

REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XXI	n. 2	maio/ago.	2024	157 p.
-----------	--------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.21, n. 2 (maio/ago. 2024) — Fortaleza: UNI7, 2024 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ | revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editor-Chefe

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. Dr. Ramon de Vasconcelos Negócio

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján

Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero

Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.^a Dr.^a Eliane Moreira

UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti

Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco

USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati

UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal

UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.^a Dr.^a María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.^a Dr.^a Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.^a Dr.^a Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Centro Universitário 7 de Setembro

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante
CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone: (+55.85) 4006.7600

Programa de Pós-Graduação em Direito

Coordenador

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Área de Concentração

Relações privadas, sociedade e desenvolvimento

Linha de pesquisa 1

Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento

Linha de pesquisa 2

Relações privadas, mercado e desenvolvimento

Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato A2, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2020).

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o décimo oitavo em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

Editor-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: revistajuridica@uni7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XXI, n. 2, maio/ago. 2024

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS *CHATBOTS* DE PESSOAS FALECIDAS

Jaqueline da Silva Paulichi 13

Valéria Silva Galdino Cardin 13

The post mortem personality right's protection: an analysis from the dead peoples chatbots

CONTROLE SISTÊMICO DE ATIVIDADES DE TRATAMENTO DE DADOS NO *COMPLIANCE* DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM CLÍNICA MÉDICA

Renata Salgado Leme 31

Marcelo Blank 31

Systemic control of data processing activities in compliance with the Brazilian General Data Protection Law in internal medicine

AS POSSIBILIDADES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NO ESPAÇO CIBERNÉTICO: AS NAÇÕES UNIDAS E O *CYBER PEACEKEEPING*

André Soares Oliveira 47

José Armando Ferreira Oliveira 47

The possibilities of humanitarian international law on cyberspace: the United Nations and the cyber peacekeeping

SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA: DESTINATÁRIOS LEGAIS, SUJEITOS PASSIVOS E O DEVER-SER EM DUAS CAMADAS

Pedro Felipe de Oliveira Rocha 61

Fabiana Del Padre Tomé 61

Passive tax subjection: legal tax recipient, passive tax subject, and the "ought to be" divided into two layers

A TEORIA DO DIREITO QUÂNTICO FRENTE AO PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO DE JÜRGEN HABERMAS

Marcio Renan Hamel 83

The theory of quantum law facing thinking postmetaphysical by Jürgen Habermas

REGISTRO DE IMÓVEIS NA REGIÃO OESTE DO PARÁ: DIFICULDADES ENCONTRADAS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL E AS (IM)POSSIBILIDADES DE MITIGAÇÃO

Carlos Cândido da Silva Cyrne95

Fernando O’Grady Cabral Junior95

Property registration in the western region of Pará: difficulties encountered in sustainable land regularization and the (im)possibilities of mitigation

EXCLUSÃO DIGITAL NA AMAZÔNIA E SEUS IMPACTOS NA ORDEM GLOBAL

Brychtn Ribeiro de Vasconcelos115

Digital exclusion in Brazilian Amazon and its impacts on the global order

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: COMBATE ÀS DEMANDAS PREDATÓRIAS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS AOS IDOSOS NO ESTADO DO TOCANTINS (BRASIL)

Wallyson Lemos dos Reis Oliveira125

Valter Moura do Carmo125

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira125

Defensive jurisprudence: combating predatory payroll loan claims against the elderly in the State of Tocantins (Brazil)

DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO: TRADIÇÃO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Davi Mendes141

Contemporary contract law: tradition, perspectives, and challenges

AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO FAMILIAR E IMPLICAÇÕES DO ABANDONO DO LAR: ESTUDO SOBRE A COMPETÊNCIA

Natália de Sá Cordeiro Braz173

Marcelo Sampaio Siqueira173

Acquisition of property by family usucaption and implications of abandonment of the home: a study on jurisdiction

A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS *CHATBOTS* DE PESSOAS FALECIDAS

Jaqueline da Silva Paulichi

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.
j.paulichi@hotmail.com

Valéria Silva Galdino Cardin

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.
valeria@galdino.adv.br

Resumo: O objetivo deste artigo é o de apresentar alguns questionamentos ético-filosóficos acerca das redes sociais e o uso dos dados inseridos nas redes sociais como meio de se recriar a personalidade do sujeito por meio dos “*chatbots*” e seus impactos na sociedade. A relevância desta pesquisa se apresenta na reflexão quanto aos rumos que o transumanismo vem orientando a sociedade, o que gera os questionamentos éticos quanto à aplicabilidade dos conceitos clássicos dos direitos humanos nas redes sociais e novas tecnologias e a sua tutela *post mortem*. A contribuição teórica deste artigo pode ser encontrada na análise dos casos dos *chatbots* de pessoas falecidas, que reproduzem a sua memória digital, e como tal tecnologia pode afetar os direitos da personalidade *de cujus* ante a ausência de autorização para tal ou, ainda, a falta de fiscalização e controle por parte das plataformas de programação. Nos resultados, pode-se perceber que há uma busca em eternizar a vida a todo custo, mesmo que seja por meio das tecnologias digitais. Tal fato leva à necessidade de se obter meios de fiscalização e controle do uso da memória digital das pessoas, para que não haja a reprodução virtual de uma pessoa nas redes. Utiliza-se nesta pesquisa o método hipotético-dedutivo, a partir da elaboração de alguns questionamentos de cunho filosófico, bem como a técnica da leitura de livros e artigos científicos que tratam do tema proposto. Por fim, aplica-se a pesquisa documental através da análise de notícias relacionadas.

Palavras-chave: inteligência artificial. redes sociais. Transumanismo. direitos da personalidade. *chatbots*.

The post mortem personality right's protection: an analysis from the dead peoples chatbots

Abstract: The objective of this article is to present some ethical-philosophical questions about social networks and the use of data inserted in social networks as a means of recreating the personality of the subject through "chatbots" and their impacts on society. The relevance of this research is presented in the reflection on the directions that transhumanism has been guiding society, which generates ethical questions about the applicability of classic concepts of human rights in social networks and new technologies and their post mortem protection. The theoretical contribution of this article can be found in the analysis of the cases of chatbots of deceased people, who reproduce their digital memory, and how such technology can affect the rights of the deceased's personality in the absence of authorization to do so, or even the lack of supervision and control by the programming platforms. In the results, it can be seen that there is a quest to immortalize life at all costs, even if it is through digital technologies. This fact leads to the need to obtain means of inspection and control of the use of people's digital memory, so that there is no virtual reproduction of a person on the networks. The hypothetical-deductive method is used

in this research, based on the elaboration of some philosophical questions, as well as the technique of reading books and scientific articles that deal with the proposed theme. Finally, documentary research is applied through the analysis of related news.

Keywords: artificial intelligence. Social media. Transumanism. Personality rights. Chatbots.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste artigo serão apresentados os contornos jurídicos acerca da teoria dos direitos da personalidade e a sua tutela após a morte, perspectivados a partir das ações decorrentes das violações a esses direitos na *internet*, no âmbito das redes sociais e aplicativos de celular. O texto problematiza as seguintes questões: considerando a possibilidade de se armazenar nas redes sociais dados de pessoas falecidas, em que medida estas redes podem absorver referidos dados para finalidades não conhecidas pela comunidade externa? Há, nestes casos, o direito a tutela da personalidade do *de cuius*?

