoáveis e, ainda, que o ressarcimento dos danos sejam rápido e efetivo.

Para cumprir estas metas, o CDC reconhece a responsabilidade objetiva do fabricante, afastando-se do sistema brasileiro que exige a culpa própria para a responsabilização. Nesta hipótese, segundo Zelmo Denari, a relação de responsabilidade decorrente do inadimplemento de obrigação contratual, responsabilidade contratual ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo, responsabilidade extracontratual, ficam em cargo dos fornecedores (DENARI, 2001).

O Direito Consumerista institui dois modelos de responsabilização, uma que abrange os vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e outra pelos danos causados aos consumidores, os acidentes de consumo. Conforme Zelmo Denari, entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um serviço ou produto por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros (DENARI, 2001).

Já a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um vício de qualidade, atingindo além da incolumidade econômica, causando danos à saúde física ou psicológica do consumidor ou de terceiros. O CDC estipula uma teoria de qualidade, definindo que os produtos ou serviços colocados no mercado pelos fornecedores deverão ter uma qualidade-segurança (DENARI, 2001), consoante os artigos oitavo a dezessete e qualidade-adequação, nos artigos dezoito a vinte e cinco (BRASIL, 1990).

### 3 DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A histórica evolução dos modos de produção, culminando no sistema capitalista, levou a um expressivo aumento da produtividade pelo homem, gerando excedentes e uma sociedade altamente especializada, interdependente, permitindo às pessoas elevada capacidade de troca de bens e serviços. Desta forma, os indivíduos tiveram a liberalidade de consumir um produto ou serviço, produzido por um fornecedor especializado na atividade, que por consequência, tem a capacidade de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessita para aproveitar a seu próprio uso.

O fornecimento adequado de um produto ou serviço, com qualidade ao consumidor, tem o poder de liberar seus recursos produtivos para utilizá-lo em seu benefício próprio. Os recursos produtivos, segundo a teoria do autor Marcos Dessaune, são o tempo e as competências (conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes) da pessoa necessários para o desenvolvimento de qualquer atividade (DESSAUNE, 2017).

Ainda conforme o autor, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que os fornecedores têm o dever legal de colocar no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança, de dispor informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços, de agir sempre com boa-fé, de não empregar práticas abusivas, de não gerar riscos ao consumidor, ou reparar os que por ventura ocorrerem (DESSAUNE, 2017).

Não obstante, todo fornecedor tem a missão implícita de liberar os recursos produtivos do consumidor, por meio do fornecimento de produtos ou serviços de qualidade que permitam ao consumidor empregar seu tempo e suas competências em atividades de sua livre escolha e preferência, considerando suas atividades existenciais (DESSAUNE, 2017). Essas atividades são aquelas que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade (DESSAUNE, 2017).

Na visão de Marcos Dessaune, a missão geral do fornecedor é de servir o consumidor de maneira adequada, satisfazendo suas necessidades, desejos e expectativas, promovendo o bem-estar, contribuindo para sua existência digna e possibilitando sua realização humana (DESSAUNE, 2017).

Na realidade fática das relações de consumo, no entanto, são inúmeros os casos de fornecedores que não cumprem com suas missões. Profissionais autônomos, empresas privadas e o próprio Estado, ao invés de servirem os consumidores de modo adequado e com qualidade, rotineiramente violam a lei, por ato culposo ou doloso, seja por despreparo, desatenção, descaso ou mesmo, pela prática de sua atividade com má-fé (DESSAUNE, 2017).

Atuando desta forma, constituem-se atos antijurídicos potenciais ou efetivamente danosos aos consumidores, frustrando suas expectativas e confiança, motivando o dever jurídico do fornecedor de sanar o problema e indenizar o consumidor.

Ocorre que geralmente não apresentam esta solução de modo espontâneo, rápido e eficiente, muitas vezes de modo culposo, sem intenção de obter vantagem indevida e muitas vezes de modo doloso, com intenção de auferir lucro na prática lesiva, mediante o sacrifício do

consumidor, aproveitando do seu domínio do conhecimento e de seu poder econômico, repassando ao consumidor o encargo de solucionar o problema ou de arcar com os prejuízos do ato (DESSAUNE, 2017).

Devido ao imenso número de transações diárias em vários setores do mercado, essa prática ilícita acaba atingindo um grande número de pessoas, lesando direito individual homogêneo de uma coletividade determinada ou determinável de consumidores ligados por um fato comum, gerando prejuízos coletivos e auferindo aos fornecedores grandes somas de lucro ou elevada economia em gastos que seriam utilizados para sanar estes danos (DESSAUNE, 2017).

Esta conduta de tentar atenuar, impossibilitar ou exonerar suas responsabilidades oriundas do mau fornecimento do produto ou serviço, configura prática abusiva, vedada pelos artigos 25, 39, V e 51, I e IV do CDC (BRASIL, 1990).

Diante desse cenário, resta ao consumidor a alternativa de assumir o prejuízo do problema ou tentar solucioná-lo. Essas alternativas, além de indesejadas, são prioritárias, necessárias ou inevitáveis, portanto, o fornecedor além de restringir a possibilidade de escolha do consumidor, influencia sua vontade.

O consumidor precisa tomar uma decisão, forçado pelas circunstâncias do momento e renunciando a alguns de seus direitos de consumidor, o que evidencia renúncia antijurídica a sua plena liberdade de escolha e de ação no mercado de consumo. Todavia, O CDC e a vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada, não permitem que o consumidor sofra estas restrições ou limitações, implicando lesão ao direito fundamental da liberdade de escolha e da igualdade de contratação no mercado de consumo, amparados no princípio da dignidade humana (DESSAUNE, 2017).

Essa série de condutas é o que Marcos Dessaune define como o desvio dos recursos produtivos do consumidor ou, resumidamente, desvio produtivo do consumidor, descrito como o fato ou evento danoso que ocorre quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, consome o seu tempo vital, que é um recurso produtivo, e se desvia das suas atividades cotidianas, que geralmente são atividades existenciais (DESSAUNE, 2017).

Além disso, pode-se aventar a violação princípios do Direito Consumerista, uma vez que a vulnerabilidade do consumidor é o fundamento dessa proteção inderrogável. Independentemente do resultado de seu esforço para solucionar o problema, há, por parte do consumidor, perda definitiva de parcela do seu tempo total de vida, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna (DESSAUNE, 2017).

O tempo vital, existencial ou produtivo é suporte implícito da própria vida, atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos de personalidade (DESSAUNE, 2017). Ao enfrentar tais situações, o consumidor sofre um dano extrapatrimonial com efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, sendo um dano certo, imediato e injusto, portanto, indenizável *in re ipsa*.

Além disso, assumindo os deveres operacionais e custos materiais do fornecedor para solucionar ou reparar o problema de consumo, o consumidor sofre prejuízo patrimonial, revelando, também, lesão à propriedade privada. Dessa forma, sofre um dano emergente, sendo certo, imediato e injusto, no qual poderá ser ressarcido mediante comprovação (DESSAUNE, 2017).

Simultaneamente, o fornecedor, ao violar a ordem jurídica, transferindo deveres e custos operacionais ao consumidor, aufere lucro extra e injustificado, novamente antijurídico. Ao ocasionar em desvio produtivo, o fornecedor torna-se responsável pelo prejuízo do tempo (bem jurídico) desperdiçado pelo consumidor e pela alteração danosa das suas atividades planejadas ou desejadas (interesses jurídicos), alteração danosa de sua vida. Assim, Dessaune classifica esse tempo pessoal do consumidor em “tempo vital, existencial ou produtivo”, enquanto designa este novo instituto em apreço de “Responsabilidade Civil por Desvio Produtivo do Consumidor” (DESSAUNE, 2017, p. 88).

Considerando que os profissionais liberais respondem subjetivamente pelo fato do serviço, como prega o artigo 14, §4º do CDC, os requisitos ou pressupostos necessários para que o fornecedor faltoso possa ser civilmente responsabilizado pelo desvio produtivo do consumidor, independente de culpa, são estes: (1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) onexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo, também facultativo (DESSAUNE, 2017, p. 278).

## 4 MEROS ABORRECIMENTOS E O DESVIO PRODUTIVO

A Constituição da República de 1988 define os contornos e extensão do dano moral em seu artigo 5º, V (que afirma o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”) e X (que define como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”) (BRASIL, 1988) e, especialmente, no art. 1º, n. III, que promoveu à categoria de fundamento do Estado Democrático “a dignidade da pessoa humana”.

Sérgio Cavalieri aduz que

Só se deve reputar como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

Igualmente, não se pode incluir na esfera do dano moral certas situações que, embora desagradáveis, são necessárias ao desempenho de determinadas atividades, como, por exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega. No julgamento do Recurso Especial n. 750.735, o STJ já proferiu decisão no sentido de que, se o dano não foi antecedido de gravidade, não há que se pensar em indenização.

CIVIL E PROCESSUAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPARO DE VEÍCULO. DEFEITO NO AR CONDICIONADO. EXECUÇÃO INADEQUADA. SUCESSIVAS TENTATIVAS PELA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL CONCEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECURSOS ESPECIAIS QUE DISCUTEM O INCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DO DANO MORAL. EXCLUSÃO. I. O Superior Tribunal de Justiça não é competente para julgar matéria de cunho constitucional. II. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a matéria impugnada é devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que dirimiu a controvérsia de modo claro e completo, apenas de forma contrária aos interesses da parte. III. Indevida a indenização por dano moral, por não compreendida a hipótese de defeito em ar condicionado nas situações usualmente admitidas para concessão da verba, que não se confundem com percalços da vida comum. Precedentes. IV. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, providos. (BRASIL, 2009).

Há também, decisão de tribunal estadual que decide como mero dissabor a prática abusiva intencional e reiterada de megaempresa de telefonia que ocasiona desvio produtivo do consumidor, com ementa assim proferida:

APELAÇÃO CÍVEL CONSUMIDOR AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA PROCEDENTE IRRESIGNAÇÃO LIMITADA À EXISTÊNCIA DE DANO MORAL COBRANÇA INDEVIDA MERO DISSABOR DANOS MORAIS AFASTADOS RECURSO CONHECIDO E PROVIDO SENTENÇA REFORMADA

1. Tanto a declaração de inexistência do débito quanto a ordem de abstenção de realização de cobranças relativas ao contrato nº 2108578194 não foram objeto do apelo, razão pela qual o exame recursal se restringirá aos limites da irresignação, ou seja, sobre a efetiva existência de danos morais e, subsidiariamente, a adequação de sua fixação.
2. Embora afirme a requerente que vinha sendo indevidamente cobrada por serviços que não contratou, não consta das alegações autorais nenhuma menção de que houve inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito.
3. A cobrança indevida, isoladamente, não se constituiu em fato extraordinário do qual tenha decorrido consectários negativos à apelada, considerando, principalmente, que a empresa apelante sequer se insurgiu quanto à declaração de inexistência do débito.
4. Não se observa, assim, que da cobrança tenha resultado qualquer consequência mais gravosa à recorrida, não ensejando, pois, a condenação da empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais em razão do evento em comento.
5. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (ESPÍRITO SANTO, 2016).

De acordo com a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, os percalços sofridos pelo consumidor ao lidar com problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos criados pelos próprios fornecedores, não deve ser definido como mero dissabor, aborrecimento ou contratempo normal da vida do consumidor, visto que o dano moral é definido como a lesão a um atributo da personalidade humana e as situações de desvio produtivo implicam efetiva lesão ao tempo do consumidor (DESSAUNE, 2017).

O tempo deve ser entendido como um atributo da personalidade humana, tutelado no rol aberto dos direitos da personalidade, reconhecendo-se que tais eventos danosos de consumo configuram, ao menos, dano moral indenizável (DESSAUNE, 2017).

Ao arcar com os encargos de tais problemas de consumo, o consumidor sofre dano extrapatrimonial com efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, sendo um dano certo, imediato e injusto, portanto, indenizável *in re ipsa*. A lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, enquanto que a lesão antijurídica às atividades existências do consumidor configura dano existencial. Consequentemente, um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial (DESSAUNE, 2017).

Quando um magistrado decide pela aplicação de meros aborrecimentos em situações onde o tempo vital e as atividades existenciais do consumidor são violados, caracterizando um dano extrapatrimonial de natureza existencial indenizável, ocorrem algumas consequências negativas para as relações de consumo, consoante Marcos Dessaune prevê em sua obra (DESSAUNE, 2017).

Imediatamente, é possível perceber que haverá um estímulo contrário à ordem constitucional transmitido aos fornecedores, que continuarão se comportando livremente de forma culposa ou dolosa, causando danos de desvio produtivo aos consumidores, obtendo vantagens indevidas e lesando os cidadãos (DESSAUNE, 2017).

Outra consequência é o aumento do nível de frustração, irritação e de estresse do consumidor, que rotineiramente, mesmo não sendo responsável pelo evento, fica obrigado a arcar com a solução do problema, aplicando seu tempo e recursos de forma indesejável, pois, obviamente, poderiam estar realizando outras atividades existenciais (DESSAUNE, 2017).

A quarta sequela levantada pelo autor, é o afastamento do consumidor da sua realização como ser humano, pois irrefutável desrespeito ao seu tempo de vida, suas atividades existenciais, seus compromissos, vontades, desejos e planos (DESSAUNE, 2017).

Marcos Dessaune demonstra em seu livro que até fevereiro do ano de 2017, foram encontrados 852 acórdãos publicados pelos tribunais de justiça estaduais, oriundos de câmaras cíveis e de turmas recursais contendo o texto "desvio produtivo", o que indica uma crescente aplicação da teoria e, também, uma maior preocupação no meio jurídico com as relações de consumo, com a valorização do tempo vital e das atividades existenciais dos consumidores (DESSAUNE, 2017). O autor ainda destaca a maior responsabilização dos fornecedores pelos encargos da resolução dos problemas causados pela sua prestação de serviço ou fornecimento de produto (DESSAUNE, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça ainda não pacificou o entendimento a respeito da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e sua aplicabilidade.

No julgamento do REsp n. 1.737.412/SE, a relatora, ministra Nancy Andrighi, entendeu que a instituição financeira, ao não se adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impôs à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, suficiente para a configuração do dano moral coletivo:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.

2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.

5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.

6. No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.

7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.

8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

10. Recurso especial provido. (BRASIL, 2019a).

Outro julgado em consonância com a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, é o do REsp n. 1.634.851/RJ, também de relatoria da ministra Nancy Andrighi:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO

EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE.

1. Ação civil pública ajuizada em 07/01/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73.

2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/73); (ii) a preclusão operada quanto à produção de prova (arts. 462 e 517 do CPC/73); (iii) a responsabilidade do comerciante no que tange à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica (art. 18, caput e § 1º, do CDC).

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73.

4. Esta Corte admite a juntada de documentos, que não apenas os produzidos após a inicial e a contestação, inclusive na via recursal, desde que observado o contraditório e ausente a má-fé.

5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.

6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC).

7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele – consumidor – quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante –, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém.

8. Recurso especial desprovido. (BRASIL, 2018).

Por outro norte, a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.647.452/RO, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, verificou-se entendimento diverso, afastando a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. LIMITE DE TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO ESTABELECIDO POR LEI LOCAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. EXSURGIMENTO. CONSTATAÇÃO DE DANO. NECESSIDADE. SENTIDO VULGAR E SENTIDO JURÍDICO. CONFUSÃO.

DESCABIMENTO. FATO CONTRA LEGEM OU CONTRA JUS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. USO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM O FITO DE PUNIÇÃO E/OU MELHORIA DO SERVIÇO. ILEGALIDADE. DANO MORAL. LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. ABORRECIMENTO, CONTRATEMPO E MÁGOA. CONSEQUÊNCIA, E NÃO CAUSA. IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. AÇÃO GOVERNAMENTAL.

1. Os arts. 186 e 927 do CC estabelecem que aquele que, por ação ou omissão, causar efetivamente dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ficará obrigado a repará-lo. Para caracterização da obrigação de indenizar o consumidor não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato contra legem ou contra jus ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

2. Como bem adverte a doutrina especializada, constitui equívoco tomar o dano moral em seu sentido natural, e não no jurídico, associando-o a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito a amplo subjetivismo do magistrado.

3. Com efeito, não é adequado ao sentido técnico-jurídico de dano a sua associação a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como caráter de mera punição, ou com o fito de imposição de melhoria de qualidade do serviço oferecido pelo suposto ofensor, visto que o art. 944 do CC proclama que a indenização mede-se pela extensão do dano efetivamente verificado.

4. O art. 12 do CC estabelece que se pode reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade, bens tutelados que não têm, per se, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico.

5. A espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental).

6. O art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que, presumivelmente, as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm efeito de coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2019b).

No voto, o ministro relator considerou que o Código de Defesa do Consumidor exige de todos os fornecedores de serviços prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, menciona os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, ressaltando que, para caracterizar obrigação de indenizar, não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado (BRASIL, 2019b).

O ministro entendeu que para aplicar essa teoria, seria necessário realizar juízos morais e éticos, uma vez que princípios são deontológicos, colocaria os próprios valores de quem julga como imposição aos cidadãos, caracterizando, ainda, violação do princípio da separação das funções, pois estaria substituindo o legislador (BRASIL, 2019b).

Entende ser papel do legislador a apreciação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais e que o CDC, no seu artigo 4º, inciso II (BRASIL, 1990), estabelece que a política nacional das relações de consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, e que no caso de espera em fila de banco, existem leis municipais englobando o tema e que define, coercitivamente, a aplicação de multa no descumprimento pelo fornecedor, seguindo critérios do regime jurídico de Direito Administrativo (BRASIL, 2019b).

No entanto, observa-se que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor está inserida no âmbito das relações de consumo, e é inegável que o CDC protege o consumidor do ônus de responsabilidade do fornecedor. Sendo assim, a própria lei já define as condições para que o Judiciário aplique suas imposições, não configurando nenhuma lesão ao princípio da separação das funções.

Ademais, a discussão sobre a aplicabilidade da teoria fora da seara consumerista é um debate inoportuno no momento em que se decide sua aplicabilidade em seu contexto de aplicação originário, que são as relações de consumo. A teoria não associa o dano a qualquer prejuízo economicamente incalculável, mas somente àquele definido no CDC, específico, que é consequência do descumprimento do dever legal de servir de forma adequada o consumidor.

O dano pode ser de natureza extrapatrimonial, quando se atinge o tempo vital do consumidor e suas atividades existenciais, e também material, casos em que o consumidor precisa arcar com gastos para solucionar ou mitigar os danos. Inclusive, não há que se falar em amplo subjetivismo do magistrado, pois o mesmo estará agindo conforme as normas e princípios regidos pela constituição e pelo CDC nas relações consumeristas.