Existe previsão no Código Civil acerca da proteção aos direitos da personalidade, bem como a possibilidade do cônjuge, os ascendentes ou descendentes do *de cuius* ingressarem com uma ação para solicitar a proibição da divulgação de seus escritos, palavras, publicações, exposições ou até mesmo sua imagem de uma pessoa, quando isso atingir a honra, a boa fama, a respeitabilidade do sujeito ou se destinar a fins comerciais, sem a autorização do titular. Assim, defende-se que o direito de ação para a tutela dos direitos da personalidade do falecido é um resquício de sua personalidade.

A inteligência artificial apresenta diversas implicações jurídicas que são debatidas diariamente nas mídias, são votadas como projetos legislativos, e que acabam por gerar disputas judiciais acerca de responsabilidade civil e as violações quanto aos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. A sociedade transumanista demonstra que a contemporaneidade caminha para a busca da vida eterna, do melhoramento humano, seja por meio de tecnologias acopladas ao corpo ou por meio de redes sociais que conectam o ser humano ininterruptamente.

Dessa maneira, o presente estudo busca apresentar a aplicação dos artigos 11, 12 e 20 do Código Civil brasileiro para as violações que ocorrem na *internet*, pelo uso das redes sociais, fotos, vídeos, áudios e dados pessoais da pessoa falecida, partindo da hipótese de que se trata de um desdobramento de seus direitos personalíssimos e que, nesse sentido, legitima a ação que busca tutelar esses direitos. Além disso, objetiva-se apresentar os contornos jurídicos acerca da tutela dos direitos da personalidade da pessoa já falecida, bem como o âmbito de aplicação desse direito na *internet*, analisando notícias relativas à reprodução da memória digital *post mortem* e a sua violação aos direitos da personalidade.

O texto está estruturado em quatro seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, serão apresentados os principais conceitos relacionados à inteligência artificial, para depois apresentar a relação entre teoria da sociedade transumanista e as redes sociais. Após, a teoria dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais da pessoa falecida. No fim, será analisada a tutela dos direitos personalíssimos *post mortem* em decorrência das violações ocorridas no âmbito da *internet*, através do estudo de casos que tratam do tema.

Para a elaboração do artigo, utiliza-se a pesquisa de base teórica, apresentando os conceitos iniciais a respeito da inteligência artificial, *machine learning*, *deep learning*, *redes sociais*, e demais termos relacionados ao tema. Também serão apresentados os conceitos iniciais de tran-

sumanismo e suas implicações na sociedade. Utiliza-se o método dedutivo para realizar os questionamentos e hipóteses para o tema ora exposto e, por fim, apresenta-se o método empírico com relação à apresentação de notícias veiculadas na mídia sobre o tema que enseja o debate jurídico acerca dos impactos nas novas tecnologias na sociedade contemporânea.

1 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA NAS REDES SOCIAIS

A Inteligência Artificial (IA) foi desenvolvida em 1950, em *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* em Dartmouth College, Hanover, New Hampshire, Estados Unidos (SILVA, 2019). No séc. XX, Alan Turing começou as pesquisas em relação à inteligência computacional e, em 1950, foi publicado o artigo intitulado “Jogo da imitação”, no qual Turing propõe um jogo com base na adivinhação e indaga se isso poderia ser aplicado na computação (MONTAGNOLI, 2018). Ressalte-se que na época em que foi elaborado o artigo, o autor ainda tratava do campo teórico, sendo que a teoria foi comprovada anos após a publicação do texto (PORTAL TERRA, 2012).

O conceito de IA pode ser dividido em quatro campos diferentes. O primeiro trata do “pensar de forma humana”, em que se analisa o desenvolvimento de máquinas capazes de terem pensamentos, no sentido literal da palavra, como exemplo, a possibilidade de tomada de decisão, a resolução de problemas ou, ainda, a capacidade de aprendizado. Outro conceito relacionado à inteligência artificial é o “agir humanamente”, que se traduz na arte de criar máquinas que possam performar habilidades que requerem a inteligência. O agir de forma humana requer que a máquina seja capaz de agir da mesma maneira que um ser humano realizaria tal tarefa. (RUSSEL, NORVIG, 2003) O “pensar racionalmente” é o estudo das faculdades mentais através do uso de modelos computacionais. Assim, essa forma de IA estuda se a computação poderia ter a possibilidade de percepção, racionalização e ação. O “agir racionalmente” é a inteligência computacional que estuda o projeto de agentes inteligentes.

Verifica-se a possibilidade de violação aos direitos da personalidade decorrente dos campos da IA, em que a máquina realiza a análise do caso e, posteriormente, toma as decisões necessárias, otimizando a tarefa a ser realizada. Por outro lado, verifica-se a ausência da análise acerca dos detalhes do caso envolvido, das pessoas, e da situação como um todo, o que a IA ainda não consegue processar. Como exemplo, cite-se o caso em que a empresa utilizou a IA para demitir 150 funcionários apenas com a análise de algoritmos de produtividade. (EL PAÍS, 2021)

A IA manipula e armazena dados, mas também realiza outras funções que necessitam de maior conhecimento e aprofundamento. O tratamento dos dados obtidos inclui a aptidão para “novos conhecimentos ou relações sobre fatos e conceitos a partir do conhecimento já existente e utiliza métodos de representação e manipulação para resolver problemas complexos.” (SILVA, 2019)

A IA auxilia o ser humano na execução de inúmeras atividades do dia a dia, além de permitir a otimização e aceleração de tarefas diárias, possuindo um “[...] conjunto de rotinas lógicas que, aplicadas no campo da ciência da computação, permite aos computadores dispensar a necessidade de supervisão humana na tomada de decisões e na interpretação de mensagens analógicas e digitais.” A tomada de decisões é possível em razão da “capacidade do sistema de adaptar-se por conta própria às necessidades humanas, por meio do uso de dados de experiências pretéritas armazenados nas memórias, tomando decisões com um mínimo de “livre-arbítrio”.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2018 p.135)

A IA tem a aptidão para armazenar dados, realizar análise quanto às informações obtidas, realizar o cruzamento de dados para criar tabelas, dentre outras funções rotineiras que são realizadas em poucos segundos, além de realizar atividades que necessitam de maior aprofundamento, como o tratamento de dados obtidos. Esse tratamento se utiliza de conceitos já existentes, por meio de métodos de representação e manipulação, o que gera a capacidade de resolver problemas que seriam complexos para o ser humano. (SILVA, 2019) Enquanto os computadores não estavam interligados pela *internet*, cada uma das máquinas possuía capacidade limitada de processamento, conforme a memória contida no aparelho. No entanto, com a melhoria dos programas de computador, dos aplicativos e *softwares*, a capacidade de processamento de dados e de trabalho da IA ganhou novos horizontes. (TOMASEVICIUS FILHO, 2018)

A IA ultrapassa o conceito de tecnologia, eis que se traduz em meios de comunicação estrutural da sociedade atual. Essa inteligência cibernética está presente nas relações sociais, trabalhos, lazeres, comunicação e relacionamento, por isso, pode-se afirmar que a sociedade se transformou em rede. (AZEVEDO et al., 2015) É importante lembrar que atualmente existe uma certa dependência tecnológica, que atinge toda a sociedade, desde pequenas empresas, até governos e grandes instituições. Consequentemente, as relações negociais migram para a *internet*, o que pode gerar riscos aos envolvidos em relação à segurança da transação que é realizada.

Ao analisar o tema, Patrícia Peck Pinheiro (2016) salienta que

a possibilidade de visibilidade do mundo atual traz também os riscos inerentes à acessibilidade, tais como segurança da informação, concorrência desleal, plágio, sabotagem por *hacker*, entre outros. Assim, na mesma velocidade da evolução da rede, em virtude do relativo anonimato proporcionado pela Internet, crescem os crimes, as reclamações devido a infrações ao Código de Defesa do Consumidor, as infrações à propriedade intelectual, marcas e patentes, entre outras.

Dessa forma, pode-se afirmar que a IA está em constante expansão, no que se refere ao seu conceito inicial, quanto à sua capacidade de processamento e conhecimento. Em suma, a engenharia do conhecimento artificial depende da análise de fatos e regras, para que se crie um padrão e, conseqüentemente, um sistema inteligente.

Dentre as formas de aplicação da IA tem-se o *machine learning* que é o aprendizado da máquina através da atividade exercida. Assim, a IA se utiliza do *machine learning* para aplicar seus algoritmos. Sobre o tema, J. Burrel (2016, p.7) explica que “a lógica de decisão interna do algoritmo é alterada à medida que 'aprende' nos dados de treinamento”.¹

Hoffmann-Riem salienta, a propósito, que os algoritmos são escritos em linguagem digital “processável mecanicamente, e a tarefa respectivamente dada é executada por meio de número finito e pré-definido de etapas individuais. [...] os algoritmos específicos são partes de complexos sistemas algoritmos digitais”. (HOFFMANN-RIEM, 2019) Assim, os algoritmos são utilizados nas mais diversas tecnologias disponíveis para o uso atualmente, principalmente nos aplicativos e redes sociais, para análise de dados pessoais que são inseridos pelos usuários ou coletados durante o uso.

O sistema utilizado por meio de algoritmos pode ser programável para se adaptar de forma autônoma a novos problemas e resolver conflitos complexos. Assim, essa capacidade não precisa necessariamente ser programada, mas pode ser o resultado de uma aprendizagem computacional

¹ Tradução nossa – texto original em inglês: “Machine learning, in particular, is often described as suffering from the “curse of dimensionality” (Domingos 2012). In an era of “big data”, billions or trillions of data examples and thousands or tens of thousands of data properties (called “features” in machine learning) can be analyzed. The algorithm’s internal decision logic changes as it ‘learns’ from the training data.”

através de treinamento, com base na avaliação de experiências obtidas por meio de exemplos ou ainda por meio de alimentação por dados. “Atualmente, trabalha-se intensamente para que tais sistemas continuem a escrever seus próprios programas e sejam capazes de se desenvolverem independentemente da programação humana (“*machine learning*”, “*deep learning*”).” (HOFFMANN-RIEM, 2019. p.125)

No campo da ficção, Isaac Asimov (1994) escreveu diversos livros sobre robótica, trazendo alguns conceitos importantes para o meio acadêmico, pois toda tecnologia robotizada necessita de alguma forma de IA. Asimov descreve o robô e a sua inteligência como um objeto artificial que pode se parecer com um ser humano, ou máquinas que exercem as funções designadas. Essa inteligência computadorizada é capaz de realizar tarefas consideradas complexas para o ser humano. Portanto, o autor criou as três regras fundamentais para a robótica, que podem ser descritas da seguinte maneira:

1ª lei: Um robô não pode fazer mal a um ser humano ou, por omissão, permitir que um ser humano sofra algum tipo de mal. 2ª lei: Um robô deve obedecer às ordens dos seres humanos, a não ser que entrem em conflito com a Primeira Lei. 3ª lei: Um robô deve proteger sua própria existência, a não ser que essa proteção entre em conflito com a Primeira e Segunda Leis.

Apesar de não ser uma lei no aspecto formal e material, entende-se que essas três regras gerais da robótica devem ser aplicadas a toda inteligência artificial, para que não haja uma superinteligência capaz de superar o ser humano e lhe causar algum mal.

A partir dessas considerações, pode-se definir a IA em três vertentes. Na primeira, chamada de inteligência artificial fraca, defende-se que não será possível construir máquinas inteligentes o suficiente, pois a inteligência demanda consciência e autopercepção, algo que só o ser humano possui. (MONTAGNOLI, 2018) A segunda vertente, denominada de “Inteligência artificial forte”, retrata um futuro em que a IA será capaz de pensar, criar e exibir comportamentos tal qual o ser humano. Já o termo “superinteligência” advém do livro homônimo de Nick Bostrom (2003), no qual o autor defende a ideia de que a IA será muito maior que a do ser humano, em todas as suas habilidades “incluindo criatividade científica, conhecimentos gerais e habilidades sociais”. (BOSTROM, 2003. p.12) A IA forte e a superinteligência ainda não foram alcançadas, porém, já existem robôs autônomos dotados de IA que adquirem autonomia através de sensores que captam os dados do ambiente, aprendem de modo autônomo e possuem a capacidade de adaptação de comportamento. (FELIPE; PERROTA, 2018)

Na sociedade atual, o uso dos algoritmos é imprescindível, eis que facilita diversas atividades que levariam anos para serem realizadas, no modo mecânico através da atividade humana. Assim, a IA se utiliza dos algoritmos para realizar as suas tarefas. Logo, os algoritmos são partes componentes de sistemas complexos que podem determinar desde o direcionamento de anúncios simples até mesmo sintetizar grupos de pessoas nas redes para a verificação de disposição para realizar alguma tarefa ou votar em um determinado candidato.

Com efeito, as tecnologias da informação possuem a capacidade de analisar o comportamento do ser humano, descrevê-lo e padronizá-los por meio da inteligência analítica. Os algoritmos que são utilizados para tais tarefas, no entanto, não possuem a aptidão de realizar o juízo de ponderação ou de equidade, o que pode ensejar violação aos direitos da personalidade da pessoa já falecida – discussão objeto do estudo em tela.

Uma pesquisa realizada pela Universidade de Oxford demonstra que o *Facebook* possuirá, no ano de 2100, mais perfis pessoais de pessoas falecidas do que de pessoas vivas, chegando a 1,4 bilhão de usuários falecidos.² Note-se que, pela política de privacidade³ da referida empresa, caso não seja solicitada a eliminação do perfil na rede social após a morte da pessoa, seus dados e demais informações serão absorvidos pela plataforma. Se o *Facebook* possui a capacidade de absorver esses dados, questiona-se qual será a sua destinação, já que a finalidade utilizada é para o desenvolvimento de produtos e serviços, publicidade e otimização da experiência do usuário.

Se a empresa proprietária da rede social pode armazenar todas as informações de uma pessoa, questiona-se se terceiros poderiam realizar a exposição de dados pessoais e sensíveis, de modo abusivo. Por “modo abusivo” compreende-se desde a captação de dados para aplicação de golpes na *internet*, até mesmo a divulgação de fotos, vídeos e escritos que não seriam destinados ao público.

Dessa forma, a comunicação pelas redes sociais é uma realidade da sociedade transumanista, que se utiliza das novas tecnologias para aumentar a capacidade física e cognitiva do ser humano, além dos usos recreativos. A IA possibilita a criação de inúmeras formas de comunicação, seja por vídeos, textos, fotos, desenhos e variadas formas de manifestação humana. Assim, a sociedade transumanista está conectada pela *internet*, desenvolvendo as suas relações pessoais virtualmente, gerando as possibilidades de abusos quanto à personalidade das pessoas.

2 A SOCIEDADE TRANSMANISTA CONECTADA PELAS REDES SOCIAIS

O movimento transumanista busca o aprimoramento humano por meio da tecnociência, sendo uma realidade que já pode ser visualizada na sociedade moderna. Suas manifestações estão, por exemplo, nos remédios que podem aumentar a expectativa de vida, tratamentos médicos e novas tecnologias que estão acopladas ao corpo.