De fato, o que se vê constantemente nas relações de consumo são grandes empresas adotando diversas práticas abusivas que implicam prejuízo aos consumidores, ao mesmo tempo em que obtêm lucros.

Ao aplicar o entendimento dos meros aborrecimentos, o Judiciário deixa de aplicar a lei, pois nesses casos, há dano visivelmente identificado e, também, notório enriquecimento ilícito por parte das empresas, o que demonstra a importância da aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, para que a proteção das relações de consumo esteja de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição da República.

## 5 CONCLUSÃO

Com a massificação da produção e do consumo, houve aumento do número de relações de consumo no mercado brasileiro. Da mesma forma, cresceu também o número de casos de descumprimento das leis consumeristas.

Tanto a Constituição da República de 1988, quanto o Código de Defesa do Consumidor, ordenam que os fornecedores prestem seus serviços ou produtos com qualidade, eficiência e com boa-fé. Devido à grande quantidade de empresas oferecendo bens e serviços, qualquer transgressão dos deveres dos fornecedores, podem causar dano considerável, pois atinge os consumidores. Em alguns casos, as violações são propositais, de má-fé, por exemplo, quando o fornecedor repassa os encargos da reparação da sua oferta de produto ou serviço ao consumidor, fazendo com que este tenha que desprender de seu tempo e recursos para resolver o problema ou mitigar os danos ocasionados pela má prestação de serviço ou produto pelo fornecedor.

O Superior Tribunal de Justiça ainda não pacificou o entendimento sobre o tema, eis que em alguns julgados se aplica a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, em outro caso entendeu-se pela inaplicabilidade da teoria, ao fundamento de que o tempo puído pelo consumidor se tratava de mero dissabor.

A discussão envolve a denominação do tempo de vida do consumidor como atributo dos direitos da personalidade, a competência do Judiciário em definir um novo tipo de dano, a intervenção das decisões do Judiciário nas relações privadas, a tutela do CDC quanto ao desvio produtivo do consumidor e a configuração e reparação do dano de tempo vital desperdiçado resultante da relação de consumo.

De todo modo, pode-se entender que o tempo é um dos bens mais preciosos da pessoa humana, é um recurso produtivo limitado, um bem econômico escasso e inacumulável. A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor sustenta que os fornecedores têm como uma missão implícita a liberação dos recursos produtivos dos consumidores, o tempo e as competências (conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes) da pessoa necessárias para o desenvolvimento de suas atividades, para dar condições aos consumidores de empregarem seu tempo e suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência. Tempo existencial, como atributo da personalidade. O tempo vital, existencial ou produtivo é sustento da própria vida, um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos de personalidade.

Nesse sentido, quando o consumidor dispense de seu tempo vital e deixa de realizar suas atividades existenciais em razão de descumprimento do dever legal do fornecedor, deve ser caracterizado o dano e a suposta reparação. Contudo, alguns julgados interpretaram essas situações como meros aborrecimentos comuns da vida em sociedade, portanto, sem direito à devida reparação. Em outros casos, os tribunais têm aplicado essa teoria em situações em que o consumidor é lesado pela perda do seu tempo nas relações de consumo.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2021
- BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, Senado, 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm) Acesso em: 2 mar. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.634.851 RJ**. Rel. Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Julgado em 12/09/2017, DJ 15/02/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201700046058](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700046058). Acesso em: 24 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.647.452 RO**. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. Segunda Turma. Julgado em 25/02/2019, DJ 28/03/2019a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=2019005446](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=2019005446). Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.737.412 SE**. Rel. Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Julgado em 05/02/2019, DJ 08/02/2019b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=20190445889](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=20190445889). Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 750.735 RJ**. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgado em 04/06/2009, DJ 17/08/2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=2009005546](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=2009005546). Acesso em: 16 mar. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.
- DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 154-155.
- DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. rev. e ampl. Vitória, ES: s.n., 2017.
- ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Apelação Cível nº 0000578-97.2015.8.08.0014**, Rel. Des. Augusto Nanderly. Sexta Câmara de Direito Privado. Julgado em 25/06/2019, DJ 30/08/2019. Disponível em: [https://www.tjes.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201955114456](https://www.tjes.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201955114456). Acesso em: 14 mar. 2021.

# 15

CAPÍTULO

# DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS *POST MORTEM*

GRISTIANNE PIMENTA REIS<sup>1</sup>

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO<sup>2</sup>

LAÍS ALVES CAMARGOS<sup>3</sup>

PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES<sup>4</sup>

## RESUMO

---

O artigo propõe-se a discutir o direito sucessório dos embriões excedentários *post mortem*. O objetivo é compreender a questão da reprodução humana assistida e seu impacto no Direito de Família, sob o ponto de vista da vontade e autonomia do progenitor, à luz da Constituição da República de 1988 e os princípios nela estatuídos e inerentes ao Estado Democrático de Direito. Será abordada a possibilidade da concepção de filho após a morte de seu genitor, por meio das técnicas de reprodução humana assistida e a sua participação no direito sucessório. Anote-se que o Código Civil de 2002 abordou a questão de maneira incipiente, não especificando a possibilidade de direito à sucessão desses embriões. Para desenvolver o estudo, valeu-se da pesquisa bibliográfica, do método dedutivo, do raciocínio lógico e a dedução, a permitir a concluir pelo direito sucessório dos embriões excedentários *post mortem*, diante das lacunas deixadas pelo nosso legislador.

**Palavras-chave:** reprodução assistida; embriões; direito sucessório; *post mortem*; isonomia.

- 
- 1 Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC Minas. Graduada em Direito pela FUMEC. Graduação em Administração pela Universidade FUMEC.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8891317312076082>.
  - 2 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Mestre em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC (2020). Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Assessor Judiciário do TJMG. Professor Universitário.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. Publons: AAM-4092-2020 . ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179> .
  - 3 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-graduada em Direito Público. Professora universitária. Coordenadora Adjunta e Editora Chefe das Revistas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) e do Observatório de Pesquisa (projeto da Processualistas vinculado ao Grupo de Pesquisa Processo Civil Contemporâneo da UFC). Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: [laisalves8@gmail.com](mailto:laisalves8@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7573071908977176>.
  - 4 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Pesquisador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: [pauloricaldoni@gmail.com](mailto:pauloricaldoni@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

---

### Como citar o presente artigo científico:

REIS, Gristianne Pimenta; RIBEIRO, Adriano da Silva; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves. Dos embriões excedentários post mortem. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 244.

## ABSTRACT

*The article proposes to discuss the inheritance rights of surplus post-mortem embryos. The objective is to understand the issue of assisted human reproduction and its impact on Family Law, from the point of view of the will and autonomy of the parent, in the light of the Constitution of the Republic of 1988 and the principles established in it and inherent to the Democratic Rule of Law. The possibility of conceiving a child after the death of their parent will be addressed, through assisted human reproduction techniques and their participation in inheritance law. It should be noted that the Civil Code of 2002 approached the issue in an incipient way, not specifying the possibility of the right to the succession of these embryos. To develop the study, he made use of bibliographic research, the deductive method, logical reasoning and deduction, to allow concluding by the right of succession of surplus postmortem embryos, in the face of the gaps left by our legislator.*

**Keywords:** assisted reproduction; embryos; succession law; postmortem; isonomy.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como finalidade precípua, discutir as técnicas de reprodução assistida dos embriões excedentários e o seu impacto no direito sucessório *post mortem*. A medicina e o desenvolvimento biotecnológico avançaram e evoluíram através de técnicas, que possibilitaram, aos seres humanos gerar vida após a morte do genitor.

Anote-se que, na parte das sucessões, o Código Civil de 2002 dispõe sobre a pessoas ainda não concebidas, nascituro e pessoas vivas (BRASIL, 2002). No que se refere aos embriões excedentários, o estudo do tema se justifica por se tratar de lacunas deixadas pelo legislador, uma vez que não é mencionado no dispositivo o direito sucessório dos embriões excedentes.

Assim, o presente trabalho tem-se como objetivo analisar se há a possibilidade de o embrião excedentário ter direito à herança após a morte do seu genitor.

Dessa forma, será utilizado o método dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica, exploratória e no exame dos textos constitucionais e legais, a respeito do direito sucessório dos embriões excedentários *post mortem*, diante das lacunas deixadas pelo legislador.

Este artigo estrutura-se, com abordagem, no primeiro capítulo, sobre a reprodução humana assistida e as técnicas utilizadas no Brasil, a inseminação artificial, o direito de procriações dos embriões excedentários e as normas utilizadas pelo Conselho Federal da Medicina. No segundo capítulo, será analisada a questão do direito sucessório em relação à criança concebida após a morte do seu genitor, bem assim a sucessão legítima e a sucessão testamentária, previstas no Código de Civil (BRASIL, 2002). Finalmente, no terceiro capítulo, examinar-se-á o significado da substituição fideicomissária, suas modalidades, requisitos, direitos e deveres e a sua finalidade em relação ao direito dos embriões excedentários. Nas conclusões, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema a respeito do direito sucessório dos embriões excedentários *post mortem*.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O conceito de família, antes da Constituição da República de 1988, era regulamentado, tendo como fundamento a igreja e a religião, em caráter absoluto. À prole gerada fora de uma relação matrimonial, não era atribuído o direito a filiação. Após a Constituição da República de 1988, a concepção de família sofreu diversas transformações, deixando de ser a tradicional família patriarcal romana, passando a ser a família nuclear contemporânea (BRASIL, 1988).

A medicina evoluiu e surgiram técnicas que podem resolver a situação dessas novas famílias permitindo que essas tenham o direito de procriação.

A reprodução assistida consiste em técnicas utilizadas para a procriação dos seres humanos, feita pela interferência de um especialista, que a partir da manipulação de óvulos e espermatozoides, possibilita a geração de uma nova vida humana, sem a necessidade de relação sexual, para os casais que possuem dificuldades de fertilização.

Para Eduardo de Oliveira Leite, defensor da utilização das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, "as procriações artificiais surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefícios de um casal estéril. E o papel da medicina tem ocupado posição decisiva e fundamental no projeto parental" (LEITE, 1995, p. 12).

Afirma, ainda, quanto ao desejo do casal de gerar um filho, que:

O desejo de ter filhos não é apenas resultante do instinto de reprodução; atualmente, ninguém o contestaria, este desejo é reconhecido como uma aspiração legítima do casal. Quando esta aspiração não pode ser atingida naturalmente, através da procriação carnal, entra em cena a procriação artificial (LEITE, 1995, p. 146).

Nesse contexto, é necessário pensar a respeito das implicações jurídicas, tendo em vista o disposto no art. 226, §7º da Constituição da República:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Já o Código Civil prevê, no artigo 1.565, que: "[..] § 2o - O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas". (BRASIL, 2002).

Logo, pode-se dizer que se trata de escolha do casal recorrer a todos os meios científicos disponíveis para planejar a sua família.

## 2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida consistem em um conjunto de técnicas realizadas por médicos especializados para os casais que possuem dificuldades de conceber filho através da via natural.

Com o avanço da tecnologia e da necessidade da sociedade em relação à forma familiar, que os casais sofriam, puderam ser superados por diversos tipos de métodos utilizados na reprodução assistida.

### 2.1.1 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial consiste em estimular o período fértil da mulher, com o uso de medicações e da coleta do esperma. Esse procedimento é aconselhado para casais jovens, que apresentam quadro clínico praticamente normal cuja dificuldade de fecundação, se encontre na movimentação dos espermatozoides ou na baixa motilidade dos espermatozoides masculinos.

Ensina Ana Claudia Brandão Ferraz que:

Na realização da inseminação artificial, primeiramente recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um doador, através da masturbação. Os espermatozoides, então, são analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando-se os normais dos anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crioprotetora composta por um glicerol misturado à frutose, antibiótico e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plásticos numerados, os quais estão prontos para serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado em 20 anos. (FERRAZ, 2009, p. 44).

No método da inseminação artificial, assim, tanto os espermatozoides quanto os óvulos utilizados na inseminação artificial podem ser frescos ou congelados. Estando congelados, a fecundação poderá ocorrer muito tempo depois de coletado, até mesmo após a morte do doador.

### 2.1.2 FERTILIZAÇÃO IN VITRO (FIV OU FIVETE)

A fertilização in vitro trata-se de técnica a ser adotada, quando o quadro clínico da mulher envolver endometriose e doenças nas trompas, em casais com idade avançada, ou quando ocorre a baixa contagem dos gametas masculinos. Essa técnica é mais conhecida como “bebê de proveta” e foi utilizada com sucesso primeiramente em 1978, por Steptoe e Edwards (FERRAZ, 2009, p. 45). Nesse procedimento, o tratamento começa através de medicamentos para estimular a ovulação e logo após são coletados para o processo de seleção. Com a união dos gametas feminino e masculino, surge o embrião que depois é implantado no útero da mulher. A fertilização in vitro é utilizada para as mulheres que congelam seus óvulos.

Essas técnicas podem ser úteis em diversas circunstâncias, entre os diversos tipos de famílias do século atual, tais como, as dos casais homossexuais, indivíduos que querem ter filhos sozinhos ou mesmo mães que querem postergar a gravidez.

## 2.2 DO DIREITO A PROCRIAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Os embriões excedentários são aqueles que não foram implementados no útero materno. Também são conhecidos como “embriões sobranes”, “congelados” ou “criopreservados”.

O congelamento de embriões é uma técnica para conservação de embriões, em temperatura de -196°C (cento e noventa e seis graus celsius negativo), para que esse possa ser transferido para o útero, posteriormente (CLÍNICA ORIGEN, 2017).

Em suma, os embriões excedentários podem ficar congelados para serem utilizados futuramente, pela vontade do doador do material genético.

Todavia, cabe apontar que o ato de procriar é uma das funções mais importantes dos seres humanos. No entanto, nem todos conseguem pelo modo convencional: uns por desejarem ter filhos sozinhos, outros por terem relacionamento com parceiro do mesmo sexo, entre outros motivos.

Com o avanço da medicina e do desenvolvimento biotecnológico, os seres humanos podem gerar a vida, não apenas de maneira natural, mas também com a intervenção humana, através de técnicas de reprodução assistida.

No Código Civil de 2002, conforme disposto no art.1.597, quanto à presunção de paternidade, o legislador pretendeu a adequação da norma frente aos avanços científicos, tendo em evidência as novas técnicas de reprodução assistida:

Art. 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Esse dispositivo do Código Civil, com destaque para os incisos III e IV (BRASIL, 2002), atribui a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial legítima a possibilidade de reprodução pelos casais que desejam ter filhos e que não podem ter pela via natural, possibilitando a intervenção humana, através dos procedimentos artificiais.

## 2.3 AS REGRAS DO CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA (CFM)

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica, atuando na defesa da saúde da população e dos interesses da classe médica.

Ao longo dos anos, o CFM, publicou e revogou algumas resoluções sobre a infertilidade humana. A primeira Resolução, de nº 1.358/92, foi publicada no Diário Oficial da União, em 19 de novembro, de 1992, na Seção I, p. 16053 (BRASIL, 1992).

A segunda Resolução, de nº 1.957, foi publicada no Diário Oficial da União, em 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 7 (BRASIL, 2010). A terceira Resolução de nº 2.013, do CFM, publicada no Diário Oficial da União, de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119 (BRASIL, 2013).

Novos acréscimos foram realizados, na quarta Resolução de nº 2.121, publicada no Diário Oficial da União, de 24 de setembro de 2015, na Seção I, p. 117 (BRASIL, 2015).

Por fim, a última atualização feita pelo Conselho Federal de Medicina sobre as normas para utilização das técnicas de reprodução assistida (RA) no Brasil, foi a Resolução nº 2.168, publicada no Diário Oficial, de 10 de novembro de 2017, na Seção I, p. 73. A mencionada Resolução aborda vários pontos em seu documento, orientando os médicos e pacientes de uma forma objetiva sobre o conhecimento das normas referente aos direitos e deveres (BRASIL, 2017).

As principais mudanças da Resolução nº 2.168/2017 estabeleceram que:

A nova resolução permite que os pacientes sem problemas reprodutivos diagnosticados possam optar às técnicas de reprodução assistida, tendo a possibilidade de planejar sua família de acordo com seu calendário pessoal;

Foi estendida a possibilidade de cessão temporária do útero para familiares até 4º grau de parentesco, como por exemplo, filha e sobrinha que agora também pode ceder temporariamente seus úteros;

Foi reduzido de cinco para três anos o período mínimo descarte de embriões. O novo critério vale tanto em casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situações de abandono;

Sobre a doação voluntária de gametas, a nova resolução abriu a possibilidade também para mulheres, sendo que os homens já eram contemplados;

A idade máxima para ser doador em processo de reprodução assistida será de 35 anos para mulheres e de 50 anos para homens. No caso de transferência do embrião para útero de paciente, não podem se submeter a este tratamento mulheres com mais de 50 anos.

O número máximo de embriões a serem transferidos será quatro, podendo ser menor de acordo com a idade do paciente. (CLÍNICA CONCEPTUS, 2018).

Cabe ressaltar que, “por decisão da Câmara Técnica de Reprodução Assistida, que preparou o texto da norma aprovada pelo Plenário do CFM, a alteração no prazo para descarte ocorreu para manter o texto em sintonia com a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que permite a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais” (BRASIL, 2005).

Ressalta-se, ainda, que a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), tem como objetivo proteger a dignidade do embrião, eis que as pesquisas daqueles embriões inviáveis e que não mais serão destinados à reprodução, podem ser benéficas para sociedade não causando problema moral, desde que os progenitores e o Código de Ética autorizem (BRASIL, 2005).

## 3 DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

O fundamento legal do direito sucessório está no artigo 5º, XXX, da Constituição da República, que dispõe sobre o poder legítimo de herança (BRASIL, 1988). Trata-se de direito que assegura a determinadas pessoas haver para si os bens deixados pelo seu antigo titular.

Na esfera infraconstitucional, a matéria é recepcionada pelo Livro V, do Código Civil de 2002, do artigo 1.784 ao 2.027 (BRASIL, 2002). É o último livro, que, para Flávio Tartuce, não poderia ser diferente, pois a morte deve fechar qualquer norma geral da vida privada da pessoa humana (TARTUCE, 2016).

Nos termos do que dispõe o artigo 1.784<sup>5</sup>, do Código Civil, a transmissão da herança ocorre no momento da abertura da sucessão (BRASIL, 2002). A abertura da sucessão hereditária ocorre com a morte da pessoa natural. Após a morte, de acordo com a vocação hereditária, transmite-se a herança aos herdeiros. Caso não se tenha herdeiros, ocorrerá o fenômeno da vacância que é a transmissão da herança para o município.

Para o direito sucessório, o marco inicial da sucessão é o momento da morte do falecido.