Max Moore escreveu sobre o transumanismo em 1990 no texto “*Transhumanism – Towards a Futurist Philosophy*”, definindo-o como as filosofias que buscam guiar as pessoas em direção a uma condição pós-humana. Tal teoria compartilha de muitos elementos do humanismo, incluindo o respeito pela razão e pela ciência, um compromisso com o progresso e uma valorização da existência humana (ou transumana) ‘terrena’, em vez de alguma pós-vida sobrenatural.⁴ De acordo com o autor, o transumanismo busca guiar a humanidade para uma condição pós-humana, respeitando a razão e a ciência e valorizando a condição humana.

Em 1997, Nick Bostrom e David Pearce criaram uma associação transumanista, denominada *WTA/H+* (*World Transhumanist Association/Human plus*), que posteriormente passou a se chamar “*Humanity+*”. Pearce escreveu um manifesto em defesa da biotecnologia, utilizando-a como meio de pôr fim a todo o sofrimento humano. Logo após, Nick Bostrom sugeriu a criação de uma organização que abarcasse todos os transumanistas, fundando, assim, a “Declaração

² KELLER, Maren. **Patrimônio digital no Facebook**. O que acontece com os dados de usuários falecidos do Facebook? PC SPEZIALIST. Disponível em: <<https://www.pcspezialist.de/blog/2019/05/10/digitales-erbe-facebook/>> Acesso em: 10 out.2021

³ FACEBOOK. Disponível Em: <https://www.facebook.com/policy.php> Acesso em: 15 out.2021

⁴ Tradução livre. No texto original: “philosophies that seek to guide us towards a posthuman condition. [...] shares many elements of humanism, including a respect for reason and science, a commitment to progress, and a valuing of human (or transhuman) existence in this life rather than in some supernatural “afterlife”. (MORE, 1996)

Transumanista”, em 1998. (VILAÇA, DIAS. 2014) Nesta declaração estão descritos os princípios a serem seguidos pelo movimento, dentre os quais se destaca o seguinte:

6. A formulação de políticas deve ser orientada por uma visão moral responsável e inclusiva, levando a sério as oportunidades e os riscos, respeitando a autonomia e os direitos individuais e mostrando solidariedade e preocupação com os interesses e a dignidade de todas as pessoas ao redor do globo. Devemos também considerar nossas responsabilidades morais para com as gerações que existirão no futuro.⁵

Note-se que o princípio colacionado já demonstra a preocupação com os direitos básicos da pessoa, bem como a manutenção da dignidade humana frente às tecnologias que estão disponíveis para a sociedade.

Luc Ferry explica que o movimento transumanista “pretende passar do paradigma médico tradicional, o da terapêutica, cuja finalidade principal é “reparar”, curar doenças e patologias, para um modelo “superior”, o da melhoria, ou até do “aumento” do ser humano”. (FERRY, 2018. p. 01) Enquanto no humanismo há o entendimento de que a natureza segue o seu ciclo de vida, o transumanismo defende a alteração das condições humanas. “Dessa forma, a sociedade possui a tendência de “considerar como evidência o fato de a natureza ser o que é, um dado eterno e intangível, de modo que a tarefa da medicina só poderia ser a de curar”. (FERRY, 2018. p. 02) Stefano Rodotà assevera que o transumanismo traz a possibilidade de melhorar a condição humana, “por meio da razão aplicada, usando em particular a tecnologia para eliminar o envelhecimento e maximizar as capacidades intelectuais, físicas e psicológicas”. (RODOTÁ, 2021. p.114)

Nos limites do presente estudo, serão apresentadas algumas das possibilidades de melhoramento humano que o movimento transumanista proporciona, com ênfase na maximização das capacidades intelectuais e psicológicas do ser humano, que são impactadas pelo uso das redes sociais. Hoje, o progresso das ciências biotecnológicas se encontra em estágio tão avançado, que possibilita um novo tipo de intervenção. A moderação pós-metáfísica esbarra nos seus próprios limites quando se discutem questões sobre a ética das espécies. (HABERMAS, 2010. p.17) A sociedade contemporânea tem uma ideia de liberdade exacerbada, no âmbito da qual é possível realizar pesquisas com células embrionárias para fins essencialmente consumistas e de pesquisa, em que o embrião seria produzido com aquele único propósito.

Neste contexto, as intervenções legislativas surgem como uma forma de inibir estas práticas e limitar tal liberdade. A questão fundamental, em um ambiente tal, como afirma Habermas, radica em averiguar se a humanidade quer mesmo caminhar na direção de uma eugenia liberal, que ultrapassa os motivos essencialmente terapêuticos. (HABERMAS, 2010)

João Jeronimo Machadinho Maia utiliza o termo “tecnociência” para designar a “imbricação mútua que existe entre o desenvolvimento da ciência e o desenvolvimento da tecnologia”. (MAIA, 2017. p.54) Este termo será utilizado neste trabalho em relação às intervenções que o transumanismo realiza na vida humana, e em geral na sociedade. O referido autor explica que atualmente tem-se uma economia voltada para o conhecimento e informação, sendo essa concepção adotada para a modernidade, inclusive no mercado da saúde, “numa lógica estrita de produção de lucro”. (MAIA, 2017. p.54) Continuando a sua crítica quanto a esse novo modelo de mercado, ele explica que o capitalismo chegou ao corpo humano, em que a natureza humana é vista como algo que pode ser “transformada em mercadoria e usada como tecnologia”. Boaventura Souza Santos, Maria Paula Menezes e João Arriscado Nunes (2004, p. 29) explicam que

⁵ Tradução livre. no original, em inglês: Policy making ought to be guided by responsible and inclusive moral vision, taking seriously both opportunities and risks, respecting autonomy and individual rights, and showing solidarity with and concern for the interests and dignity of all people around the globe. We must also consider our moral responsibilities towards generations that will exist in the future.

“a crença no progresso científico insere-se no próprio corpo humano, o que, nas sociedades capitalistas em que vivemos, pode vulnerabilizar a integridade física e humana ante as exigências da lógica de mercado”.

Paula Sibília (2015) aduz que o transumanismo possui a visão de que as tecnologias que possibilitam o melhoramento humano devem ser disponibilizadas a todas as pessoas, que devem ter o poder de escolha se irão aplicar tais tecnologias a si próprias ou não, o que remonta à liberdade morfológica. O transumanismo possibilita que o mercado “dite” as regras sobre o consumo e comportamento e, no contexto da sociedade da informação, a alteração do comportamento humano por meio das redes sociais e tecnologias.

Nesse sentido, Stefano Rodotà (2021) indaga se o direito deve agir com consonância com o mercado, validando tudo aquilo o que a tecnociência torna possível. Em relação ao tema, Jurgen Habermas (2010, p.57) analisa a tecnização da natureza humana, indagando se ela altera a “autocompreensão ética da espécie de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”.

Algumas limitações devem ser postas quanto ao transumanismo na sociedade contemporânea. Nick Bostrom (2005) publicou um ensaio intitulado “Em defesa da dignidade pós-humana” no qual apresenta os questionamentos acerca do *status* da dignidade humana no transumanismo. A solução trazida pelo autor seria a implementação de “proibições globais de categorias inteiras dessas promissoras tecnologias de melhoramento humano para prevenir um escorregão ladeira abaixo nesse “declive escorregadio”, que cai em direção a um estado “pós-humano” que é, em última análise, rebaixado”.