Da análise do instituto da sucessão, considera-se aberta a sucessão, no momento da morte ou do que se presume-se a morte de alguém. O direito hereditário ocorre nesse instante, com a substituição do falecido pelos seus sucessores.

Destarte, conclui-se que o princípio de *saisine* preconiza que a sucessão é apenas no momento da morte do testador, não ocorrendo entre os herdeiros vivos.

### 3.1 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima é aquela que ocorre em decorrência de lei, de acordo com a vocação hereditária, prevista no artigo 1.829, Código Civil. É deferida, sucessivamente, em favor de a) descendentes, em concorrência com cônjuge sobrevivente, a menos que casado sob o regime de comunhão de bens ou, na hipótese de comunhão parcial, não haver bens particulares; b) ascendentes, em concorrência com o cônjuge, independente do regime de bens; c) cônjuge sobrevivente; e d) colaterais até o 4º grau (BRASIL, 2002).

Os primeiros a herdar são os filhos e o cônjuge, se não houver filhos e cônjuge, são chamados os herdeiros colaterais.

Verifica-se que a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro da vocação hereditária é que os mais próximos excluem os mais remotos.

No Código Civil, os artigos 1.845 a 1.850, o legislador garantiu o direito dos herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Desse modo, o artigo 1.846 do Código Civil, impõe que a metade dos bens da herança, pertencem aos herdeiros necessários (BRASIL, 2002). Ao fazer um testamento, só é possível dispor livremente de até metade dos seus bens da herança, pois a outra metade disponível são dos herdeiros necessários.

### 3.2 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária está prevista no Código Civil, a partir do artigo 1.857 (BRASIL, 2002). O testamento é um documento pelo qual o titular dos bens, expressamente, manifesta a sua vontade de como deve ser feita a divisão de seus bens, após sua morte.

O Código Civil, de forma expressa, garante o direito dos legitimados necessários, ficando o testador impossibilitado de incluir no testamento. O ato do testamento é personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo, além do prazo de 5 anos, o direito a de impugnar a validade é contado a partir do registro.

Cumprido ressaltar que, se não houver herdeiros necessários, a liberdade de testar será plena, podendo o testador afastar da sucessão os herdeiros colaterais, conforme o art.1.850 da Código Civil (BRASIL, 2002).

### 3.3 DA SUCESSÃO MISTA

A sucessão mista é aquela em que há herdeiros legítimos e herdeiros testamentários. Uma parte da sucessão se cumpre por força de lei e a outra realiza-se segundo a vontade do falecido, disposta em testamento.

## 4 DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Fideicomisso é um instituto típico do direito das sucessões, pelo qual, alguém, ao dispor do seu próprio patrimônio, institui o herdeiro do herdeiro, permitindo que por sua vontade, seja possível a transferência de bens para um ser humano ainda não concebido, ou seja, que não nasceu.

### 4.1 DAS MODALIDADES

Acerca da substituição fideicomissária, existem três modalidades de pessoas. A primeira, chamada de fideicomitente ou fiduciante, é o autor da herança, o testador que deixa os bens através do testamento, que institui a substituição mediante sua declaração de vontade. A segunda é o fiduciário, que é a pessoa de confiança do testador que será responsável para suceder no lugar no autor da herança, encarregado de cuidar do patrimônio deixado e, posteriormente, repassar para o fideicomissário. A terceira pessoa, fideicomissário, é a pessoa que ainda não foi concedida, sendo o último destinatário da herança ou do legado, e que os receberá por morte do fiduciário, ou realizada certa condição, ou se decorreu o tempo estabelecido pelo disponente (GONÇALVES, 2018).

Para Maria Helena Diniz:

A substituição fideicomissária consiste na instituição de herdeiro ou legatário, designado fiduciário, com a obrigação de, por sua morte, acerto tempo ou por condição preestabelecida, transmitir a outra pessoa, chamada fideicomissário, a herança ou legado. Se incidir o fideicomisso em bens determinados, ter-se-á

fideicomisso particular, esse assumir o aspecto de uma herança, abrangendo a totalidade ou uma quota parte do espólio, será fideicomisso universal. (DINIZ, 2005, p. 341).

O Código Civil dispõe nos artigos 1.951 a 1.960 sobre a substituição fideicomissária:

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário. (BRASIL, 2002).

Cumprido destacar que a substituição fideicomissária é o instrumento, que tem como objetivo principal, atender o desejo do autor de beneficiar herdeiro não existente da abertura da sucessão. A utilidade do instituto está justamente em possibilitar a prole eventual, sobre o indivíduo que ainda será concebido.

## 4.2 DOS REQUISITOS DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Existem quatro requisitos para a configuração da substituição fideicomissária. O primeiro requisito, chamado dupla vocação, quando é direcionada ao herdeiro ou legatário, trata-se da vocação direta. Aquela que é conduzida ao substituto trata-se da vocação indireta. A ordem sucessiva é o segundo requisito, conforme dispõe no artigo 1.953, Código Civil, onde o fiduciário recebe a herança primeiro, com todos os direitos e prerrogativas assegurados no artigo 1.228, Código Civil (BRASIL, 2002). O terceiro é a instituição em favor de pessoas não concebidas, ao tempo da morte do testador, e versa sobre o chamamento da sucessão de pessoas designadas pelo testador, ainda que não concebidos no momento da abertura da sucessão. Utilizando-se dessa substituição, pode o testador nomear fiduciário já existente e indicar como fideicomissária a prole que vir a ter. No caso em que o fideicomissário já tiver nascido e, posteriormente, morrer, adquirirá "a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário", nos termos do art.1.952, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002). A obrigação de conservar o bem para depois restituir, quarto requisito, é a obrigação de conservar o bem que recebeu, para que futuramente o fideicomissário possa receber.

## 4.3 DOS DIREITOS E DEVERES DO FIDEICOMISSÁRIO

Os direitos do fideicomissário estão assim previstos:

- a) Ajuizar medidas cautelares, de conservação dos bens, antes de verificada a substituição;
- b) Exigir, correlatamente ao dever do fiduciário, que este proceda ao inventário dos bens gravados e preste caução de restituí-los (art.1953, parágrafo único), salvo, neste último caso, se dispensado pelo testador;

- c) Receber, se aceitar a herança ou legado, a parte que ao fiduciário, em qualquer tempo, crescer;
- d) Recolher a herança ou legado, como substituto do fiduciário, se este falecer antes do testador, renunciar a sucessão, ou dela for excluído, ou se a condição sob qual o mesmo fiduciário foi nomeado, não verificar (art.1943, CC/02);
- e) Renunciar a herança ou legado e, com isso, acarretar a caducidade do fideicomisso;
- f) Aceitar a herança ou o legado, se o fiduciário os renunciar, salvo disposição em contrário do testador, conforme estabelece o art. 1954 do CC/02 (v.n.6, d. retro);
- g) Recolher, findo o fideicomisso, o valor do seguro ou preço da desapropriação no qual se sub-roga o bem fideicomitido, ocorrendo desapropriação ou destruição, ocasionada por sinistro. (MAXIMILIANO, 1964, p. 125).

Quanto aos deveres, estão previstos no Código Civil: a) Responder pelos encargos da herança que ainda restarem quando vier à sucessão, se o fiduciário não pôde satisfazê-los (art. 1.957); b) Indenizar o fiduciário pelas benfeitorias úteis e necessárias, que aumentarem o valor da coisa fideicometida (art. 964, III, 1.219) (BRASIL, 2002).

#### 4.4 FINALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

O instituto do fideicomisso tem como finalidade garantir o direito da prole eventual. Esta, por sua vez, está prevista no artigo 1.799 do Código Civil: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2002).

O legislador permite, por meio do testamento, a vontade do genitor em dispor a favor daquele que ainda não foi concebido. Todavia, a lei assegura o direito da pessoa, por ato da última vontade, dispor de seus bens, assegurando a parte legítima e quando o genitor possua herdeiros necessários.

#### 5 DA DIVERGÊNCIA NA DOUTRINA

O Código Civil Brasileiro ao estabelecer no art.1.798, deixou lacunas, pela não observância do direito do filho concebido *post mortem* (BRASIL, 2002). Dessa forma, ao mencionar apenas as pessoas concebidas, surgiram diversos questionamentos na doutrina acerca da existência ou não do direito sucessório dos embriões excedentários.

Mediante a exegese do art. 1.798, Código Civil, refere-se sobre a capacidade sucessória: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002).

Observa-se nesse ponto a divergência entre os doutrinadores referente às pessoas nascidas já concebidas.

Existem os adeptos da teoria concepcionista, acreditam que os embriões por analogia aos nascituros possuem personalidade jurídica é o caso da jurista Maria Berenice Dias.

Entretanto, para Maria Helena Diniz, os embriões não possuem capacidade sucessória, eis que não foram implantados no útero e que o embrião estaria em situação diferente em relação ao nascituro, não merecendo tratamento equânime e que o indivíduo teria que estar vivo no momento da abertura da sucessão ou já concebida após a morte do *de cuius*.

Para Maria Berenice Dias:

A determinação de que se interprete as **cláusulas testamentárias** buscando identificar o desejo do testador nada mais é do que lhe assegurar as garantias constitucionais mesmo após a morte. Porém, há que se relativizar a garantia de respeito à última manifestação de vontade. Justifica-se a restrição à liberdade de testar do titular do direito de propriedade para assegurar a preservação de sua família. Daí a instituição dos herdeiros **necessários**, que limita à metade a disponibilidade do titular do patrimônio. (DIAS, 2011, p. 33, grifo do autor).

Tendo em vista o Enunciado n. 267 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil prevê que “A regra do art. 1.798 do CC/2002 deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança” (BRASIL, 2002).

Como o direito não consegue acompanhar a velocidade com que surgem as necessidades da sociedade, acaba gerando insegurança jurídica e divergências entre os doutrinadores, sendo necessário que se encontre soluções também para as situações inusitadas.

Todavia cabe aos operadores do direito, aplicar os princípios constitucionais.

## 6 CONCLUSÃO

O Código Civil brasileiro de 2002, no seu livro V, dispõe sobre o direito sucessório. No ordenamento jurídico existe uma indagação acerca do nascimento posterior desse filho. O que se questiona é se, nessa situação, ele teria direito à herança. Diante dessa situação, o Código Civil, deixou lacunas legislativas, não regulamentando os direitos dos filhos concebidos *pós mortem* do seu genitor.

No âmbito do direito constitucional, há o artigo 226, §7º que garante a livre escolha do casal, sobre a melhor forma de fazer o planejamento familiar. O artigo 227, §6º, expressamente proíbe qualquer discriminação entre os filhos relativos à filiação e os mesmos direitos, prevalecendo o princípio da isonomia. Conforme o artigo 1º, inciso III, que dispõe referente Estado Democrático de Direito o princípio fundamental que é o da Dignidade da Pessoa Humana, eis que é valor constitucional que erradia sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988).

Todavia, cabe apontar que, o Código Civil prevê, por meio da substituição do fideicomisso, (artigos 1.951 a 1.960), que é possível garantir à prole eventual, através do testamento, o direito a herança, dos embriões excedentários, porém esses embriões sem o testamento não possuem respaldo jurídico.

Desse modo, apesar de ainda não haver nenhum Projeto de Lei tratando sobre os embriões excedentários, verifica-se a necessidade para que a proteção dos embriões seja total, acerca do direito da herança dos filhos frutos da inseminação artificial *post mortem*.

Diante do exposto, devem ser respeitados os direitos dos filhos concebidos após a morte do genitor, em conformidade aos princípios consagrados na Constituição da República (BRASIL, 1988). Cabendo aos operadores do direito, regulamentar o uso das técnicas de reprodução humana assistida *pós mortem* e o direito sucessório dos embriões excedentários.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992**. 1992. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010**. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013**. 2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015**. 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 17 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11105-24-marco-2005-536209-norma-pl.html>. Acesso em: 7 jan. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 7 jan. 2020.
- CLÍNICA CONCEPTUS. **Reprodução assistida**: conheça as novas regras no Brasil. 16 fev. 2018. Disponível em: <http://clinicaconceptus.com.br/2018/02/reproducao-assistida-novas-regras/>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- CLÍNICA ORIGEN. **Reprodução humana**: transferência de embriões congelados. 2017. Disponível em: <https://origen.com.br/reproducao/humana/tratamentos/transferencia-de-embrioes-congelados/>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6
- FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológico, ético e jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. III
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

# 16

CAPÍTULO

# A ANÁLISE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

ALESSANDRA LAGE MARTINS<sup>1</sup>

ROBERTA MACIEL CAMPOLINA<sup>2</sup>

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo analisa a questão jurídica da adoção por casais homoafetivos. São apresentados os efeitos da adoção. As mudanças sociais trouxeram alterações legais que ampliou o conceito de família. O julgamento da ADPF 132-RJ e da ADI 4277-RJ pelo Supremo Tribunal Federal admitiu a união homoafetiva como entidade familiar, portadora dos mesmos direitos que as entidades familiares tradicionais. Diante disso, perquire-se os impedimentos legais para adoção por casais homoafetivos e se prejudicaria o desenvolvimento social e influenciaria na orientação sexual do menor. Este artigo procedeu a investigação científica empregando a metodologia consistente na pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo.

**Palavras-chave:** família; princípios; homo afetividade; direitos; adoção.

## ABSTRACT

---

*This article analyzes the legal issue of adoption by same-sex couples. The effects of the adoption are presented. Social changes brought about legal changes that broadened the concept of family. The judgment of ADPF 132-RJ and ADI 4277- RJ by the Supreme Federal Court admitted the same-sex union as a family entity, bearer of the same rights as traditional family entities. In view of this, legal impediments to adoption by same-sex couples are lost and social development would be harmed and would influence the sexual orientation of the child. This article proceeded to scientific investigation using the methodology consistent in bibliographic research, using the deductive method.*

**Keywords:** family; principles; homo-affectivity; rights; adoption.

---

1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3044104972552576>. E-mail: [alessandralagem@gmail.com](mailto:alessandralagem@gmail.com)

2 Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1190949510865954>. E-mail: [roberta.campolina@hotmail.com](mailto:roberta.campolina@hotmail.com).

3 Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Coordenadora-Adjunta do IMDP – Instituto Mineiro de Direito Processual. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: [freitasgaby@hotmail.com](mailto:freitasgaby@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4971454368506778>.

---

### Como citar o presente artigo científico:

MARTINS, Alessandra Lage; CAMPOLINA, Roberta Maciel; FREITAS, Gabriela Oliveira. A análise jurídica da adoção por casais homoafetivos. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 257.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo análise da adoção por casais homoafetivos a luz das modificações introduzidas pelo legislador com a evolução da sociedade em relação a entidade familiar, e ao próprio indivíduo.

A reflexão abrangerá uma análise sobre o desenvolvimento psicológico dos adotados diante dos preconceitos ainda existentes em nossa sociedade.

As relações sociais e familiares foram predominantemente marcadas pela heterossexualidade, e por isso, ainda atualmente, existe dificuldade de aceitação dos casais homoafetivos como entidades familiares.

As inúmeras mudanças sociais, econômicas e políticas ao longo da história moderna acabaram por ampliar a concepção de família, abrindo espaço para o surgimento de novas configurações familiares.

A análise deste estudo será especificamente sobre a possibilidade da adoção de crianças por casais homoafetivos, apesar de não descartar a existência de outros modelos familiares como as famílias poliafetivas, monoparentais e anaparentais.

A adoção deixou de ser apenas uma forma de ter filhos a quem não podia tê-los biologicamente, passando a representar um ato de amor que permite a formação de estruturas familiares por laços de afetividade.

O presente artigo inicia com um estudo sobre a origem e o conceito de família, bem como a evolução dos novos modelos familiares, como as famílias homoafetivas e o reconhecimento do afeto como valor, decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Posteriormente o trabalho irá abordar os princípios constitucionais norteadores do instituto da adoção, no qual a doutrina e a jurisprudência têm aceitado a possibilidade da adoção por casais homoafetivos levando em consideração principalmente os princípios da afetividade e do melhor interesse do menor.

Por fim, serão analisados os aspectos da adoção homoafetiva e seus efeitos, a adoção conjunta, e a possibilidade jurídica da adoção homoafetiva e seus meios, relacionando a legislação vigente no ordenamento jurídico e os possíveis preconceitos sociais ainda existente em relação a este tema.

Portanto, o presente artigo procura analisar as relações homoafetivas e o processo de adoção a ele relacionados. Diante disso, indaga-se: Quais os impedimentos legais para adoção por casais homoafetivos e se prejudicaria o desenvolvimento social e influenciaria na orientação sexual do menor?

Este artigo procedeu a investigação científica empregando a metodologia consistente na pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo.

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MODELOS DE FAMÍLIA

A família é uma entidade que sofre constantes modificações em sua base, devido aos avanços sociais e econômicos do indivíduo com o passar dos séculos, tendo seus valores e princípios reestruturados, fazendo evoluir para novos conceitos de família.

A estrutura convencional da família foi impactada pelas modificações advindas da Revolução Industrial, em que uma economia centrada no sistema agrário evoluiu para o sistema industrial. Verificou-se assim, dois fatores marcantes nesse período, sendo eles: o aumento do mercado de consumo e a inclusão da mulher na sociedade, gerando uma ruptura no padrão tradicional familiar, pois a mulher conquistou sua autonomia e passou desempenhar novos papéis na sociedade.

No período anterior à Constituição de 1988, a concepção da família brasileira era tratada dentro do conceito de sistema patriarcal, em que as mulheres não possuíam os mesmos direitos que os homens.

Desta forma, com o advir da Constituição da República de 1988, houve a inserção das mudanças sociais que se procederam ao longo das décadas, atualizando as normas jurídicas, e assim a família deixa de ser um instituto e passa a assegurar ao indivíduo garantias, não sendo mais a família um mantenedor patrimonial, tornando-se uma vinculação de afeto, como destaca Caio Mário:

Substitui-se, a organização autocrática uma orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do agnatio pela vinculação biológica de consanguinidade (cognatio). Os Pais exercem o poder familiar, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (PEREIRA, 2009, p. 30).

As entidades familiares que eram estruturadas através da concepção do matrimônio tradicional passaram a ter uma nova formatação a partir do vínculo de afetividade.

A família pode ser considerada tanto uma estrutura pública como uma relação privada, sendo o primeiro o agente socializador do ser humano. Desta forma, o indivíduo é considerado a base dessa estrutura, e isso gera abertura para novos modelos familiares, possibilitando assim que a igualdade e o respeito mútuo sejam ângulo deste novo conceito (DIAS, 2014).

Portanto, a família contemporânea passa a integrar modificações que ocorreram na sociedade conforme o decorrer dos anos.