Assim, as limitações quanto ao uso exacerbado das tecnologias que prometem o prolongamento da vida, ou uma espécie de vida após a morte através das tecnologias digitais, devem ser realizadas com a finalidade de se proteger aspectos da personalidade do indivíduo. Mesmo havendo os meios para a tutela dos direitos da personalidade após a morte do sujeito, estas normas devem ser aplicadas de modo que se estabeleça um limite quanto ao uso dos dados digitais das pessoas já falecidas nas redes sociais e demais tecnologias digitais. Para que isso seja possível, a análise da tutela dos direitos da personalidade *post mortem* se apresenta como meio de se atingir a limitação quanto ao uso imoderado dos dados de pessoas já falecidas, conforme será apresentada a seguir.

3 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*

Os direitos da personalidade estão previstos no Código Civil brasileiro de 2002, nos artigos 11 ao 21, que fixam as diretrizes básicas para o tratamento jurídico desses direitos. Aplicam-se aos direitos da personalidade os entendimentos acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º inc. III da Constituição Federal de 1988, sendo este entendido como uma “cláusula geral da personalidade”, servindo como fundamento para o desenvolvimento de teorias que buscam tutelar a personalidade, mas que ainda não possuem legislação específica a respeito, como o os casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.543 (2020) que tratou da restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco, a ADI 4277 e ADPF 132 (2014) que abordou o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, a ADI 3.510 (2008) que reconheceu a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, o RE 670.422 (2018) que reconheceu o direito fundamental subjetivo ao transgênero à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, dentre tantos outros julgados que reconheceram direitos decorrentes da interpretação do art. 1º inc. III da Constituição Federal.

Ressalta-se que a teoria dos direitos da personalidade é ampla e comporta diversas divisões quanto à aplicabilidade, eficácia e novas dimensões de direitos. No entanto, não é objeto deste trabalho esgotar a teoria dos direitos da personalidade, razão pela qual ele se limita apenas a demonstrar a sua conceituação e aplicação no âmbito desta pesquisa, qual seja, a tutela dos direitos da personalidade *post mortem* por violações realizadas pelas redes sociais.

Gustavo Tepedino (2020, p.150), apresenta a teoria do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral do direito da personalidade, explica o seguinte:

[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Assim, foi reconhecido nas jornadas de Direito Civil nº 274 que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal (princípio da dignidade da pessoa humana)”. De acordo com Bruno Ricardo Bioni, trata-se “de um componente central de uma nova hermenêutica que coloca o ser humano como o “coração do direito civil contemporâneo”. Descrevendo a importância da classificação dos direitos da personalidade como parte de uma cláusula geral de proteção e tutela da pessoa “ou de um sistema geral de tutela à pessoa humana, cuja consequência principal é a sua elasticidade”. (2021. p.51)

Com efeito, verifica-se a elasticidade dos direitos da personalidade ao se analisar os seus novos desdobramentos doutrinários do tema. A exemplo disso, cite-se o direito aos dados pessoais, que tanto é debatido no âmbito de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, do Marco Civil da *internet*, dentre outros projetos de lei que visam regulamentar as redes sociais, inteligência artificial e os dados pessoais.

O art. 11 da lei civil prevê que tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. A doutrina é uníssona ao trazer outras características dos direitos da personalidade, que são: ilimitados⁶, imprescritíveis⁷, impenhoráveis⁸, absolutos⁹, e inexpropriáveis¹⁰. Note-se que esse rol pode ser estendido, em decorrência da aplicação do art. 1º, inc. III da Constituição Federal, que disciplina o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, tem-se uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.¹¹

Os direitos da personalidade tratam dos diversos aspectos do sujeito, atribuindo ao ser a faculdade de se defender quanto às violações de seus direitos, como a vida, integridade física, direito ao próprio corpo, imagem, voz, honra, nome, dentre outros. Rubens Limongi França

⁶ O seu exercício não pode sofrer limitações, mesmo que voluntárias. A exceção é a previsão no enunciado n. 04 do CJF/STJ que prevê que os direitos da personalidade podem sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

⁷ Não se perdem com o decurso do tempo. Ou seja, em caso de não exercício do direito, não há que se falar em prescrição ou decadência do direito.

⁸ Não podem sofrer constrição judicial.

⁹ São oponíveis erga omnes.

¹⁰ A inalienabilidade retiraria do seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os também irrenunciáveis e impenhoráveis. Da indisponibilidade deriva o intenso debate sobre a licitude dos atos lesivos aos direitos da personalidade praticados com o consentimento do interessado. De acordo com Adriano De Cupis, não existe um princípio geral de invalidade de tais atos, os quais, embora por vezes reprimidos pelo ordenamento, não necessariamente afetam a ordem pública, refletindo um aspecto particular e mais modesto da faculdade de dispor. (TEPEDINO, 2022. p.152)

¹¹ “Concebida por Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, entre outros” In: (TARTUCE, 2021. p. 193)

(1996. p.1033) conceitua da seguinte maneira: são as “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”.

Maria Helena Diniz (2014. p.134) apresenta um conceito amplo dos direitos da personalidade:

[...] são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Quanto à sua previsão legal, salienta-se que o Código Civil possui um rol não exaustivo do que se entende por direitos da personalidade. Por essa razão, outros direitos podem ser reconhecidos como personalíssimos, mesmo que não haja previsão normativa a respeito, como o direito ao esquecimento, que foi reconhecido como desdobramento da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação.

A doutrina divide os direitos da personalidade em direitos originários, que são aqueles próprios do sujeito, e as suas projeções para o mundo exterior. Os direitos da personalidade se restringem à pessoa de seu titular e se manifesta desde o seu nascimento. Esses direitos transcendem o ordenamento jurídico positivo, pois estão ligados à natureza humana. Quanto a essa primeira divisão, Carlos Alberto Bittar (2015.p.41) aduz que

os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

Adriano De Cupis (2008) estabelece a divisão quanto aos direitos à vida, à integridade física, às partes separadas do corpo e ao cadáver, à liberdade; à honra e respeito ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoal; ao título; ao sinal figurativo; e o direito moral do autor. Carlos Alberto Bittar (2015) divide os direitos da personalidade em: direitos físicos, psíquicos, e direitos morais. Os direitos físicos se referem aos componentes do corpo, como os órgãos, membros e a imagem. Os direitos psíquicos são aqueles relacionados aos elementos intrínsecos à personalidade da pessoa, como a intimidade, o sigilo e a liberdade. E, por fim, os direitos morais estão relacionados com os atributos valorativos do ser humano na sociedade em que se encontra, o que envolve o patrimônio moral, abrangendo o direito à identidade, à honra, assim como as manifestações do intelecto. (BITTAR, 2015. p.49)

Os direitos da personalidade se traduzem na categorial fundamental de bens da pessoa humana. Eles recebem tratamento próprio e diferenciado e se reduzem a uma só noção. Entende-se que são aqueles nos quais o ser humano possui em face de sua condição própria, anteriores à formação do Estado e inerentes à natureza humana. Atualmente, percebe-se que inúmeros direitos são acrescidos à categoria de “personalidade”, demonstrando a tendência expansionista da matéria, em decorrência da preocupação constante com a personalidade humana. (BITTAR, 2015)

Conforme previsão do art. 6º do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a morte. Assim, entende-se que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, e termina com a morte da pessoa natural. Ocorre que, em alguns casos, admite-se a tutela dos direitos da personalidade após a morte do sujeito, conforme previsão do art.12 do Código Civil.