### 2.1 NOVOS MODELOS FAMILIARES

No decorrer da história da humanidade o conceito de família sofre mudanças em função das adequações a novos costumes e valores advindos da sociedade em que está inserida.

A Constituição da República de 1988 reforça a família como base da sociedade. Entretanto, forma de convívio foram reconhecidas, e isso trouxe uma revolução nas estruturas sociais.

O conceito de entidade familiar sofreu alterações com o advento dos novos modelos familiares, não se restringindo somente ao conceito tradicional de matrimônio. Houve a introdução do vínculo monoparental e a união estável, e com isso o casamento perde sua função de destaque na formação da família.

A proteção da família está correlacionada a realização existencial e afetiva do indivíduo. A proteção constitucional da família está direcionada a proteção do ambiente de realização e desenvolvimento do indivíduo. Nesta nova formação o direito da família se aprofunda através de novos valores e princípios, tendo como base os direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a solidariedade social e a afetividade (LÔBO, 2009).

O fundamento principal do instituto da família como entidade passa do objetivo da procriação para uma finalidade de realização afetiva. A nova concepção da família extrapola os laços de consanguinidade e insere a concepção do afeto e solidariedade.

Um dos novos conceitos advindos dessa mudança na formação da estrutura familiar são as famílias constituídas por casais homoafetivos.

## 2.2 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

O Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 132 (BRASIL, 2014a) e da ADI 4.277 (BRASIL, 2014b), reconhece e introduz nos relacionamentos homossexuais o conceito de união homoafetiva como uma nova estrutura familiar, tornando-a assim legal perante a lei e assumindo os direitos e deveres das entidades familiares.

As uniões homoafetivas são relações sustentadas por afetividade de pessoas do mesmo sexo, e isto acaba por ser alvo de preconceito e intolerância por parte da sociedade, fato que fere o direito fundamental do indivíduo, garantido na Constituição da República, em que o ser humano possui direito a sua liberdade individual e à dignidade (BRASIL, 1988).

Preconceitos arraigados em estruturas familiares tradicionais perpetuados em parte da sociedade não podem levar a omissão do Estado deixando desamparados juridicamente e socialmente parte da população.

O Código Civil brasileiro de 2002 não regulamentou em sua promulgação as uniões homoafetivas, e naquela ocasião impediu que as mesmas tornassem uma instituição familiar, não concebendo as mesmas o direito de união estável, proteção do estado, e nem a sua consumação em casamento (DINIZ, 2021).

A omissão do legislador acabou por gerar necessidade de regulamentação posteriores que garantissem as relações homoafetivas o direito de casar-se ou viver em união estável, pois a diferença de opção sexual não pode ser pressuposto para negação desses direitos.

O poder judiciário, em julgamento conjunto da ADPF 132 (BRASIL, 2014a) e ADI 4.277 (BRASIL, 2014b), entendeu que a união homoafetiva é uma entidade familiar, desta forma todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher extrapolam para essa nova estrutura familiar.

O reconhecimento da união estável foi um grande avanço jurídico, no entanto, ainda não era possível a celebração de casamento no civil para pessoas do mesmo sexo. Isto foi regularizado em 14 de maio de 2013, através da Resolução 175, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a habilitação da celebração de casamento civil homoafetivo (BRASIL, 2013).

Essa evolução jurídica foi de suma importância para o Direito de Família, na busca de igualdade e respeito por essas pessoas, e, também quanto à facilitação para a realização da adoção pelos mesmos.

### 2.3 O AFETO COMO VALOR E CAUSA PARA RECONHECIMENTO DAS NOVAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA

As alterações sociais e o transcurso do tempo geraram mudanças na esfera jurídica, repercutindo também no Direito de Família, em relação a sua constituição e função.

O afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição da República.

A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao status de família. Como a família é uma relação da ordem da solidariedade, tem o afeto como pressuposto, portanto, todas as espécies de vínculo que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado.

O reconhecimento das uniões estáveis com uma entidade familiar, sem a constituição do instituto jurídico do casamento, introduz o princípio do afeto na união de duas pessoas, com isso o mesmo passa a ser reconhecido e inserido indiretamente no sistema jurídico. Pode ser considerado a Constitucionalização de uma nova estrutura de família eudemonista e igualitário, em que o afeto e a realização individual são fundamentais e a base dessa nova entidade familiar (DIAS, 2009).

Não se vislumbra no Código Civil a existência da palavra afeto, portanto, sendo possível compreender a existência fundamental desse dispositivo em vários de seus artigos, pode-se observar no artigo 1.584, § 5º, no que diz respeito a guarda de filhos na separação dos pais:

Art.1.584 - A guarda compartilhada ou unilateral, poderá ser: (...) parágrafo 5º  
Se o Juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (BRASIL, 2002).

Após a Constituição da República de 1988, os filhos adotivos e consanguíneos passaram a ter os mesmos direitos e tratamento dos filhos consanguíneos. Dessa forma, podemos afirmar que o afeto passou a ter valorização, uma vez que extingue a distinção entre os filhos.

A adoção do afeto e o princípio da afetividade acabou por legitimar todas as relações de família. Sendo que o instituto jurídico deve proteger estas novas formas de família, garantindo os direitos patrimoniais e pessoais de cada indivíduo (DIAS, 2009).

Assim, com a valorização do afeto, pode-se reconhecer que este é um princípio que instituiu todo o Direito de Família, tendo em vista ser um elemento notório e essencial para qualquer relação familiar.

### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Desde a instituição da Constituição da República, houve uma renovação da análise jurídica, referente ao estudo dos valores e princípios jurídicos.

Os princípios também são considerados como normas jurídicas, que dão embasamento ao direito como um todo, bem como ao direito de família.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana é considerado o mais universal de todos. É através dele que são assegurados o direito à igualdade e à liberdade, garantindo os direitos individuais e sociais, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores de uma sociedade mais solidária e sem preconceitos.

Desta forma, esse princípio protege a família como instituição, permitindo o desenvolvimento de cada participante do núcleo familiar, com ideais democráticos e humanistas.

A Constituição da República evidenciou logo em seu artigo 1º os fundamentos da República, sendo evidenciado dentre eles em seu inciso III a dignidade da pessoa humana.

Ao ser considerado como cláusula pétrea, atingiu outras estruturas que são a base do conceito familiar, como o matrimônio, a união estável e a família monoparental, obtendo amparo Constitucional.

Segundo Ingo Sarlet:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em complexos de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Além da dignidade da pessoa humana se relacionar à questão da livre escolha na constituição de família, ela, também incorre pela discriminação da liberdade de orientação sexual da pessoa, podendo infringir a própria Constituição da República, como relata Maria Berenice Dias:

A união afetiva das pessoas do mesmo sexo é realidade que ainda não mereceu a atenção do legislador pátrio. A omissão é injustificável e afronta escancaradamente um punhado de princípios constitucionais. Um Estado que se intitula Democrático de Direito não pode desrespeitar seus princípios fundamentais, devendo assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades que consagra, sob pena de comprometer sua própria soberania (DIAS, 2009, p. 94).

Diante disso, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana está ligado às demais formas de entidades familiares, mesmo não havendo essa formatação expressa no texto constitucional, devendo receber os indivíduos tratamento igualitário necessário para sua proteção, sem discriminação.

### 3.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O conceito de família sofreu várias alterações ao longo do tempo. Deixou-se de lado a proteção da família como um fim em si mesma, sendo encarada agora como meio de permitir a cada um de seus integrantes sua realização como pessoa em ambiente de comunhão e afetividade.

Na essência da família está o afeto que une seus integrantes, desta forma, o mesmo não é fruto do vínculo sanguíneo, e sim, da convivência familiar. Portanto, o afeto não é genético, ele é construído ao longo dos anos (LÔBO, 2009).

O princípio da afetividade resguarda diversas formas de entidades familiares que não são demonstradas pelo legislador, mas, que em razão dos novos valores adotados pela sociedade, se tornam merecedoras de tutela jurídica.

Encontra-se este princípio na Constituição, nos termos dos referidos artigos:

- a) Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) A adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);
- d) A convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (BRASIL, 1988).

Diante da proporção que o afeto passou a ter na estrutura familiar foi necessária a adequação do ordenamento jurídico às novas situações que surgiram.

Neste sentido, a afetividade foi fundamental para a jurisprudência atual permitir a adoção por casais homoafetivos, sendo tal condição não impeditiva para proporcionar um lar cariñoso para a criança adotada desenvolver plenamente a sua personalidade.

### 3.3 PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Na Constituição da República de 1988 as estruturas familiares eram reconhecidas pelo selo do instituto do matrimônio, no entanto, com as constantes modificações sociais surgiram novas possibilidades de núcleos familiares (BRASIL, 1988).

Na Constituição da República, em seu artigo 266 e parágrafos, inovou ao reconhecer as famílias extramatrimoniais como entidades familiares. De acordo com o referido artigo existem três modalidades familiares: as originadas através do casamento, união estável e da família monoparental (BRASIL, 1988).

Essa alteração legislativa acompanhou as mudanças estruturais na intimidade familiar que já vinham ocorrendo dentro da sociedade contemporânea, uma vez que a família não se origina somente através do instituto do matrimônio. Nas codificações anteriores o Estado reconhecia e protegia somente os vínculos familiares amparados pelo casamento. Ao reconhecer outras uniões matrimonializadas como única base da sociedade houve um aumento da diversidade das estruturas familiares. É o reconhecimento do princípio do pluralismo das entidades familiares que possibilitou estes novos arranjos (DIAS, 2013).

Sendo assim, através do princípio do pluralismo é que são formadas as novas organizações familiares, baseadas no vínculo da afetividade, sendo reconhecida pelo legislador graças às mudanças sociais cada vez mais recorrentes.

### 3.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse do menor tem previsão na Constituição da República de 1988 no caput do artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 4º, caput, e 5º, além desses dois institutos jurídicos, a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, a qual o Brasil adotou em 1990, consagra esse princípio em seu artigo 3º, I.

Diversos são os direitos extraídos do artigo 227 da Constituição da República de 1988. Esse artigo constitucional prevê uma responsabilidade compartilhada da família, do Estado e da sociedade afim de assegurar:

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 (BRASIL, 2015).

Os interesses das crianças e dos adolescentes devem ter prioridade no Estado, sociedade e família, quer seja na elaboração, quanto na aplicabilidade dos direitos que lhe digam respeito provendo o desenvolvimento do indivíduo e resguardando a sua dignidade (LÔBO, 2011).

As crianças e os adolescentes têm seus direitos e garantias fundamentais garantidos, estando internamente ligado ao princípio do melhor interesse da criança como sujeito de direitos.

## 4 ADOÇÃO E HOMOAFETIVIDADE

Adoção é um gesto de amor, no qual a pessoa ou um casal procuram um meio de constituírem uma família. O intuito da família que adota uma criança ou adolescente é o de proporcionar cuidado, carinho, proteção e amor, devendo sempre priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente, conforme dispõe expressamente o artigo 43 do ECA: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos" (BRASIL, 1990).

O instituto da adoção é considerado um ato jurídico solene, exige a vontade da parte em adotar, ou seja, a manifestação de vontade de alguém que tem interesse em iniciar uma relação afetiva entre si e uma outra pessoa que será considerada juridicamente como filho legítimo

sem nenhuma distinção. Nesse conceito, cria-se um vínculo de parentesco civil em linha reta tornando a sua posição definitiva ou irrevogável para todos os efeitos legais, pois se desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo dos impedimentos para o casamento (DINIZ, 2021).

A lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, também conhecida como “Lei Nacional da Adoção” definiu alguns critérios já assumidos no Sistema de Justiça de alguns Estados da Federação, modificando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no que se refere às normas gerais de colocação em família substituta.

Conforme observa Silvio Venosa (2011): “Em relação ao reconhecimento de paternidade, que é assumido pelo adotante, com todos os deveres respectivos, suprimindo-se o pátrio poder dos pais biológicos a partir da sentença que defere a adoção”. (VENOSA, 2011, p. 297).

O adotante, ao assumir o reconhecimento de paternidade, a partir da sentença julgada e deferida, passa a ser responsável por os deveres referentes ao adotado, suprimindo assim o pátrio poder dos pais biológicos.

No instituto da adoção, é criada uma nova relação jurídica entre as partes, entre o adotado e adotante. Sendo assim, só a partir do trânsito em julgado da sentença que a adoção produzirá seus efeitos, com exceção da adoção póstuma, caso em que a sentença será retroativa à data do óbito do candidato à adoção.

Em relação à questão dos direitos sucessórios conferidos aos filhos adotivos ao se tratar da herança do adotante, haverá igualdade do filho adotivo com os respectivos descendentes biológicos do adotante, como expressa o Estatuto da criança e do adolescente, no artigo 41: “A adoção atribui a condição de filho ao adotando com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parenta, salvo os impedimentos matrimoniais”. (BRASIL, 1990).

Por fim, o instituto da adoção tem como finalidade a constituição familiar por meio da integração do adotado na família do adotante de uma forma legítima, concedendo também, àqueles que não podem gerar seus próprios filhos uma oportunidade de formarem uma família com o apoio do Estado.

#### 4.1 ADOÇÃO E HABILITAÇÃO CONJUNTA NA UNIÃO HOMOAFETIVA

A adoção conjunta de crianças e adolescentes por pares homoafetivos é uma opção bem mais benéfica em relação à adoção unilateral de um dos pares, pelo fato do filho a ser adotado receber do casal todos os direitos a ele devidos.

Os casais homoafetivos, por receio de terem o seu pedido de adoção negado, acabam por optar por um pedido de adoção unilateral, o que torna a opção mais rápida e eficaz no procedimento a ser realizado. Tendo em vista o receio de sofrerem discriminação durante o processo de adoção, é comum que muitos casais homossexuais optem por omitir sua orientação sexual. Dessa forma, expressa Marianna Chaves (2011):

“Todavia, quando o requerente (na adoção individual) ou os requerentes (na adoção conjunta) explicitam a sua orientação sexual, podem esbarrar, ainda hoje, em discriminações, sejam elas originárias da própria lei, dos assisten-

tes sociais, do magistrado ou da própria sociedade. Em virtude das possíveis discriminações ou preconceitos, os efeitos são nefastos e iníquos: resta uma considerável parcela da população com seu direito constitucional a família sonogada, enquanto outra parte é impedida de adotar sob fundamentos falaciosos. É mister evidenciar que, indubitavelmente, o fato de ser homo ou heterossexual não torna um indivíduo mais ou menos capacitado para exercer o papel de pai ou mãe. Nesta seara, o critério norteador a ser observado é o melhor interesse da criança, que em nada se conecta com a orientação sexual daquele ou daqueles que se propõem a adotá-la, mas sim com a capacidade dos mesmos de exercer a função parental (CHAVES, 2011, p. 255).

A partir do reconhecimento da união estável por pares homoafetivos não deveria haver nenhum obstáculo quanto a adoção, principalmente se tratando de discriminação, conforme está expresso no artigo 3 da Constituição da República de 1988: “- constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

A atualização da legislação tornou possível a adoção homoafetiva a habilitação desses para a adoção. Tendo em vista essa mudança favoreceu para que casais homoafetivos que possuíssem união estável ou matrimonial conseguissem participar do processo de habilitação em conjunto.

Todo esse avanço serve para garantir a proteção da criança e do adolescente quanto ao processo de adoção, prezando sempre seu bem-estar e dignidade.

## 4.2 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA E AS LACUNAS DA LEI

A adoção por casais homoafetivos tem desencadeado muitas controvérsias e discussões no âmbito jurídico, social e religioso, sendo um tema, ainda nos dias atuais, polêmico.

No atual cenário Brasileiro, torna-se cada vez mais constante a existência de famílias homoafetivas, sendo essas relações alvos de preconceito e discriminação, mesmo com os avanços jurídicos que passaram a respaldar essa entidade familiar.

Em função do preconceito ainda presente na sociedade existem primazias no processo de adoção em que pode vir a favorecer os casais heterossexuais em detrimento aos casais homossexuais.

A existência de lacunas no ordenamento jurídico deixa o processo decisório para o magistrado que pode tomar decisões subjetivas de acordo com suas crenças, o que tornaria o processo com vício e tendencioso.

Dessa forma, têm-se a necessidade de o legislador recorrer aos princípios constitucionais que garantem esses direitos, como o da dignidade, o direito à igualdade e à liberdade. Portanto, se houver a recusa dessa justiça, estarão ferindo os direitos fundamentais. Conforme dispõe Maria Berenice Dias:

Nem a ausência de leis, nem a omissão do judiciário podem levar à exclusão da tutela jurídica. Preconceitos de ordem moral não devem servir de justificativa para alijar direitos. É descabido negar proteção e subtrair direitos a quem vive fora dos padrões sociais e busca direito não previsto em norma legal expressa (DIAS, 2013).

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 42 que qualquer pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar, independente do seu estado civil. Expressa ainda, que será exigido na adoção conjunta, que os adotantes sejam casados ou possuam união estável, comprovando a estabilidade da família (BRASIL, 2002).

Apesar de inúmeros casais já terem conseguido adotar sendo proferidas sentenças em 1ª instância, ainda vemos casais homoafetivos sendo obrigados a recorrer a instâncias superiores para obterem um resultado positivo. Em 2015, o STF proferiu uma decisão acerca da adoção por um casal homoafetivo, a Ministra Cármen Lúcia em seu voto, referente ao Recurso Extraordinário 846.102, ressalva os princípios constitucionais que também foram utilizados para estabelecer a união homoafetiva (BRASIL, 2015). No voto, a ministra ressalta que:

(...) a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao res dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços domésticos e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais a plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto participantes dessa vida em comum que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levam e levam seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magna Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – dá vênias de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo a formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.(...) (BRASIL, 2015).

Portanto, a decisão além de garantir a proteção da criança e do adolescente, trata de maneira igualitária as famílias homoafetivas e heteroparentais, não exigindo como requisito o casamento ou a união estável para se ter o direito de adotar, não havendo também fundamento para a negativa quanto ao desejo desses casais homoafetivos, já que a própria legislação passou a reconhecer o casamento dos mesmos.

#### 4.3 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

São inúmeros os questionamentos sobre o desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente adotado por um casal homoafetivo, sendo um tema bastante polêmico que desperta nas pessoas várias indagações, pelo fato do preconceito ainda ser um grande tabu a ser vencido em nossa sociedade.

A maior preocupação seria o desenvolvimento social da criança, pela falta de referencial de ambos os gêneros, e se isso de alguma maneira afetaria na identidade sexual da criança, tendo o risco também de influenciar em sua sexualidade podendo se tornar homossexual. Outra preocupação também seria a probabilidade de a criança sofrer algum tipo de constrangimento como bullying ou homofobia, podendo gerar algum tipo de trauma psicológico.