Ainda, o art. 20 do Código Civil prevê a possibilidade da tutela de direitos da personalidade, legitimando o cônjuge, ascendente ou descendentes do morto a agir em juízo para fazer

cessar a violação ao direito.¹² Ressalte-se que o Enunciado nº 12 promovido pelo CJF/ STJ¹³ - Jornadas de Direito civil - amplia a legitimidade para a propositura da ação ao companheiro.

Dessa maneira, quanto ao entendimento acerca da tutela dos direitos da personalidade do morto, Silvio Romeiro Beltrão (2015) aduz que “a morte da pessoa extingue a sua personalidade jurídica, mas a memória daquele constitui um prolongamento dos seus direitos da personalidade, como um bem jurídico que deve ser tutelado, merecendo proteção do direito.”

Logo, entende-se que, após a morte do sujeito, não há que se falar em direito da personalidade, eis que a personalidade termina com a morte. No entanto, existem resquícios de personalidade que, por sua vez poderão ser protegidos pelos lesados indiretos do falecido, ou seja, seus ascendentes, cônjuge ou descendentes, conforme previsão do parágrafo único do art. 20 do Código Civil. Os danos tratados aqui são aqueles entendidos como “indiretos” ou “dano em ricochete” quando falar sobre a legitimidade para a propositura da ação.

Nesse sentido, existem três correntes acerca da tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida: a primeira defende que a regra prevista no art. 6º do Código Civil é absoluta, ou seja, a personalidade cessa com a morte, aplicando-se o brocardo “*mors omnis solvit*” (a morte tudo resolve). São adeptos dessa corrente: Sílvio de Salvo Venosa; Cristiano Chaves; Pontes de Miranda e Silvio Romero Beltrão. (STJ, 2013)

Uma segunda corrente também defende que a personalidade cessa com a morte, porém, como regra relativa, pois há uma espécie de ampliação dos direitos da personalidade. São defensores dessa corrente: Álvaro Villaça, Silmara J. Chinellato; Ruibens Limongi França; Ingo Wolfgang Sarlet; Gustavo Tepedino; Maria Helena Diniz; Flávio Tartuce; Paulo Lôbo; Francisco Amaral e José Rogério Cruz e Tucci. (STJ, 2013)

Já a terceira corrente, majoritária pela doutrina e a adotada neste artigo, defende que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inc. III do art. 1º da Constituição Federal, confere suporte normativo para a proteção das pessoas já falecidas. (STJ, 2013)

Esse é o entendimento jurisprudencial dominante, do qual, exemplificativamente, colaciona-se o seguinte o seguinte julgado:

Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção à imagem e à honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. (STJ, 2006)

Dessa forma, verifica-se que os sucessores do falecido terão legitimidade para defender em juízo a sua personalidade, bem como receber indenização decorrente da violação de seus direitos. Ocorre que, na sociedade atual, a violação à personalidade pelas redes sociais, na era da

¹² No texto original do Código Civil: Art. 20 Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. BRASIL. LEI 10.406 DE 2002.

¹³ Conselho da Justiça Federal.

conexão, se demonstra abusiva, ante a facilidade de captar informações pessoais de forma indevida.

A inteligência artificial possibilita que haja a captação dos dados pessoais inseridos nas redes sociais, como o RG, CPF, endereço, sexo, gênero, estado civil etc. Além dos dados pessoais, fala-se também em dados sensíveis, como as convicções políticas, religiosas e filosóficas, relacionamentos pessoais, dentre outros. Dessa forma, o usuário das redes sociais se encontra em situação de vulnerabilidade, podendo ter a sua intimidade exposta a qualquer momento.

Nesse sentido, para que se entenda a complexidade do tema e que se possa analisar como a violação da personalidade do *de cuius* poderá ser violada, faz-se necessário a análise dos conceitos básicos de inteligência artificial.

4 AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELO DESENVOLVIMENTO DE *CHATBOTS* DE PESSOAS FALECIDAS

As redes sociais proporcionam o contato com diversas pessoas ao mesmo tempo, bem como o armazenamento de fotos, vídeos e dados pessoais. A empresa *OpenAI* possui uma tecnologia que desenvolve um “*chatbot*”¹⁴ para realizar conversas e atendimentos *online* denominado “Samantha”. Jason Rohrer, o desenvolvedor do programa, criou o “*Project December*” que permitiu que outros usuários criassem o seu próprio *chatbot*. A tecnologia de inteligência artificial se utiliza da “GPT-3”, considerada uma das mais avançadas no setor. Assim, um dos seus usuários, Joshua Barbeau, se utilizou da tecnologia disponibilizada para criar um *chatbot* de sua esposa, Jéssica Pereira, já falecida. Depois do caso ser noticiado, a empresa teve que “desabilitar” o *chatbot* por questões éticas. O caso foi reportado pelo site *San Francisco Chronicle*, em 22 de julho de 2021. No dia 01 de Setembro de 2021, o criador da tecnologia, Jason Rohrer, informou o público sobre a decisão de desligar o *chatbot*. (SAN FRANCISCO CHRONICLE, 2021) (OLHAR DIGITAL, 2021)

Dado esse caso, questiona-se acerca dos limites a respeito da utilização dos dados pessoais disponíveis na *internet* para reproduzir conversas com pessoas já falecidas. Na notícia apresentada, existe violação aos direitos da personalidade da pessoa falecida, atingindo a honra, a memória e, dependendo do caso, até mesmo a imagem e a voz. Os dados utilizados para reproduzir a “noiva falecida” podem ter sido retirados de conversas pessoais com o noivo, responsável pela programação do *chatbot*. Qual seria o limite para captação dos dados de um ente querido em suas redes sociais ainda ativas, ou até mesmo pelas conversas já realizadas com amigos e parentes? E o consentimento das partes envolvidas, principalmente dos familiares mais próximos? Apenas a vontade de “reviver” um ente querido nas redes seria o suficiente para transformar sua memória digital em uma tecnologia capaz de ser reproduzida infinitamente?

A notícia do caso acima foi revelada através de um artigo jornalístico em decorrência de uma entrevista dada pelo criador do *chatbot* da noiva falecida, o que demonstra a falta de controle quanto aos dados que são inseridos nessas plataformas, eis que o caso só ganhou visibilidade porque o próprio usuário comentou sobre o assunto. Defende-se que deveria haver uma forma de controle quanto às informações que são captadas e inseridas nos programas de inteligência artificial, para que não ocorra violação à memória digital (ou identidade digital) de uma pessoa.

¹⁴ Programa de inteligência artificial que possui a capacidade de conversar via bate-papo com pessoas reais, muito utilizado por empresas da internet para responder questionamentos corriqueiros acerca de seus produtos ou serviços.

A BBC News noticiou, em janeiro de 2021, a respeito de um jovem russo que se transformou em *chatbot* após a sua morte. Nesse caso, houve o consentimento do envolvido. No entanto, será que a sociedade está pronta para inserir a memória digital de seus entes queridos no cotidiano? Mesmo com a alegação de que o desenvolvimento desses “*chatbots*” seriam para superar o luto, isso traria a violação dos preceitos do transumanismo? (BBC, 2021) A dignidade da pessoa falecida é resguardada neste caso, ou apenas reproduzida artificialmente?

Tomasevicius Filho (2018. p. 141) descreve que os direitos da personalidade podem ser violados pelo uso indevido da IA, especialmente em relação “à vida e à integridade física, disposição do próprio corpo em questões relativas à saúde, além da honra, privacidade, imagem e discriminações referentes às identidades pessoais”.