Conforme o entendimento de Enézio de Deus Silva Júnior (2011) podemos ressaltar:

Não há pesquisas científicas indicando que a orientação sexual dos pais faça diferença significativa na educação das crianças. Muito ao contrário, estudos destacam a importância do afeto e da sólida estrutura emocional entre o casal para o bom desenvolvimento dos filhos. Muito menos é possível concluir que a falta de modelo heterossexual pode tornar confusa a identidade de gênero da prole (SILVA JUNIOR, 2011).

Apesar da existência de doutrinadores, como Silva Júnior (2011), que asseguram que em nada prejudica a criação de crianças por famílias homoafetivas e apontando seu êxito, muitas pessoas ainda se questionam quanto à capacidade desses casais na disponibilidade da criação de seus filhos em um ambiente sadio e que seja favorável ao seu desenvolvimento.

Sobre esse tipo de pesquisa, destaca Maria Berenice Dias:

Não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gera nas patologias, desvios, ou problemas de ordem comportamental, psíquica ou social. Não são constatados efeitos danosos ao desenvolvimento saudável ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de uma criança com pais do mesmo sexo. Não dispõe de qualquer sustentação o temor de que o par possa praticar sexo no frete ou com os filhos. Nada justifica a visão estereotipada de que o filho será socialmente estigmatizado por viver em um lar homossexual.

Até porque render-se a esse argumento é permitir que o preconceito prevaleça, com um risco social severo. (DIAS, 2014, p. 225).

Conclui-se que o mais importante é o bem-estar da criança e do adolescente tendo um lar com afeto, proteção e educação, que beneficie o desenvolvimento psicológico e emocional dos que ficarem abandonados em um abrigo não tendo a chance de possuírem uma família que lhes dê amor e amparo.

## 5 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a possibilidade da adoção pelos casais homoafetivos diante da lacuna legal, sendo realizada uma análise jurídica com base nos princípios Constitucionais.

A família atual tem uma nova concepção, não envolvendo apenas os vínculos sanguíneos, considerando os laços de afeto que tornam essa relação muito mais forte, pois toda criança ou adolescente ao ser adotado precisará de amor, cuidado, carinho e proteção.

No Brasil, tivemos importantes avanços na legislação de adoção com a promulgação da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição expressa em seu texto que todos são iguais perante a lei, e devem ter os mesmos deveres e direitos. É a partir desse princípio Constitucional que devemos aprofundar a discussão sobre a adoção por casais homoafetivos.

O Estatuto da criança e do adolescente é um dispositivo essencial para garantir os direitos fundamentais e assegurar a proteção das crianças e dos adolescentes, sendo um dever do Estado, da família e da sociedade, dar-lhes o direito à educação, saúde, cultura, lazer, entre outros direitos.

Entretanto, apesar dos avanços na legislação brasileira, o processo de adoção ainda passa por muitos preconceitos gerados pela sociedade por questões de valores morais, culturais e religiosos.

Diante desses preconceitos, ainda vivenciados na atualidade, visualiza-se que o processo de adoção precisa de aprimoramento. As crianças e adolescentes acabam sendo penalizados pelo excesso de formalidades exigidos em lei. Outro problema percebido com a pesquisa é a série de preconceitos que esses casais homoafetivos enfrentam ao desejarem constituir uma família através de uma adoção.

O reconhecimento das relações homoafetivas através do julgamento da ADI nº 4277 do Distrito da República e da ADPF nº 132 do Rio de Janeiro, possibilitou aos pares do mesmo sexo maior segurança jurídica ao buscar adotar uma criança.

O principal ponto a ser analisado no momento do processo de adoção deve ser o melhor interesse da criança e do adolescente, independente da orientação sexual dos pais, pois o que se deve levar em consideração é a garantia e a proteção a esses direitos através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As reflexões levantadas relacionadas à saúde mental das crianças e dos adolescentes criados por casais homoafetivos, bem como sobre a influência em sua orientação sexual, que muitas vezes são utilizadas como uma forma de limitação para que essa adoção não ocorra, não possui embasamento jurídico para se sustentar.

Estudos e pesquisas mostram que o desenvolvimento de uma criança criada por pares homoafetivos e por casais heterossexuais é o mesmo, e que, o fato de ser criado em um lar homoafetivo não é fator decisivo para influenciar na orientação sexual dessa criança. Constatou-se também que nenhum tipo de trauma ou sofrimento psíquico foi comprovado quanto à criação dessas crianças em um lar homoafetivo, podendo esses pais terem perfeitas condições de cuidar, educar e dar afeto.

Portanto, conclui-se que é possível e saudável a adoção por casais homoafetivos, devendo sempre ser preservado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que não há vedação expressa ao direito de adoção aos casais homoafetivos.

## REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 maio. 2021.

BRASIL. [Código Civil]. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 9 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1.990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 9 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132/RJ. Ministro Relator Ayres Brito, julgado em 08 out. 2014. **Diário da Justiça eletrônico**, 31 nov. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 9 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição direta de inconstitucionalidade 4.277/DF. Ministro Relator Ayres Brito, julgado em 05 nov. 2014. **Diário da Justiça eletrônico**, 5 nov. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 9 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 846.102/PR. Ministra Relatora Cármen Lúcia, julgado em 16 mar. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657667>. Acesso em: 9 maio 2021.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva, o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 35. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LÔBO, Luiz Paulo Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Pulo Luiz Netto. **Entidade familiares Constitucionalizadas**. 2009. Disponível: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Paulo%20Luiz%20Netto%20L%C3%B4bo>. Acesso em: 12 abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2011.

# 17

CAPÍTULO

# A RESPONSABILIDADE PARENTAL NO TOCANTE AOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS EM SEDE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

LARISSA STEPHANIE PIMENTEL DE SOUZA<sup>1</sup>

VIVIANE TOSCANO SAD<sup>2</sup>

IVAN DIAS DA MOTTA<sup>3</sup>

## RESUMO

Este trabalho científico vislumbra abordar o tema da responsabilidade parental quanto aos embriões produzidos em um ciclo de reprodução humana assistida, em uma perspectiva à luz do princípio da paternidade responsável, inclusive quanto aos embriões excedentários reproduzidos, considerando o direito ao planejamento familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana e análise à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, que se posicionou pela constitucionalidade da Lei da Biossegurança, Lei 11.105/2005.

**Palavras-chave:** responsabilidade parental; reprodução humana assistida; ação direta de inconstitucionalidade 3.510.

## ABSTRACT

*This scientific work aims to address the theme of parental responsibility regarding embryos produced in a cycle of assisted human reproduction, in a perspective in the light of the principle of responsible parenthood, including regarding the surplus embryos reproduced, considering the right to family planning, the principle of the dignity of the human person and analysis of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) No. 3,510, which positioned itself by the constitutionality of the Biosafety Law 11.105/2005.*

**Keywords:** parental responsibility; assisted human reproduction; direct unconstitutionality action 3.510.

1 Graduada pela Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7282059427682611>. E-mail: [lspslala@gmail.com](mailto:lspslala@gmail.com).

2 Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC. Advogada. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito das Famílias. Professora Universitária. Bolsista FAPEMIG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8134603606115134>. E-mail: [vivianesad@gmail.com](mailto:vivianesad@gmail.com).

3 Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, graduação em Gestão Pública pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor t-40 (regime integral) do Centro Universitário de Maringá, avaliador ad hoc do Instituto Nacional de Estudos, diretor de assuntos legislativos da Associação Brasileira de Ensino do Direito e associado colaborador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. E-mail: [ivan.motta@unicesumar.edu.br](mailto:ivan.motta@unicesumar.edu.br). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7515-6187>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/150811127815799>.

### Como citar o presente artigo científico:

SOUZA, Larissa Stephanie Pimentel de; SAD, Viviane Toscano; MOTTA, Ivan Dias da. A responsabilidade parental no tocante aos embriões excedentários em sede da reprodução humana assistida. *In*: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 273.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo principal a análise jurídica da responsabilidade parental existente sobre os embriões excedentários em criopreservação havidos por técnicas de reprodução assistida.

A questão cinge-se de controvérsia, tendo em vista a ausência de uma legislação específica que viesse a normatizar satisfatoriamente os aspectos éticos decorrentes da responsabilização quanto à produção de embriões excedentários.

Na mesma esteira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 poucos acrescentou acerca desta questão, fazendo pairar dúvidas ainda quanto a responsabilização dos pais e em relação ao destino dos embriões em caso de divórcio ou sucessão.

A importância do tema reside no fato de que a reprodução assistida é uma técnica que é bastante difundida atualmente, e tem se tornado mais acessível. Dessa forma, é necessário que o Direito traga segurança jurídica para todas as etapas do procedimento.

Serão analisadas, através do método hipotético-dedutivo, hipóteses e parâmetros apresentados, em especial pela doutrina brasileira, devido à falta de legislação específica e a pouca produção jurisprudencial acerca do tema que determine a temática da responsabilidade parental pelos embriões excedentários.

## 2 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Trata-se de um direito assegurado pela Constituição da República de 1988, através do § 7º do art. 226, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, da convivência familiar e do vínculo afetivo estabelecido na relação pais e filhos, que visa garantir a livre escolha da mulher, homem ou casal, quanto a decisão de terem filhos ou não, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedado qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, em relação à decisão (BRASIL, 1988).

Desse modo, visando regulamentar o § 7º do art. 226, da Constituição da República de 1988, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que, além de ratificar o entendimento quanto ao direito do planejamento familiar à todo cidadão, ainda esclareceu do planejamento familiar como o parte integrante do conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde, orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, sendo dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Nessa mesma senda, tratar do planejamento familiar como direito assegurando ao cidadão e relacioná-lo à responsabilização parental de zelo e cuidado quanto aos filhos havidos, sejam eles fecundados *in vida* ou através da técnica artificial de fecundação *in vitro*, significa consignar o livre planejamento familiar, inclusive para realização dos processos de reprodução humana assistida.

Assim, o artigo 226, § 7º, e sua regulamentação legislativa representa um compromisso do Estado com a chamada “paternidade responsável”, segundo a qual a família é livre para decidir acerca de sua reprodução. Nesta direção:

Essa norma complementa a disposição constitucional pela qual cabe à pessoa natural a livre decisão sobre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para operacionalizar a norma, estando proibida qualquer atividade coercitiva de instituições oficiais ou privadas. Essa posição legislativa seria inimaginável apenas algumas décadas passadas, quando ainda era ponderável a pressão de alguns setores da Igreja. (VENOSA, 2017, p. 32).

Logo, o direito ao planejamento familiar, conforme estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, representa verdadeiro direito fundamental processual pertencente aos cidadãos, e, como tal, não pode ser tolhido indevidamente por qualquer ação que o Estado venha a tomar.

### 3 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida consiste em um conjunto de tratamentos médicos, realizados através de operações técnicas, que, por meios artificiais, visam unir os gametas permitindo a fertilização do óvulo, dando origem a um ser humano.

De acordo com estudo publicado pela Organização Mundial da Saúde - OMS, dados de 47 países em desenvolvimento (excluindo a China) mostram que, em 2004, um número estimado de 187 milhões de casais eram afetados pela infertilidade; sendo que, aproximadamente, 18 milhões com infertilidade primária, e, os 169 milhões remanescentes, com infertilidade secundária (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2011, p. 46).

Atualmente, conforme a OMS, a infertilidade afeta de 50 a 80 milhões de pessoas em todo o mundo e, no Brasil, cerca de 8 milhões de indivíduos podem ser inférteis.

As causas da infertilidade são variadas. Nas mulheres, reserva ovariana diminuída, afetação da qualidade dos óvulos, problemas com endométrio, ciclos menstruais irregulares, dentre outros. Nos homens, perda na qualidade do esperma, infecções adquiridas, exposição a poluentes, alterações hormonais etc.

Por tais motivos, o aumento na procura pela reprodução humana assistida tem aumentado, visando realização do processo reprodutivo assistido supervisionado pela medicina, principalmente da reprodução *in vitro*, posto que se trata de método convencional mais aplicado.

### 3.1 DA TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

As técnicas de reprodução assistida auxiliam os problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. Um dos métodos, a fertilização *in vitro*, consiste em técnica que promove a união, em ambiente laboratorial, do óvulo ao espermatozoide. Com isso, os embriões formados são cultivados e selecionados e, posteriormente, implantados no útero materno.

Por tratar-se de assunto de alta repercussão social e doutrinária, eis que lida com geração de uma vida, amparada pelos princípios e garantias constitucionais, como o direito à vida, o princípio da dignidade humana, do planejamento familiar, da preservação dos direitos do nascituro, do utilitarismo quanto a vida humana, foi publicada a Resolução do Conselho Federal de Medicina- CFM- de nº 2.168/2017, visando assegurar os princípios éticos e bioéticos e demais sucedâneos que zelem pela vida humana.

O objeto dessa normativa é “adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.” (BRASIL, 2017).

Com efeito, tem-se que as principais técnicas desenvolvidas são a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. Ambas são técnicas de reprodução assistida, realizada em laboratório, e, diferem-se notadamente no quesito forma de manipulação e fecundação dos óvulos.

Enquanto na inseminação artificial, a fecundação é realizada dentro do corpo da mulher, na *in vitro*, a fecundação é externa. Os óvulos são extraídos da mulher, e inseridos em uma estufa, com centenas de milhares de espermatozoides. Uma vez fecundado, o óvulo é inserido no útero da materno (VENOSA, 2017, p. 154).

Em suma:

A fecundação, em casos tais, ocorre *in vitro*, na proveta, por meio da técnica ZIFT, ou seja, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher. Há ainda a técnica GIFT, que não é o caso, em que o gameta masculino é introduzido artificialmente no corpo da mulher, onde ocorre a fecundação (TARTUCE, 2017, p. 251).

Assim, depreende-se que o número máximo de embriões que podem ser transferidos ao útero da mulher são até 4, considerando as seguintes restrições: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

Insta salientar que no momento da fertilização *in vitro*, é produzido grande número de embriões, mas, somente alguns são efetivamente inseridos no útero materno; os demais, são congelados (criopreservados), pelo mínimo de 3 anos, nos termos da Resolução nº 2.168/2017, para utilização posterior, caso seja necessário; após, é permitido o descarte (BRASIL, 2017).

Diante deste cenário, infere-se uma problemática quanto à destinação dos embriões excedentários e, no tocante à responsabilidade parental, em relação aos excedentes, principalmente os viáveis que não foram – por algum motivo - transferidos ao útero materno.

### 3.2 DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Consideram-se excedentários aqueles embriões que ultrapassam os selecionados para introdução ao útero materno; conforme visto alhures, até 4 embriões, de acordo com idade da paciente. Num conceito mais completo, os excedentários são aqueles embriões não selecionados para introdução ao útero, após a escolha dos embriões mais saudáveis, ou seja, são fecundados, no entanto devido a sua má formação, qualidade, ou até mesmo por simplesmente exceder o número de embriões viáveis para introdução ao útero, são criopreservados (congelados), para utilização posterior, contudo, podem ser descartados após 3 (três) anos de criopreservação, se essa for a vontade dos pacientes, nos termos da Resolução CFM nº 2.168/2017 (BRASIL, 2017).

De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de fertilização *in vitro* criopreservados (congelados) nas clínicas de Reprodução Humana Assistida voltou a crescer em 2017 em relação ao ano anterior e obteve o registro de 78.216 embriões congelados, aumento de cerca de 17% da utilização dessa técnica no Brasil (BRASIL, 2018). As informações são referentes ao 11º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), que faz uma radiografia dos serviços de reprodução humana assistida no país.

Diante deste cenário, se fez necessárias mudanças normativas, a fim de se conter o grande aumento do número de embriões criopreservados, decorrentes da utilização da técnica de reprodução assistida, *in vitro*.

Em virtude disso, um número significativo de Resoluções editadas pelo CFM, trataram da reprodução assistida, das mudanças a respeito da criopreservação e do descarte dos excedentários, de acordo com esboço histórico a seguir.

A primeira, de nº 1.358/1992, estabelecia que o número total de pré-embriões produzidos em laboratório deveria ser comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões seriam transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não tolerando descarte ou destruição (BRASIL, 1992).

A Resolução supracitada foi revogada pela de nº 1.957/2010, pois houve modificações relativas à reprodução assistida, alterando a redação quanto a criopreservação de gametas ou embriões e estabelecendo-se que os embriões excedentes, considerados viáveis, produzidos em laboratório, deveriam ser criopreservados (BRASIL, 2010). No aspecto vedação ao descarte dos embriões produzidos laboratorialmente, houve omissão por parte do Conselho Federal.

Nesse mesmo interim, foi publicada a Resolução CFM nº 2.013/2013, que pela primeira vez, consignou-se que os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderiam ser descartados se esta fosse a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, ratificando entendimento previsto na Lei de Biossegurança (BRASIL, 2013).

Após, foi publicada Resolução CFM nº 2.121/2015, que restou evidente que a utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não seria obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança, ratificando, pois, a possibilidade ao descarte dos excedentários (BRASIL, 2015).

Por fim, a Resolução CFM nº 2168/2017 vigente sobre a temática, reduziu o tempo de criopreservação de 5 (cinco) para 3 (três) anos; permitiu, em outra perspectiva, o descarte dos abandonados por mais de 3 (três) anos, dispensada a autorização dos pacientes (BRASIL, 2017).

Tais medidas foram tomadas com fito de conter o aumento substancial de embriões excedentários criopreservados, mas, propiciou desconforto e insegurança jurídica, reduzindo a imagem do embrião ao *status* de objeto, sonogando direitos, enquanto possível nascituro, já que inviáveis sob a ótica de inserção ao útero.

## 4 DOS DIREITOS DOS EMBRIÕES

A priori, cumpre esclarecer a natureza jurídica dos embriões criopreservados. Com efeito, não obstante o objetivo primeiro do congelamento e guarda dos embriões seja a viabilidade de geração de um indivíduo no futuro, necessário se faz examinar o embrião sob o pálio de ser ou não sujeito de direitos.

Analisando-se a questão, verifica-se a presença de duas correntes doutrinárias que tratam da matéria, quais sejam, a corrente natalista e a concepcionista.

A concepcionista pontua que a pessoa se torna sujeito de direitos com a fecundação. Neste sentido, antes do nascimento com vida, admite-se que o feto possui personalidade jurídica, e todos os direitos dela decorrentes.

Noutro giro, a natalista, propugna que o marco inicial da personalidade individual se dá com o nascimento com vida. Dessa forma, antes do nascimento, não há se falar em sujeito de direitos.

Neste sentido:

(...) o nascituro não é, e não pode ser dotado de personalidade jurídica, abraçando, assim, a teoria natalista, pela qual a personalidade somente é adquirida pelo nascimento com vida. Para os adeptos dessa corrente, apenas se atribui personalidade ao ente nascido com vida e ao nascituro não se reconheceriam direitos. (FARIAS, 2017).