O primeiro ponto a ser analisado no uso de dados pessoais e demais informações de pessoas já falecidas deve ser o consentimento do usuário em vida. Se não houve consentimento para o uso de seus dados após a morte para reproduzir conversas, textos, imagens e demais mídias digitais, defende-se que tais informações não devem ser utilizadas, nem mesmo pelos herdeiros do *de cuius*, eis que culminaria na violação da memória da pessoa falecida, levando ao dano moral em ricochete dos entes queridos que se sentem lesados.

Se houve o consentimento em vida da pessoa reproduzida artificialmente, o ponto a ser analisado, é sobre a ética envolvida. Não há que se falar em reprodução artificial da memória digital da pessoa falecida, ante a violação da dignidade da pessoa humana e dos preceitos básicos do transumanismo. Assim, deve ser analisado como se deu o acesso às informações inseridas nas redes, se foi por meio de invasão à privacidade, ataque *hacker*, ou ainda se a pessoa que insere essas informações pessoais na programação possuía livre acesso para tal. Neste ponto, já existe a usurpação dos limites éticos quanto à memória do ente querido falecido.

Por fim, defende-se que as empresas que possibilitam a criação de programas que reproduzem o comportamento humano pelos seus usuários tenham maior controle sobre quais dados são inseridos na plataforma, criando políticas que assegurem que não haverá violações à personalidade das pessoas envolvidas.

Acaso tais violações ocorram no Brasil, a forma de se tutelar os interesses da pessoa falecida ou ainda de seus herdeiros seria a solicitação de remoção do conteúdo indevido das redes, se utilizando dos arts. 11, 12 e 20 do Código Civil. A impossibilidade de uso das informações pessoais contidas nas redes para fins de reprodução por tecnologias digitais após a morte decorre da intransmissibilidade dos direitos da personalidade prevista no caput do art. 11 do Código Civil. A partir da interpretação da intransmissibilidade pode-se chegar à conclusão de que os direitos da personalidade do *de cuius* são também inalienáveis, não havendo que se falar na possibilidade de “venda” ou “cessão” de dados. Os direitos da personalidade também não podem sofrer limitações voluntárias, a não ser nos casos previstos no enunciado no. 4 do CJF que prevê: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.” Assim, nos casos de uso dos dados após a morte do seu titular, a autorização em vida para o uso dessas informações não teria validade em decorrência de que o uso seria permanente.

A remoção do conteúdo de cunho pessoal das redes se amolda aos preceitos do art. 12, e no caso do uso dos dados pelas tecnologias digitais atingir a honra, a boa-fama ou a respeitabilidade do *de cuius*, o art. 20 do Código Civil poderá ser utilizado para restabelecer a proteção aos dados do titular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade compreendem os aspectos psíquicos do ser, incluindo a sua honra e boa-fama, no qual possui reflexos *post mortem*. Existe a previsão no Código Civil acerca da proteção à honra e boa-fama do *de cuius*, cabendo aos seus herdeiros o papel de exercer o direito à tutela do direito da personalidade, requerendo que cesse a lesão ou a ameaça de lesão ao direito. Com o desenvolvimento tecnológico, tornou-se possível que mensagens, textos, fotos e vídeos de pessoas falecidas fossem compartilhados nas redes e, na maioria das vezes, esse compartilhamento possui conotação de homenagens ao ente querido falecido.

Porém, conforme apresentado ao longo do estudo, verifica-se as novas possibilidades ante a evolução das tecnologias da informação, em que a inteligência artificial possibilita, por meio de seus inúmeros *softwares*, que se criem robôs inteligentes, que possam conversar com pessoas. Essas novas tecnologias de IA possuem também a capacidade de agir e resolver problemas, responder questões com base em aprendizado da máquina, conhecido como *machine learning*.

Assim, por meio de suas inúmeras capacidades, tornou-se cada vez mais acessível o desenvolvimento de robôs e *softwares* que reproduzem o comportamento humano. Consequentemente, pessoas que lidam com o luto, ou ainda na esperança de “viver eternamente”, através das redes concordam em inserir todas as suas informações pessoais em programas de *software* que irão reproduzir seu comportamento no futuro.

O transumanismo possibilita que a tecnociência possa intervir na vida humana, melhorando as capacidades físicas e cognitivas do ser humano. Verifica-se uma tendência de digitalizar cada vez mais a consciência humana, de modo a reproduzi-la no futuro ou utilizá-la para estudos e desenvolvimento de produtos e serviços. Enquanto a tecnociência trabalha a favor da vida humana, aumentando a longevidade ou a qualidade de vida das pessoas, percebe-se que a sociedade aceita e acolhe as inovações tecnológicas. No entanto, a partir do momento em que se verifica a manipulação da consciência e do comportamento humano, percebe-se a possibilidade de deturpação da dignidade da pessoa humana.

Quanto à possibilidade de se transformar um ente querido em um programa de *software* capaz de “conversar” com as pessoas, questiona-se acerca da ética envolvida nesses episódios, se há o consentimento dos envolvidos, ou ainda quanto aos limites de reprodução de uma consciência artificial humana. Portanto, conforme demonstrado no texto, o direito não deve legitimizar tudo aquilo que a tecnociência torna possível, sob o risco de se perder o núcleo principal de proteção dos direitos humanos, qual seja, a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ASIMOV, Isaac. **Visões de robô**. Tradução de Ronaldo Sergio de Biasi. Record, Rio de Janeiro: 1994.

AZEVEDO, Jefferson Cabral; ISTOIE, Rosalee Santos; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros and MARQUES, Bruna Moraes. The controversies of self – from (info)ethics to cyber terror. **Jistem J.Inf.Syst. Technol. Manag.** online. 2015, vol.12, n.3. pp.577-594. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807- Acesso em: 07 maio 2021

BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-55717445> Acesso em 17 out.2021

BELTRÃO, Silvio Romeiro. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. **Revista de Processo**. REPRO. Vol. 247 Setembro 2015. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF Acesso em: 10.ago.2021

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura Sousa; MENESES, Maria Paula; NUNES, João Arriscado. **Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo**. In: Boaventura Sousa Santos (org.), Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Porto: Afrontamento, 2004

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**. São Paulo: Darkside, 2003.

BOSTROM, Nick. **Em Defesa da Dignidade Pós-Humana**. Tradução de Brunello Stancioli (UFMG), Daniel Mendes Ribeiro, Anna Rettore, Nara Pereira Carvalho Faculdade de Filosofia, Universidade de Oxford. 2005. *Bioethics*, v. 19, n. 3, p. 202-214. Disponível em: www.nickbostrom.com Acesso em: 13 set.2021

BRASIL. Lei n. 10.406 de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 10 jun.2021

BRASIL. REsp n. 521.697-RJ. Quarta Turma. Civil. Danos Morais E Materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido. Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16.2.2006, DJ 20.3.2006

BRASIL. Resp. Recurso Especial N. 1.209.474-SP (2010/0148220-2) Recurso especial. Responsabilidade civil. Dano moral. Contrato de cartão de crédito celebrado após a morte do usuário. Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Eficácia post mortem dos direitos da personalidade. Legitimidade ativa da viúva para postular a reparação dos prejuízos causados à imagem do falecido. Inteligência do artigo 12, parágrafo único, do código civil. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino Recorrente: Edson Coelho - Espólio e outro Representado por: Durvalino Coelho – Inventariante. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-eletronica-2013_232_capJurisprudencia.pdf Acesso em 10 jul. 2022

BRASIL. TJMG. Processo nº. 0023375-92.2017.8.13.0520. 1º Instância. Vara Única- Comarca de Pompeu. Requerente: Mirlei Maciel de Campos. Requerido: Apple Computer Brasil LTDA.