Além de ambas, destaca-se outra teoria, um tanto quanto intermediária, a teoria condicionada, pela qual a personalidade jurídica do feto existe, porém, de maneira condicional ao seu nascimento. A este respeito:

(...) o nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira personalidade jurídica condicional (teoria condicionalista) porque haveria uma condição pendente de implementação de sua personalidade. (FARIAS, 2017).

No caso brasileiro, verifica-se que, a despeito da lei estabelecer a teoria natalista de forma inequívoca, há que se considerar a salvaguarda dos direitos e interesses do nascituro<sup>4</sup>.

Com efeito, é possível inferir nos vários microsistemas do Direito, normas dispositivas que tem por finalidade a proteção dos direitos do nascituro, como: a criminalização do aborto pelo código penal, as normas relativas a direito sucessório no âmbito cível, e as normas relativas à saúde pública, notadamente as afeitas ao pré-natal.

4 "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." (BRASIL, 2002)

Todavia, o direito a tratativa acerca do feto é acertado e pontual, já que se trata de embrião fecundado, implantado no útero materno. Entretanto, em relação aos embriões criopreservados, há omissão normativa, deixando ao alvedrio doutrinário e jurisprudencial sua definição.

No âmbito da doutrina, há consenso a respeito dos embriões em criopreservação se constituírem como nascituros somente a partir de sua inserção no útero, ensejando desde o momento de sua constituição, a proteção legal. Esta visão se baseia no fato de que, em procedimentos de reprodução assistida, muitas vezes há a produção de vários embriões, a despeito de só alguns serem introduzidos no útero.

Dessa forma, somente com a implantação do embrião constitui efetiva expectativa de personalidade jurídica.

Neste sentido:

Outra questão que a técnica genética cria diz respeito à fecundação extracorporal, que o Código se refere como embriões excedentários, no inciso IV. Quando se busca a fecundação de embrião *in vitro*, a questão coloca-se no número plural de embriões que são obtidos por essa técnica. Apesar de tratar-se de uma técnica muito difundida e aplicada, traz o inconveniente de produzir embriões excedentes. Como existe um limite de embriões que podem ser transferidos para o útero, sempre restarão embriões excedentes que serão mantidos congelados. Não se deve atribuir direitos aos embriões obtidos dessa forma, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, quando então sim teremos um nascituro, com direitos definidos na lei. Essa questão, contudo, é altamente polêmica e implica variantes religiosas, científicas e morais. Essa vertente importante também consta do Projeto nº 90, o qual acrescenta que o tempo máximo de preservação de gametas e embriões deverá ser definido em regulamento. Muitas discussões e modificações ainda serão geradas nesse projeto de lei. De outro lado, é também importante que se legisle sobre as possibilidades e modalidades de descarte dos gametas e embriões. (VENOSA, 2017, p. 254).

Muito embora a doutrina tenha acertado ao considerar o nascituro somente o embrião implantado, ainda se faz necessário que se defina a natureza jurídica do embrião em criopreservação.

Até que se tenha uma normativa específica, sugere-se a adoção da teoria concepcionista para os excedentários, pois para essa teoria, a vida começaria da concepção (nidação- fixação no útero), permitindo-se, assim, a tutela não tão-somente do nascituro, mas, do embrião *in vitro*.

## 5 DA NORMATIZAÇÃO

Conforme Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, “as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação” (BRASIL, 2017).

Estas técnicas, objeto de estudo da medicina e genética, são utilizadas amplamente, tanto na reprodução humana para casais que não conseguem engravidar de maneira convencional, tanto para preservação de gametas.

Com efeito, a reprodução assistida impõe questões tanto de natureza ética quanto jurídicas, as quais demandam um efetivo tratamento pelo Direito, quer seja pela elaboração de lei específica, quer pela tendência jurisprudencial.

## 5.1 DA LEI DE BIOÉTICA

Conforme mencionado, a reprodução assistida não possuía, até 2005, qualquer menção no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de as técnicas de reprodução assistida serem utilizadas desde a década de 1970, não havia disciplina legal quanto a isso. Apenas o Código Civil de 2002 mencionava a questão dos embriões excedentários no tocante aos efeitos sucessórios, mas nada que amparasse a reprodução assistida.

A questão relativa aos embriões regulamentada de forma insipiente pela Lei de Bioética – Lei 11.105/05 – via pesquisa com organismos genéticos:

O Brasil sancionou, finalmente, a Lei nº 11.105, de 25 de março de 2005, conhecida como “Lei de Biossegurança” que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, foi autorizada a pesquisa, terapia e utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*. (PEREIRA, 2017, p. 21).

A regulamentação já era uma necessidade evidenciada pela comunidade jurídica, pelo entendimento de que os avanços tecnológicos ocorridos na área da biogenética necessitavam de uma tutela específica.

Verifica-se que a biogenética tem implicações tanto em relação a aspectos relativos à produção – tais como a possibilidade de utilização de sementes transgênicas e seu impacto – bem como implicações relativas ao Direito de Família – em relação à reprodução humana assistida, os aspectos relativos à filiação e, até mesmo, afeitos à sucessão.

Neste diapasão, era necessário que a lei tratasse de forma mais abrangente a temática, conforme se infere de excerto abaixo colacionado:

A entrada em vigor da Lei de Biossegurança confirma as palavras do saudoso Miguel Reale, no sentido de que os assuntos ali tratados não devem ser objeto da codificação geral privada, mas de leis específicas. Nesse sentido, o Enunciado n. 2 do CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil: “Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art. 2.º do Código Civil não é a sede adequada para questões emergentes da reprogénica humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”. Essa conclusão serve para a regulamentação das técnicas de reprodução assistida, o que deve ocorrer por meio de legislação especial. (TARTUCE, 2017, p. 258).

Em relação à Lei de Biossegurança, é norma destinada à regulamentação da pesquisa com Organismos Geneticamente Modificados; impactando de forma reflexa ou indireta na reprodução humana assistida, uma vez que traz dispositivos relativos aos embriões excedentários.

Dessa forma, sempre houve uma preocupação se tal regulamentação seria suficiente em relação à *in vitro* quanto aos aspectos ligados aos embriões excedentários.

Assim, a lei foi objeto de severas críticas e ressalvas de toda sorte por parte da doutrina, especialmente em relação aos aspectos éticos da pesquisa:

Neste momento de busca de limites e tomadas de posições, cabem também indagações relativas ao papel do Direito neste contexto, como ciência social, respeitados os parâmetros filosóficos, morais, religiosos e constitucionais, sempre condicionados ao princípio da dignidade humana. Se estes valores e princípios têm regido as normas das instituições públicas e privadas na elaboração das próprias regras de funcionamento, há que se reconhecer que, em muitas delas, os interesses próprios se sobrepõem a estes limites. (PEREIRA, 2017, p. 21).

Diante da controvérsia, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510 - a qual se prestou a questionar a constitucionalidade da Lei de Bioética quanto à pesquisa de células tronco.

Passa-se, portanto, a analisar a atuação do Pretório Excelso no julgamento da referida ação.

## 5.2 DA ADI 3510 E A VISÃO UTILITARISTA DO STF

A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510, a qual teve por objeto o exame da constitucionalidade da Lei de Biossegurança – Lei 11.105/05 – em relação aos seus dispositivos que tratavam da pesquisa com células tronco e embriões excedentários não utilizados.

A análise principal era no sentido de se verificar se a pesquisa com células tronco embrionárias violaria o direito à vida previsto na Constituição Federal. Em última análise, tal decisão impactaria na visão acerca da natureza jurídica dos embriões.

O STF então decidiu, de forma definitiva, sobre a legitimidade das pesquisas com células tronco, posicionando no sentido de que a utilização de embriões excedentários não configuraria aborto, tampouco violação ao direito à vida; e, de forma incidental, que o embrião, embora tenha a potencialidade de se tornar pessoa, careceria de proteção constitucional e infraconstitucional, sendo considerado uma coisa/objeto de direitos.

Neste sentido, cita-se, de forma resumida, a ementa da referida decisão:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE

BIOSSEGURANÇA. [...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." [...] (BRASIL, 2008).

Dessa forma, sedimentou-se o entendimento acerca da natureza jurídica do embrião, ressaltando-se que o entendimento repercutirá outros ramos do direito, em especial no direito das famílias, em caso de ruptura da sociedade conjugal.

Com efeito, neste caso, entende-se que o STF reputou como vetor interpretativo o fato de que o embrião não implantado assumiria natureza jurídica de bem/coisa do que, propriamente, um ser com expectativa de direitos.

Esta visão utilitarista aniquila a pesquisa em detrimento dos aspectos éticos quanto à utilização dos embriões podendo, inclusive, servir de vetor de interpretação para decisões mais perniciosas.

Pode-se perceber, portanto, que a decisão não criou barreiras à pesquisa com embriões, mas não se pode olvidar que esta visão míope repercutirá significativamente em outras searas do direito, especialmente no das famílias e das sucessões.

## 6 DA RESPONSABILIDADE PARENTAL QUANTO AOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Analisando-se o princípio da responsabilidade parental convém destacar que o próprio ato da reprodução é algo que, por si só, representa fato indissociável do âmbito familiar. A reprodução e manutenção de seus membros é algo de suma importância.

Neste sentido, tem-se que a reprodução assistida correlaciona-se especialmente com os aspectos principais do âmbito familiar:

É relevante compreender que a importância desse campo não se resume à oferta de novas técnicas, pois seu potencial de transformação depende, também, de novas demandas, que surgem tanto pela busca de ter um bebê como pela qualidade desse bebê. Na demanda por um bebê, enquadram-se as infertilidades de homens e mulheres (a procura mais tradicional), pessoas que se submetem à quimioterapia, mulheres na menopausa (precoce ou não), casais do mesmo sexo e pessoas sozinhas. (MENEGON, 2004).

Com efeito, tem-se que a constituição familiar significa para além do aspecto biológico da perpetuação da espécie, suporte mútuos entre seus membros, tanto no prisma material quanto no afetivo.

Dessa forma, é possível defender que a família se torna um núcleo de desenvolvimento da pessoa humana, bem como deve figurar em uma construção social fundada na dignidade da pessoa humana, dignidade essa que deve ser protegida e efetivada pela relação entre seus membros.

Na mesma esteira de raciocínio:

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a concretização exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações. Cabe destacar que o Novo Código de Processo Civil realça a valorização desse princípio, especialmente no seu art. 8.º, ao estabelecer que "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência" (TARTUCE, 2017).

Destaca-se a responsabilidade parental no sentido de permitir o desenvolvimento dos filhos e da dignidade deles.

Tal responsabilidade se configura como um espectro importante do poder familiar, sendo um dever impingido aos pais na criação dos filhos, devendo aqueles prestarem a estes auxílios no moral, afetivo, psicológico, material, físico etc.

Todavia, em relação aos embriões, resta-se o questionamento quanto a paternidade responsável – e qual seria o papel dos pais em relação aos embriões excedentários.

Em relação aos embriões implantados, não há dúvida que a expectativa de direitos desses enquanto nascituros já enseja uma atuação positiva dos pais no sentido de efetivar a paternidade responsável. Todavia, em relação aos excedentários, ainda não há construção jurídica definitiva.

Com efeito, a regulamentação trazida pelo Conselho Federal de Medicina trata com eficiência dos aspectos relativos à atuação médica, mas, permanece omissa em relação aos aspectos éticos dos embriões excedentários.

Do mesmo modo, tanto a lei de Biossegurança, quanto o Supremo Tribunal Federal, em interpretação dada em sede da ADI 3510, conferem um viés essencialmente utilitarista aos excedentários, limitando-se aos aspectos relativos à pesquisa e desenvolvimento deles em detrimento de uma visão mais profícua, prática e cujas repercussões não somente jurídicas, mas, médicas, são de fato, relevantes.

Esse fato acarreta um sem número de problemas, especialmente em relação àqueles embriões que venham a ser utilizados somente para promover o transplante de células tronco, com fito de tratamento de enfermidades no casal/outros filhos.

Em igual sentido, em relação aos aspectos éticos da reprodução assistida, tem-se que características pessoais secundárias são muitas vezes escolhidas pelos pais, o que enseja a criação de vários embriões, e, por conseqüente, a geração de embriões excedentários, como se nota a seguir:

Nota-se, mais uma vez, o caráter utilitarista de se valer das técnicas de reprodução assistida aliada ao diagnóstico pré-implantação para evitar a dor – riscos de doença, e alcançar-se a felicidade – cura de um filho doente. Todavia, para que este fim fosse alcançado, diversos embriões foram produzidos, sabendo os pais que provavelmente nunca seriam implantados em um útero materno. É de se questionar, pois, a responsabilidade dos pais em relação a todos os embriões produzidos em decorrência da utilização das técnicas de fertilização artificial (MORAES, 2014).

Em outras esferas do Direito Civil, a falta de regulamentação efetiva dos procedimentos de reprodução assistida, bem como dos aspectos éticos envolvendo os embriões excedentários, pode gerar conseqüências jurídicas as quais ainda carecem de regulamentação. Neste sentido, destaca-se a questão da guarda dos embriões em caso de divórcio, bem como dos aspectos sucessórios relativos aos embriões excedentários.

A resolução 2.168/17, ao normatizar as questões técnicas da reprodução assistida, observando-se questões relativas à maximização da chance de sucesso do procedimento, bem como questões relativas à idade máxima para a realização dos procedimentos, tendo em escopo a proteção à saúde dos usuários, bem como questões relativas à bioética.

Uma das questões centrais acerca desta resolução e que tem impactos na questão jus-civilista é a assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido pelos participantes do procedimento, documento esse que deve detalhar as circunstâncias da técnica de reprodução assistida, seus riscos e tratamento, bem como questões relativas a aspectos éticos, de descarte de embriões, e de natureza jurídica em relação à filiação e guarda dos embriões em caso de divórcio, ou falecimento de um dos cônjuges.

A decisão do STF acerca da Lei da Bioética não traz luz a nenhuma destas questões, vez que, ao retirar o caráter, ou mesmo a expectativa da condição de “ser vivo” do embrião, acaba por tratar o embrião excedentário como coisa e, nesse ponto, causa implicações drásticas acerca da responsabilidade por eles no caso de divórcio e mesmo de sucessão.

Nesta senda, é necessário ressaltar que, no caso de divórcio, muitas vezes é realizado o questionamento judicial da validade desta declaração, e da possibilidade dessa declaração estar ferindo direitos individuais e da personalidade da mulher e do homem – o direito ao planejamento familiar, por exemplo – o que, em tese, invalidaria tal manifestação de vontade:

(...) o problema se dá justamente porque nem o Brasil nem grande parte dos países vizinhos possui lei específica sobre reprodução assistida, o que torna as decisões tomadas pelos casais na euforia de gerar uma criança ainda mais importante, pois na maioria das vezes a vontade do início não prevalece após um divórcio litigioso ou até mesmo amigável, uma vez que, uma das partes pode querer ser pai e a outra não possuir o mesmo desejo. (OLIVEIRA, 2017).

É inegável que a declaração assinada por ambos os cônjuges, no momento da criopreservação, representa um contrato que vincula as vontades não só de ambos em relação à clínica que realizará o procedimento, mas também em relação a si mesmos. Neste sentido, tal declaração deve ser levada em consideração, sobretudo em relação ao princípio contratual do *pacta sunt servanda*, ou seja, da força obrigatória dos contratos.

Noutro giro, e tendo em vista a ótica pós positivista acerca dos princípios contratuais, a força obrigatória é temperada, especialmente em virtude de normas relativas à dignidade humana e os direitos e garantias individuais.

Dessa forma, esta manifestação de vontade pode ser confrontada com um direito fundamental de um dos cônjuges no momento do divórcio, tais como a necessidade de utilização de células tronco em tratamento médico, ou mesmo no direito ao planejamento familiar e reprodutivo, o que colocaria em xeque a questão da força obrigatória deste documento em relação ao destino dos embriões.

Assim sendo, é possível verificar que a decisão do STF na ADI 3510 levanta mais problemas que propriamente soluções nestes casos, já que traz a possibilidade absurda de que os embriões venham a ser objeto de disputa em sede de partilha.

Conclui-se que é patente a necessidade de que o assunto venha a ser devidamente normatizado no âmbito do legislativo, trazendo luz à questão, e, conferindo maior segurança jurídica a todas essas lacunas trazidas tanto pela lei de Biossegurança quanto pela jurisprudência dos tribunais superiores.

## 7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível verificar que o ordenamento jurídico brasileiro não trata de maneira eficaz a questão da responsabilização quanto aos embriões excedentários.

Com efeito, a decisão do pretório excelso na ADI 3510 teve um viés extremamente utilitarista, ou seja, buscou não criar empecilhos à pesquisa com células tronco e com organismos geneticamente modificados, mas, por outro lado, deixou de normatizar aspectos éticos envolvendo os embriões. Diante disso, não há limitação acerca e quantos embriões podem ser produzidos na tentativa de se atingir o almejado pelos cônjuges no momento da opção pela realização do procedimento da criopreservação e da reprodução assistida, tampouco quanto a responsabilização destes pelas consequências dessa opção.

Neste jaez, é de se observar também a pouca produção jurisprudencial acerca da matéria. Dessa forma, verifica-se que uma possível solução poderia partir do legislativo, trazendo de forma definitiva uma luz à questão.

Assim, com a elaboração de nova lei, poder-se-ia trazer uma regulamentação que conjugasse tanto as normas juscivilistas quanto as normas constitucionais, em especial no tocante à dignidade da pessoa humana e o tratamento ético a ser dispensado aos embriões excedentários, como forma de preencher as lacunas jurídicas ora existentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 jun 2020.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510. Ministro Relator Ayres Britto, julgado em 29 maio 2008. **Diário da Justiça eletrônico**, 28 maio 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df/inteiro-teor-103108892>. Acesso em: 1 maio 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Reprodução Humana Assistida - Número de embriões criopreservados cresce 17% no país**. 2018. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx-9qY7FbU/content/numero-de-embrioes-criopreservados-cresce-17-no-pais/219201/pop\\_up?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx-9qY7FbU/content/numero-de-embrioes-criopreservados-cresce-17-no-pais/219201/pop_up?inheritRedirect=false). Acesso em 11/05/2020.

BRASIL. Conselho federal de medicina. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 01 mai 2021.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina (CRM). Resolução CFM nº 1.358/1992. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 19 nov. 1992.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina (CRM). Resolução CFM nº 1.957/2010. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 6 jan. 2011.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina (CRM). Resolução CFM nº 2.013/2013. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 9 maio 2013.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina (CRM). Resolução CFM nº 2.121/2015. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 24 set. 2015.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina (CRM). Resolução CFM nº 2.168/2017. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 10 nov. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil: Famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed Juspodivm, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 845-854, jun. 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2004000300022&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000300022&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 1 maio 2021.

OLIVEIRA, Polyana Santana Campos de. Guarda judicial de embriões criopreservados ante a dissolução da sociedade conjugal. In: CONTEÚDO Jurídico. **Consultas jurídicas**. Brasília, DF, 17 ago. 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50620/guarda-judicial-de-embrioes-criopreservados-ante-a-dissolucao-da-sociedade-conjugal>. Acesso em: 1 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Mulheres e Saúde: Evidências de Hoje Agenda de Amanhã**. 2011. Disponível em: [https://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres\\_Saude.pdf?ua=1](https://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres_Saude.pdf?ua=1). Acesso em: 12 abr 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 5: família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017

# 18

CAPÍTULO

# O CONTRATO DE NAMORO E SEUS ASPECTOS JURÍDICO-PATRIMONIAIS

LETÍCIA DA SILVA ALMEIDA<sup>1</sup>

STEPHANIE ALMEIDA DA SILVEIRA SANTOS<sup>2</sup>

FABRÍCIO VEIGA COSTA<sup>3</sup>

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo refletir sobre os efeitos patrimoniais do contrato de namoro em relação ao contrato de união estável, esclarecendo as principais diferenças entre esses institutos. Para o desenvolvimento do estudo, adotou-se o método científico dedutivo, por meio de uma revisão e de levantamento bibliográfico almejando uma reflexão crítica e construtiva do tema. A teoria e a jurisprudência consolidam o conhecimento de que o instituto do popularmente chamado contrato de namoro constituído com o objetivo de dispensar-se ou dificultar a identificação da união estável e seus resultados, é inválido de pleno direito e por alguns taxado de inútil.

**Palavras-chave:** contrato de namoro; união estável; casamento; direitos patrimoniais; princípios contratuais; direito de família.

## ABSTRACT

*This work aims to reflect on the patrimonial effects of the dating contract in relation to the cohabitation contract, clarifying the main differences between these institutes. For the development of the study, the deductive scientific method was adopted, through a review and a bibliographic survey aiming at a critical and constructive reflection on the theme. Theory and jurisprudence consolidate the knowledge that the institute of the popularly called dating contract constituted with the objective of dispensing with or making difficult the identification of the stable union and its results, is invalid in its own right and by some considered useless.*

**Keywords:** dating contract; stable union; wedding; patrimonial rights; contractual principles; family right.

- 1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8670699380129891>. E-mail: stephanieass@hotmail.com.
- 2 Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC. Professora do curso de Direito da Faculdade Pitágoras. Associada e Pesquisadora do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Articulista em periódicos e congressos nacionais e internacionais. Associada e Pesquisadora do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito-CONPEDI. Pesquisador. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2572470125751150>. E-mail: leticiaalmeida2613@gmail.com.
- 3 Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – Doutorado e Mestrado. Doutor e Mestre em Direito Processual – Pucminas. Residência Pós-Doutoral em Educação (UFMG) e Psicologia (PUCMINAS). Especialista em Direito Processual; Direito de Família; Direito Educacional – PUCMINAS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador; professor universitário e advogado. E-mail: fvcufu@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

### Como citar o presente artigo científico:

ALMEIDA, Letícia da Silva; SANTOS, Stephanie Almeida da Silveira; COSTA, Fabrício Veiga Costa. O contrato de namoro e seus aspectos jurídico-patrimoniais. In: LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; CAMARGOS, Laís Alves; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Desafios jurídico-constitucionais ao direito privado na contemporaneidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2022, p. 289.

## 1 INTRODUÇÃO

O contrato de namoro tem se tornado um tema de sucessivas discussões no contexto atual, principalmente, com relação às uniões estáveis. Por ser um assunto que merece especial atenção por parte de advogados e por carecer de estudos científicos, tornou-se sugestivo o estudo sobre a diferença entre o contrato de namoro e de união estável no Brasil.

Percebe-se que o tema, contrato de namoro, que ainda é pouco utilizado, tem grande relevância jurídica, visto que o casal, por meio de contrato, pode estabelecer cláusulas que impliquem a geração de futuros direitos e deveres.

Desta forma, havendo o contrato, deverá ser observado todos os princípios contratuais. Além de seguir as exigências legais aplicáveis aos contratos em geral, o contrato de namoro deverá ser registrado para que tenha eficácia perante terceiros.

Assim, percebe-se a importância do presente trabalho nos dias atuais, para que seja difundido o contrato de namoro entre os namorados e os que planejam viver em união estável, de modo a estabelecer a diferença nessas relações. Afinal, pelo fato de a união estável não ser, necessariamente, formalizada por meio de qualquer documento, o contrato de união estável pode ser visto com reservas.

Entre as hipóteses trabalhadas destacam-se: houve uma considerável mudança na legislação existente no contrato de namoro, mas a jurisprudência acompanhou tal mudança? Será possível ingressar com ação de nulidade ou anulabilidade dos contratos de namoro? Os efeitos patrimoniais do contrato de namoro afetam um possível pedido de conversão em união estável? O contrato de namoro terá qual abrangência e quais cláusulas podem ser estipuladas?

O objetivo do trabalho é refletir sobre os efeitos patrimoniais do contrato de namoro em relação ao contrato de união estável. Por meio deste, procura-se esclarecer sobre o instituto do contrato de namoro, a fim de impedir futuros direitos patrimoniais indesejados pelas partes.

Para o desenvolvimento do estudo adotou-se o método científico dedutivo, por meio de uma revisão e de um levantamento bibliográfico almejando uma reflexão crítica e construtiva do tema.

## 2 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Quando se fala em contrato, deve-se reconhecer que neles há princípios básicos que constituem seu alicerce.

Em se tratando dos princípios contratuais, estes podem ser considerados como preceitos fundamentais para a existência do contrato. A autonomia da vontade, direciona uma atenção especial de as partes fazerem valer sua vontade, ou seja, a parte tem autonomia de querer ou não firmar o contrato. Com base nessa liberdade, pode-se ainda, os contratantes dispor cláusulas e firmar modalidades contratuais conforme o interesse comum de ambos.

Sobre este princípio Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que “a liberdade da vontade (querer) torna-se a condição essencial da igualdade humana, e a efetividade de seu exercício (poder), a condição das diferenças” (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 54). As partes têm liberdade

de expressar sua vontade, visto que são livres e, por isso, podem envolver suas vontades nas relações jurídicas.

O segundo princípio contratual a ser analisado é o da relatividade das convenções, pode-se dizer que este princípio somente diz respeito às partes que dele participam diretamente, razão pela qual o princípio em comento busca impedir que os efeitos do contrato celebrado atinjam a terceiros, estranhos a obrigação contraída pelos contratantes, seja para causar-lhes lesões, ou até mesmo para beneficiá-los. Tendo o contrato respeitado as partes e sendo válido e eficaz deve as partes contratantes cumpri-lo (FARIAS, 2007).

Já o princípio da força vinculante das convenções é representado pela expressão latina *pacta sunt servanda*. As partes ficam vinculadas ao que fora pactuado, ou seja, o acordo de vontade faz lei entre as partes. Certamente, o que for pactuado deve ser respeitado entre as partes.

Os princípios contratuais devem, no contexto do contrato de namoro, levar em consideração a autonomia do casal, a questão da liberdade, a relatividade da convenção e a força vinculante. No entanto, ainda é necessário estar presente elementos constitutivos do ato jurídico e pressupostos de validade dos contratos. São elementos essenciais: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme estabelece a legislação civil (VENOSA, 2010).

Caso for comprovada no contrato de namoro alguma irregularidade, deve ser declarada a nulidade do contrato. O Código Civil de 2002, art. 171, II, regula a anulação do negócio jurídico quando apurado vício no negócio jurídico (BRASIL, 2002).

Em se tratando dos casos em que o contratante for impedido de exprimir sua vontade, o Código Civil invalida os atos praticados. Loucura e debilidade mental, por exemplo, estão relacionados a esse impedimento.

O Código Civil invalida os atos praticados durante a manifestação dos estados de loucura, ainda que por causa transitória, eis que não podem exprimir a vontade. Na causa transitória, incluem-se os períodos de loucura. Isto porque é difícil precisar o exato momento de sanidade ou insanidade mental. A debilidade mental não é constante. Ela se acentua ou recrudesce constantemente através de surtos, não se mantendo em um ritmo perene. E nem sempre é ostensiva por atos, gestos ou palavras. Há períodos em que atinge o pensamento, a ideia, o mundo interior, ficando o portador da doença num mutismo completo, como no autista, ou exteriorizando um proceder aparentemente normal ou coerente. (...) E mesmo para os que já revelam um quadro psicótico, paranoico, ou esquizofrênico, se em longos períodos mantêm a normalidade e a lucidez, não se classificam como sadios, eis que o direito não distingue entre loucura constante e loucura intermitente declarativo (RIZZARDO, 2015, p. 96).

Comprovada a incapacidade, ou seja, o impedimento da vontade do envolvido (ou de ambos) o contrato de namoro poder ser invalidado pelo Código Civil. No entanto, para que haja validade do contrato de namoro faz-se necessário a licitude do objeto, ou seja, não poderão ser pactuadas cláusulas que atentem contra a moral e os bons costumes. Isso, pois "o ordenamento jurídico só dá eficácia à vontade humana, como criadora de relações jurídicas, se, e enquanto ela procura alcançar escopos que não colidam com o interesse da sociedade" (PEREIRA, 2012, p. 41).

Desse modo, pode-se considerar que o contrato de namoro deve estar pautado nos princípios contratuais e nos elementos de validade do negócio jurídico, pois em contrário poderá ser demandada ação de nulidade ou anulabilidade da convenção.

## 2.1 CONTRATOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Diversas são as mudanças que ocorreram a todo momento, inclusive, considerando a entidade familiar. Arranjos de famílias diferentes, necessidade de se reexaminar direitos e deveres, enfim, uma gama enorme de possibilidades que fazem do Direito das Famílias um dos mais importantes ramos do Direito brasileiro, pois contém normas jurídicas relacionadas à organização, estrutura e proteção da família, que é a base de uma sociedade (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

No Brasil, essas mudanças podem ser vistas desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando surgem “novas leis que atendem às mudanças econômicas-sociais do mundo contemporâneo, trazendo indisfarçável reflexo nas relações paterno-filiais. As transformações sofridas no mundo atual remetem justamente a necessidade de o ordenamento jurídico rever leis antigas e dar lugar a novas legislações com base as novas necessidades sociais. Não se pode negar que houve evolução legislativa, que abarca a atualização dos estudos da ciência jurídica e melhora a forma da legislação ver os direitos e deveres constituídos na entidade familiar.

Um contrato pode ser compreendido como sendo um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos (PEREIRA, 2012).

Diante do conceito supracitado, o mesmo pode ser usado para criar vínculos familiares, definir compra e venda entre cônjuges ou conviventes, dentre outros

No Direito de Família compete a Vara de Família cuidar de toda matéria relativa à união estável. No mesmo sentido, também é de competência do Juízo da Vara de Família julgar casos envolvendo contrato de namoro, considerando-se estar incluída nas relações jurídicas familiares.

## 3 DOS INSTITUTOS DA CONVIVÊNCIA

O namoro em si é um fato social, ao qual o casal informa para o meio em que vivem que estão em um relacionamento afetivo. Apesar de ser um fato social, esta união não possui efeitos e consequências jurídicas, principalmente por não haver previsão normativa.

Um fato jurídico é um acontecimento que se dá proveniente de uma origem seja ela natural ou humana que ao seu surgimento repercute consequências jurídicas. Mas nem todos os atos são de grande relevância para o direito, uma vez que nem todos exercem a função de criar, extinguir ou modificar alguma situação prevista na ordem jurídica. (CRUZ, 2013, p 120).

Fazendo um breve histórico, a constituição de uma família por muito tempo se deu unicamente por meio do instituto do casamento, podendo ser realizado religiosamente e juridicamente, em conjunto ou apartado. Diante da lei, far-se-á necessário o preenchimento de

requisitos e formalidades para que este possua validade, conforme disposições a partir do artigo 1.525 do Código Civil de 2002.

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acolheu o instituto da união estável e, a reconheceu como entidade familiar, configurada nos mesmos requisitos do casamento. Conforme conceitua a legislação Civil em seu artigo 1.723, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1988).

Com as alterações legislativas realizadas pela Lei nº 9.278/96, na qual extingue o prazo para a configuração da união estável, passou-se a buscar alternativas que viabilizassem uma segurança jurídica quanto ao namoro, com o intuito de evitar a possibilidade de gerar efeitos patrimoniais para o casal.

A alteração referente a ordem cronológica deixou mais difícil definir a natureza e os efeitos de cada uma das relações – união estável e namoro –, sendo capaz de ser confundida uma relação afetiva sem efeito jurídico com uma relação que produz efeitos na esfera jurídica. Diante disso, surge a necessidade de tratar juridicamente a relação de namoro e seus efeitos, nascendo assim, o contrato de namoro.

### 3.1 DO NAMORO

Assim como as formas de constituir família, o namoro possui diversas variações estruturais e de objetivos. O namoro simples ou tradicional seria a relação em que duas pessoas, com residências distintas, realizam encontros periódicos, geralmente acontecidos aos finais de semana, prezando pela fidelidade e companheirismo. No entanto, existem relações em que, de comum acordo o casal decide que não haverá exclusividade naquele envolvimento amoroso e esta situação não é um problema para a relação, conhecido como relacionamento aberto.

Existe também a possibilidade de se relacionar com as intenções do namoro simples, porém, de modo que o convívio seja mais intenso, podendo inclusive que o casal divida o mesmo “teto” ou até mesmo que tenham filhos, mas sem que haja o ânimo de constituir família ou que tragam reflexos judiciais. Essa modalidade de namoro ganhou destaque após ser intitulada como namoro qualificado, na decisão realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Relator Marco Aurélio Belizze, da 3ª turma, no Recurso Especial de nº 1.454,643-RJ, em 2015 (BRASIL, 2015).

Outra modalidade bem antiga e usual é o namoro à distância, casais apaixonados, independentemente da quilometragem que os separam, decidem manter uma relação afetiva nos moldes do namoro tradicional. Esta relação pode ser iniciada pessoalmente ou pela internet, recurso que permite e aproxima pessoas em diferentes extremos do planeta. Com tamanho desenvolvimento tecnológico, foi possível que surgisse o namoro virtual, diferentemente do namoro à distância, acontece entre pessoas que se conheceram por meio de alguma plataforma disponível na internet, mas que nunca se viram pessoalmente, acontecendo estes encontros físicos geralmente após determinado período de conhecimento do parceiro, se acontecerem.

### 3.2 DA UNIÃO ESTÁVEL

As relações extrapatrimoniais sempre existiram, mas, por irem contra os princípios que regem o matrimônio, enfrentaram uma histórica resistência social e do legislador, que tentaram ao máximo preservar os alicerces do que se entendia como “família tradicional”. As relações que não se enquadravam nos requisitos legais e religiosos do casamento eram conhecidas por concubinato, nome que carrega consigo a marca do preconceito (DIAS, 2010).

Aos poucos, conflitos envolvendo o concubinato começaram a chegar ao judiciário, com demandas das mais diversas, seja sobre rompimento, alimentos, separação de bens, danos morais ou morte de um dos conviventes. Com a repetição das ações se fez necessário a regulamentação de um novo instituto para constituição de uma família.

Fruto da informalidade, a união estável foi implementada no artigo 266 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e posteriormente no Código Civil de 2002, onde recebeu nova denominação justamente pelos paradigmas estabelecidos no passado. A lei não estabelece conceito preciso da relação, se limitando a elencar características de modo objetivo no artigo 1.723 do Código Civil de 2002: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Atualmente, esta modalidade de união conquistou seu espaço e se tornou uma prática social frequente, pois possui efeitos semelhantes ao do casamento, não existindo, contudo, um vínculo formal e solene nesta união.

Ninguém duvida que há quase uma simetria entre ambos. As duas são estruturas de convívio que tem origem em um elo afetivo. A divergência diz só com o modo de constituição. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável não tem termo inicial estabelecido (DIAS, 2010, p 141).

Fato é que, cabe à individualidade de cada um decidir qual o melhor instituto para reger a relação, observado a possibilidade de acontecerem alterações no que diz respeito aos interesses e expectativas do casal sobre o relacionamento durante seu desenvolvimento (SCALQUETTE, 2009).

Apesar de a legislação ter aproximado os efeitos entre casamento e união estável, existem algumas peculiaridades no que tange aos deveres e expectativas da relação. Na inexistência de um rito solene que o consagre, não é possível adotar o nome do parceiro, nem tão pouco alterar o status civil de “solteiro”.

Na união estável não é necessário que se faça uma escolha sobre o regime de bens, podendo ser definido por meio de contrato, tendo direito no caso de dissolução apenas aos bens que foram adquiridos durante a constância da relação. Existe ainda a possibilidade de que, os integrantes da relação não vivam sob o mesmo teto, de acordo com a súmula 382 do STF, que trata desta possibilidade.

### 3.2.1 DO CONTRATO DA UNIÃO ESTÁVEL

Admite-se a celebração de contrato escrito de vida em comum, no seu início ou no seu intercurso, assim como do respectivo distrato ao término da convivência. Inegável sua utilidade como instrumento probatório, especialmente quando atestado por testemunhas. Poderá ser levado a registro no Cartório de Título e Documentos, para maior segurança dos interessados e a desejável publicidade (conhecimento de terceiros).

O atual Código Civil prevê, em seu art. 1.725, a possibilidade de contrato escrito entre os companheiros para regular suas relações patrimoniais, estipulando que, na sua falta, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens. Nada menciona quanto ao registro de referido contrato (BRASIL, 2002).

Em verdade, o contrato de vida em comum, ainda que prescindível, constitui relevante meio de prova para fins de conhecimento e verificação dos efeitos pessoais e patrimoniais da união estável, resguardando os direitos dos companheiros e suas relações negociais com terceiros, servindo como elemento de segurança de seus atos no plano jurídico. Por esse ângulo, verifica-se que teria sido efetivamente útil dispositivo legal do registro do contrato, para sua necessária publicidade, trazendo conforto e garantia aos negócios jurídicos celebrados por pessoas unidas estavelmente. Imagina-se a compra e venda de um imóvel por terceiro que desconheça a situação pessoal do vendedor. Celebrado o ato sem anuência de eventual companheiro, mais tarde poderia ser reclamada sua anulação, se reconhecido o direito do meeiro sobre o imóvel alienado.

Como ato jurídico, o contrato de união estável sujeita-se aos requisitos essenciais do contrato, a capacidade das partes, licitude do objeto e forma prescrita ou não defesa em lei, com base no 104 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Não há prescrição de forma específica para celebração de contrato dessa espécie, que se perfaz pelo só fato da união entre homem e mulher com a finalidade de constituir família.

Mas para a contratação relativa aos efeitos patrimoniais da vida em comum, a lei exige contrato escrito, estando aí, portanto, requisito formal de que não se pode prescindir, sob sujeição das partes ao condomínio sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, como dispõe a Lei 9.278/96, art.5º, ou ao regime da comunhão de bens, como está expresso no Código Civil de 2002, art. 1.725.

O que importa é a manifestação de vontade das partes, bastando que se materialize pela forma escrita, independente do instrumento utilizado, que pode ser particular, embora também não se afaste a possibilidade de adoção de instrumento público.

### 3.3 DO CASAMENTO

O casamento é identificado como um dos modos de formação familiar, ou seja, uma das formas de organização familiar como é a união estável. No entanto, por meio do casamento, o padrão é que exista uma união entre duas pessoas de sexos diferentes e que essa se fortaleça no dia a dia.

Na união estável há os casos da união homoafetiva (pessoas do mesmo sexo), que será estudado ainda neste trabalho. Desde meados da Idade Média, observava-se que o casamento era matéria relacionada ao Direito Canônico e, portanto, o Estado não tinha competência para legislar sobre essa matéria. O casamento fundamenta uma união importante para a sociedade, para o direito positivo brasileiro ele é um ato que ocorre entre duas pessoas de sexo oposto e é firmado com a intenção de concretização de uma família.

Fazendo um resgate histórico pode-se dizer que:

Teólogos e canonistas sempre qualificaram o matrimônio como sacramento. Contudo, até meados do séc. XII, fundamentalmente até à obra de Pedro Lombardo, a incerteza sobre o conteúdo da noção "sacramentum", tomado este em sentido muito lato, tornava pouco precisa a qualificação do matrimônio como um sacramento. A partir do séc. XII, com a precisão do conceito de sacramento, as incertezas acabaram. Santo Alberto Magno considera o matrimônio perfeito pela simples troca dos consentimentos. Figurando a união de Cristo com a sua Igreja, através da união dos esposos, confere a graça. É pois, um sacramento. Pontos de vista que são seguidos por S. Tomás de Aquino (MARCQUES, 2011, p 22).

O casamento merece, neste sentido, uma atenção especial, porque fundamenta tradicional união. Para a sociedade e para o direito positivo brasileiro ele é um ato que ocorre entre duas pessoas de sexo oposto que é firmado com a intenção de concretização de uma família. Um dos aspectos relevantes sobre o casamento que se deve ressaltar é que, mesmo com a inegável influência que a igreja possui e sempre possuiu, em se tratando do casamento, o povo brasileiro geralmente contrai o matrimônio, tanto no civil como no religioso.

## 4 DISCUSSÕES ACERCA DA VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Contrato de namoro é o instrumento jurídico, no qual os integrantes da relação afetiva, decidem declarar a finalidade do relacionamento, afastando características que configuram uma união estável e conseqüentemente, a possibilidade de gerar efeitos patrimoniais. Este instrumento pode ser constituído por meio de escritura pública, na qual duas pessoas independentemente do gênero confirmam um relacionamento e declaram o desinteresse em constituírem família ou de ser realizado um compartilhamento patrimonial (VENOSA, 2010).

Ivana Teixeira conceitua namoro:

O namoro é um costume social no qual seus integrantes estabelecem uma relação com intuito de viver o amor existente na relação estabelecida. Do latim in amore, o namoro sinaliza uma situação de relacionamento afetivo, tendente a se tornar de conhecimento no meio social em que os enamorados vivem. Merece ser destacado que inexistente no ordenamento jurídico pátrio a conceituação ou previsão da relação de namoro ou quaisquer outras espécies de uniões livres (TEIXEIRA, 2016, p. 41).

Conforme informado por José Fernando Simão, o processo é simples e similar ao da união estável, bastando os companheiros comparecerem em Cartório munidos de seus documentos básicos para declararem a situação e interesses da relação (SIMÃO, 2017).

Esta alternativa é indicada para qualquer casal que esteja em um relacionamento afetivo e que queira se resguardar de qualquer tipo de reverses caso ele venha a acabar. Isso inclui questões patrimoniais. Não havendo a pretensão de constituir família, não há interesse jurídico para com aquela relação, e em tese, impediria a declaração judicial da existência de uma união estável com todos os seus efeitos.

Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz pode gerar obrigações de ordem patrimonial provocam pânico generalizado, entre os homens é claro. Diante da situação de insegurança, começou a se decantar a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro. No entanto, esse tipo de avença, com intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor a não ser o de monetizar singela relação afetiva (DIAS, 2010, p 211).

Com tantas possibilidades de constituir uma relação torna-se quase inevitável não se preocupar com os efeitos que um relacionamento causaria na vida de ambas as partes no caso de a relação vir a ruir. Contudo, vale adiantar que, existe uma divergência de entendimento dos doutrinadores e advogados em razão da aplicabilidade, validade e os demais efeitos jurídicos desta modalidade de contrato (SOARES, 2013). Os efeitos patrimoniais são os que recebem maior destaque.

#### 4.1 EFEITOS DO CONTRATO DE NAMORO

O namoro não é considerado um contrato, ele existe ou não existe, apenas é um ato-fato jurídico, não tem existência fática, não é nula ou anulável. Precisa do contrato de convivência para que seja regularizada. Daí, como todo contrato deve pautar-se em princípios contratuais. Desta forma, quando se fala em contrato deve-se reconhecer que neles há princípios básicos que constituem seu alicerce (VENOSA, 2011).

Cada princípio deve ser visto como ponto de partida, base para que o contrato possa ser formalizado. As partes interessadas ao realizarem um contrato devem estar, portanto, em comum acordo para que não sejam desrespeitadas. Em se tratando dos princípios contratuais, estes podem ser considerados como preceitos fundamentais para a existência do contrato (SCALQUETTE, 2009).

A doutrina é uníssona quanto à nulidade do contrato de namoro no que concerne às cláusulas que tendem a afastar ou impedir o reconhecimento da união estável, restando, ao Judiciário a análise do conjunto probatório para entender se relação em apreço é um namoro ou uma união estável. Os tribunais brasileiros têm seguido essas orientações doutrinárias, nesse sentido, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação em uma ação movida por um casal que pretendia a homologação do contrato de namoro e sua dissolução, bem como a doação de um imóvel para um dos apelados (TARTUCE, 2011, p. 116).

Os princípios contratuais devem, no contexto do contrato de convivência de união estável, levar em consideração a autonomia dos conviventes, a questão da liberdade, a relatividade da convenção e a força vinculante. No entanto, ainda, é necessário estar presente elementos constitutivos do ato jurídico e pressupostos de validade dos contratos. São elementos essenciais: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme estabelece a legislação civil (SIMÃO, 2017).

Pode-se considerar que o contrato de namoro para ser compreendido como “contrato” deveria estar pautado nos princípios contratuais e nos elementos de validade do negócio jurídico, pois em contrário poderá ser demandada ação de nulidade ou anulabilidade da convenção (STOLZE, 2016).

O contrato de namoro não é contrato. Segundo Simone Orodeschi Ivanov dos Santos, “o contrato é negócio jurídico que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações. Não existem direitos e obrigações numa relação de namoro” (SANTOS, 2015, p. 41).

O chamado contrato de namoro é, na verdade, um ato jurídico bilateral pelo qual as partes afirmam que sua relação afetiva e amorosa não se enquadra no conceito de união estável, ou seja, que aquela relação continuada e duradoura ostentada pelas partes é, a rigor, um namoro e não uma união com intuito de constituição familiar.

Tal ato jurídico vem ganhando destaque no cotidiano forense, especialmente por aqueles que temem os efeitos jurídicos da relação. Todavia, o Direito protege o que a situação fática demonstra e não o que as partes pretendem que seja protegido. O que se percebe, contudo, é que na maioria das vezes, o contrato de namoro tenta mascarar uma situação fática inegável sob as lentes do Direito e tal simulacro não pode ser respeitado pela ciência jurídica (ABATE, 2008).

O discutido contrato de namoro, no afã de dispensar-se a identificação da união estável, determina sincera afirmativa, expressa pelo casal, de que não vivem em união estável, de que são somente namorados, de que não possui o propósito de constituir família e, especialmente, não contribuem para a instituição de fortuna comum. Em sinopse é isto (SILVEIRA, 2013).

Dessa maneira, não existe acordo sintagmático, não existe direitos nem sequer obrigações, porém tão somente uma mera explicação de existência de uma situação de fato, a qual nem sequer jurídico é, pois namoro não é qualificado e tampouco disciplinado pela lei. É um simples acontecido insignificante para o Direito. Nesses termos, a explicação de existência de um namoro, declarado em contrato, é tão lícito e tão válido em nosso ordenamento jurídico quanto é insignificante e inabilitado de ocasionar efeitos práticos.

Como bem ensinou Miguel Reale na *Especulação Tridimensional do Direito*, fatos jurídicos são circunstâncias, previstos em lei de direito, em motivo dos quais nascem, se transformam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas (REALE, 2014). União estável, distintivamente de namoro, é fato jurídico qualificado e disciplinado pela lei e que dessa forma não pode ser alterado, mesmo outorgando total relevância ao princípio da autonomia e livre disposição das partes.

Ainda que lícito, a declaração de namoro, expressa em contrato, deixa de interessar no momento em que a situação de fato se extingue ou se modifica, e isto acontece com o fim do namoro ou no momento em que a correlação passa de namoro para união estável (RIBEIRO, 2014).

É natural que a união estável nasça de um namoro, visivelmente nenhuma união nasce estável, ela se torna estável. Nenhuma união estável nasce duradoura, ela se torna dessa maneira ao teimar no tempo. A união estável apenas se torna estável durante do tempo e, malgrado complicado distinguir a suave linha que separa namoro de união estável, no momento em que isto ocorre, aquela mera situação de fato declarada no contrato deixa de interessar e transcende para um fato jurídico destacado para o Direito (VENOSA, 2010).

Com resultado, evoluindo o namoro para a união estável, aquela explicação expressa no contrato perde sua eficácia por reflexionar afirmativa colidente com a verdade.

## 4.2 DECISÕES DE TRIBUNAIS

O assunto namoro e contrato de namoro ainda é uma discussão nova no direito, além da discussão na doutrina no que se refere à validade do contrato também existe dissenso entre os julgadores. A jurisprudência não tem uma única opinião, e os julgados adquiridos para compor esse artigo corroboram que nos casos reais mais se busca distinguir o namoro do instituto da união estável.

O Superior Tribunal de Justiça, ao ser recorrido quanto ao traço característico entre a união estável e o namoro, enfatizou a finalidade, ou *animus* de composição de família, como elemento que diferencia, precisando a cada questão fática serem analisadas os dados probatórios concernente à cada relação existida entre os sujeitos. O propósito de formar família incidiu a ser pressuposto no que se refere à distinção de namoro e união estável, de acordo como decidiu o STJ, no ano de 2015:

O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado ‘namoro qualificado’ –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho – ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revelase absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequarse à realidade social (BRASIL, 2015).

Observa-se no julgado a necessidade de o direito ajustar-se à realidade social, isto é, o contrato de namoro compactuado pelas partes contratantes tem validade quando não conformada a relação de união estável. Desse modo, o contrato de namoro é capaz de gerar decorrências quando não estejam presentes os elementos que definem a união estável.

Do julgado acima, ainda se tira que a ocorrência de duas pessoas que se relacionam habitarem a mesma casa, vivendo juntos, não garante que a união estável seja definida. Isto porque os dados caracterizadores precisam ser analisados em cada caso concreto, precisando o intérprete do regulamento, sopesar todo aporte real e probatório trazido à discussão.

A ementa do julgado dá conta desse entrosamento, e ainda reafirma a necessidade do *animus* de constituir família como limite da relação de namoro:

União estável não configurada. (...) 1. União estável prévia ao casamento. Inexistente no processo suficiente prova de que o relacionamento havido pelos litigantes antes o casamento foi uma união estável. Atualmente, a circunstância de pessoas compartilharem o leito, viajarem juntas, conviverem na intimidade das famílias em momentos sociais são práticas próprias dos namoros da vida moderna. No caso dos autos, não é a simples circunstância de eles não terem habitado sob o mesmo teto que desconfigura o relacionamento. Mas a perspectiva de que, mesmo em locais distantes, não havia uma residência familiar definida como seu lar e onde estavam cotidianamente em suas folgas ou férias. Considerando-se os sutis limites entre uma relação de namoro e uma união estável é na intenção de constituir família, vivendo em tudo e perante todos como se casados fossem, que se vai encontrar o elemento anímico que distingue a união estável de outras formas de relacionamento em que afetividade e intimidade estão presentes. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Vale destacar que as novas disposições sociais passaram a estabelecer novas maneiras de relacionamento, e que nem sempre esses relacionamentos, a modelo do namoro, são pautados pela lei. O que culmina na preparação de um pacto de namoro, com vistas a impedir que a relação tida entre as partes seja configurada como uma união estável.

Em ação, ajuizada no estado de São Paulo, na qual uma das partes buscava reconhecer e dissolver uma união estável, o juízo compreendeu que não era possível de tal modo proceder por não estar confirmado que o relacionamento se estabelecia no instituto ambicionado. Ao recorrer para o Tribunal de Justiça a parte não alcançou sucesso, como observa-se pela leitura do julgado abaixo:

União estável - Pedido de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, cumulado com alimentos e partilha de bens - Improcedência - Inconformismo - Desacolhimento - Quadro probatório inconsistente que não autoriza o reconhecimento da união estável, nos moldes pretendidos - Ausência de prova de dependência econômica - Impossibilidade de fixação de alimentos e partilha de bens - Sentença confirmada - Recurso desprovido. [...] Além disso, os termos do documento de fls. 88 (antes fls. 91, conforme referido na sentença) são antagônicos à pretensão da apelante. E como bem apontou o Juízo de origem, nas razões de decidir, "no que concerne ao documento de fls. 91, verifica-se que os litigantes convencionaram um verdadeiro contrato de namoro", celebrado somente em janeiro de 2005, cujo objeto e cláusulas não revelam ânimo de constituir família. (SÃO PAULO, 2008).

Evidente, no caso acima, que a concretização de um contrato de namoro, quando não configura a união estável, deriva na sua validade. O desembargador baseou sua decisão no contexto real e probatório e empregou o documento juntado pela parte como prova de que a relação existida entre as partes era um namoro qualificado, visto que foi acordado entre elas que não tinha ânimo de formar família.

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho científico, o objetivo do estudo foi refletir sobre os efeitos patrimoniais do contrato de namoro em relação ao contrato de união estável. Por meio deste, procurou-se esclarecer e diferenciar os dois institutos.

A necessidade do estudo se dá em razão de se verificar que na atualidade, cada vez mais pessoas procuram realizar contratos de namoro, bem como pelo modo que o tema vem sendo visto e discutido, principalmente, quanto ao conteúdo e com relação aos conviventes.

Por meio da jurisprudência brasileira foram editadas leis que versam sobre a união estável, como: Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96. Assim, o estudo das citadas leis possibilitou a análise deste tipo de união, a fim de verificar se os requisitos configuradores da união estável estão presentes, afinal, essa sempre foi uma árdua tarefa dos magistrados.

A teoria e a jurisprudência já consolidam o conhecimento de que o instrumento popularmente chamado de “contrato de namoro”, constituído com o objetivo de dispensar ou dificultar a identificação da união estável e seus resultados, é inválido de pleno direito e por alguns até taxado de inútil.

Entende-se que é incontestável que o propósito de tais contratos seja a proteção patrimonial, a fim de prevenir, em princípio, que um simples namoro possa, injustamente, caucionar, de maneira indesejada, a divisão de propriedade do indivíduo. Além disso, a proteção é justificável, em face da grande dificuldade em distinguir o momento em que termina o namoro e o momento em que inicia a união estável.

## REFERÊNCIAS

- ABATE, Alessandra. Contrato de namoro. *In*: ÂMBITO Jurídico. **Crônicas**. jun. 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2927](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2927). Acesso em: 23 fev. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 6 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial 1.454.643/RJ, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 03 mar. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 9 mar. 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201400677815](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201400677815). Acesso em: 6 maio 2020.
- CRUZ, Thercya Jamily Ribeiro Barroso. Dos atos e fatos jurídicos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, abril 2013.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. Ver., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 6.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. Rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2012.

- MARQUES, Antônio Carlos. **O direito de família na atualidade**. 2011. 64 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Uniaraxá, Araxá, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável**: direito de família e o novo código civil. 2. ed. Del Rey: IBDFAM, 2012.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RIBEIRO, Isaque Soares. O contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4170, 1 dez. 2014.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande do Sul. Acórdão em Apelação Cível 70054895271, Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 01 ago. 2013. **Diário de Justiça eletrônico**, 5 ago. 2013. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113139273/apelacao-civel-ac-70054895271-rs/inteiro-teor-113139289>. Acesso em: 5 maio 2021.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SANTOS, Simone Oroschi Ivanov dos. **União estável**: regime patrimonial e direito intertemporal. São Paulo: Atlas, 2015.
- SÃO PAULO. Tribunal De Justiça De São Paulo. Acórdão em Apelação com Revisão 5542804700, Desembargador Relator Grava Brazil, julgado em 12 ago. 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, 4 set. 2008. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3342620/apelacao-com-revisao-cr-5542804700-sp/inteiro-teor-101400110>. Acesso em: 5 maio. 2021.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **União estável**. In: BONFIM, Edilson Mougenot (coord.). Coleção prática do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SIMÃO, José Fernando. **A quebra das relações afetivas e os danos morais decorrentes**: o ficar, o namoro e o casamento, 17 de janeiro de 2017. Disponível em:  
[http://professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_a\\_quebra\\_da\\_relacoes.htm](http://professorsimao.com.br/artigos_simao_a_quebra_da_relacoes.htm). Acesso em: 3 mar. 2021.
- SILVEIRA, Diego Oliveira da. **Namoro e União Estável**: como diferenciar essas relações?. Família e Sucessões sob um olhar prático. Porto Alegre: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2013.
- SOARES, Ronner Botelho. Novas perspectivas para o Direito de Família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias. In: IBDFAM, 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 fev. 2021.
- STOLZE, Pablo. Contrato de namoro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2016.
- TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**: Namoro: Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2011.
- TEIXEIRA, Ivana. Contrato de namoro: Considerações sobre o Contrato de Namoro. In: JUSBRASIL. **Artigos**. 2016. Disponível em: <https://ivanateixeira.jusbrasil.com.br/artigos/314761196/contrato-de-namoro>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos afetivos: o temor do amor. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 44, set./out. 2011.



UNIVERSIDADE  
**FUMEC**