BRASIL. TJSP Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.010. 31ª Câmara de Direito Privado. “Não se ignora a dor da autora frente à tragédia que se instaurou perante a sua família, e que talvez seja a mais sensibilizante das mazelas humanas. Tampouco a necessidade de procurar conforto em qualquer registro que resgate a memória de sua filha”, escreveu o magistrado. “No entanto, não há como imputar à apelada responsabilidade pelos abalos morais decorrentes da exclusão dos registros, já que decorreram de manifestação de vontade exarada em vida pela usuária, ao aderir aos Termos de Serviço da apelada, os quais, de um modo ou de outro, previam expressamente a impossibilidade de acesso ilimitado do conteúdo após o óbito.” Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

BURRELL, J. **How the machine ‘thinks’:** Understanding opacity in machine learning algorithms Big Data & Society, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2660674> Acesso em: 30 ago. 2021

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** São Paulo: Quórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2014.

EL PAÍS. 150 demissões em um segundo. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/tecnologia/2021-10-10/150-demissoes-em-um-segundo-assim-funcionam-os-algoritmos-que-decidem-quem-deve-ser-mandado-embora.html> Acesso em: 13 out.2021

FACEBOOK. Políticas de privacidade. Disponível Em: <https://www.facebook.com/policy.php> Acesso em: 15 out.2021

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial No Direito – Uma Realidade A Ser Desbravada. In: **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v.4, n. 1, p. 01-16, jan/jun 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136> Acesso em: 17 set. 2021.

FERRY, Luc. **A revolução transumanista.** São Paulo: Manole, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Controle do comportamento por meio de algoritmos: um desafio para o Direito. **Direito Público**, [S.l.], v. 16, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3647>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

KELLER, Maren. **Patrimônio digital no Facebook:** O que acontece com os dados de usuários falecidos do Facebook? PC SPEZIALIST. Disponível em: <<https://www.pcspezialist.de/blog/2019/05/10/digitales-erbe-facebook/>> Acesso em: 10 out.2021

MONTAGNOLI, Carlos Luciano. Além do teste de Turing: Em busca de uma definição razoável e testável de consciência. **Guairacá- Revista de Filosofia.** V.34 n.1, 2018. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/5565>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MORE, Max. **Trashumanism:** Towards a Futurist Philosophy. Copyright 1990, 1996 Disponível em: <https://www.ildodopensiero.it/wp-content/uploads/2019/03/max-more-transhumanism-towards-a-futurist-philosophy.pdf> Acesso em: 18 out.2021

OLHAR DIGITAL. Empresa desliga *chatbot* após homem simular conversa com esposa morta. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/09/19/seguranca/empresa-desliga-chatbot-homem-simular-conversas-noiva-morta/> Acesso em: 15 out.2021

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** São Paulo: Grupo Gen, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **Pós-Humano.** Tradução de Carlos Nelson Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, BeloHorizonte, v. 27, p. 113-144. jan./ mar. 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/712> Acesso em: 06 jun.2021

ROVER, Aires José. **Informática no Direito: Inteligência Artificial.** Curitiba: Juruá, 2001.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach.** 2a ed. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

San Francisco Chronicle. T E C H. **Listen: late Listen: Arti late fiancée.** Disponível em: <https://www.sfchronicle.com/tech/article/Listen-Artificial-intelligence-helped-him-grieve-16333438.php> Acesso em: 17 out.2021.

SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico: A alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais.** 2. ed. Rio de Janeiro: 2015.

SILVA, Fabrício Machado da. Et al. **Inteligência artificial.** Revisão técnica: Carine Webber. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos de direito civil: Teoria Geral do direito civil.** São Paulo: Ge/Forense, 2020.

TERRA. Robôs confundem humanos e passa no teste de Turing pela 1ª vez. 26 set 2012. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/robos/robo-confunde-humanos-e-passa-no-teste-de-turing-pela-1-vez,95188947c52ea310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html> Acesso em: 05 maio 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência artificial e direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 113, p. 133-149, 21 dez. 2018.

VILAÇA, Murilo Mariano. DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós) humano. **Physis- Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 24 p.341-362, 2014 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/DYHLLVwzkzpk6ttN3mkr7Gdw/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 17 out.2021.

CONTROLE SISTÊMICO DE ATIVIDADES DE TRATAMENTO DE DADOS NO *COMPLIANCE* DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM CLÍNICA MÉDICA

Renata Salgado Leme

Universidade Santa Cecília (Unisanta), São Paulo.
renataleme@aasp.org.br

Marcelo Blank

Universidade Santa Cecília (Unisanta), São Paulo.
mablank@gmail.com

Resumo: Trata-se de análise descritiva e explicativa da Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, no tocante ao impacto no tratamento de dados de pequenas e médias empresas, em especial no atendimento dos requisitos previstos no estatuto, no preenchimento dos documentos e relatórios obrigatórios, que devem ser gerados pelas organizações durante o ciclo operacional das mesmas e da importância do uso de ferramentas sistêmicas para o controle de todas as fases do processo com a finalidade de adequação à Lei. A pesquisa é de cunho exploratório, de caráter bibliográfico e documental, com base em livros, artigos, legislações e documentos. A investigação examinou o processo de adaptação de uma clínica médica à LGPD, descrevendo as suas etapas para adequação das áreas de Recepção, Administrativa, Financeira e Recursos Humanos, priorizados esses departamentos por apresentarem um elevado número de tratamentos de dados em desconformidade com a LGPD. O estudo utilizou uma ferramenta sistêmica, desenvolvida com exclusividade, que simplifica e agiliza as tarefas de mapeamento de atividades de tratamento de dados e organiza a manutenção das informações atualizadas durante o trabalho de *compliance*¹ desenvolvido na clínica médica.

Palavras-chave: Proteção de Dados. LGPD. Tratamento de Dados. Sistema. Clínica Médica

Systemic control of data processing activities in compliance with the Brazilian General Data Protection Law in internal medicine

Abstract: This is a descriptive and explanatory analysis of Law nº 13.709/18, known as the General Data Protection Law - LGPD, regarding the impact on the data processing of small and medium-sized companies, in particular in meeting the requirements set forth in the statute, in completing the mandatory documents and reports, which must be generated by the organizations during their operational cycle and the importance of using systemic tools to control all stages of the process in order to comply with the Law. The research is exploratory, bibliographical and documental in nature, based on books, articles, legislation and documents. The investigation examined the process of adapting a medical clinic to the LGPD, describing its stages for adapting the Reception, Administrative, Financial and Human Resources areas, prioritizing these departments because they present a high number of data processing in non-compliance with the LGPD. The study used a systemic tool, developed exclusively, which simplifies and streamlines the

¹ Departamento interno nas empresas ou serviço contratado que tem a função de verificar se as condutas praticadas pelos atores da empresa estão ajustadas às normas dos órgãos de regulamentação.

tasks of mapping data processing activities and organizes the maintenance of updated information during the compliance work carried out at the Clinic.

Keywords: Data Protection. LGPD. Data Processing. System. Medical clinic

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), publicada em 14 de agosto de 2018, tem como base a *General Data Protection Regulation* (“*GDPR*”), Regulamento de Proteção de Dados, da União Europeia, aprovado em 2016 e com vigência a partir de março de 2018, e no dia 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional 115, que inclui a proteção de dados pessoais como cláusula pétrea da Constituição Federal, no rol de garantias e direitos fundamentais do artigo 5º. O texto ainda determina competência privativa da União para legislar sobre o tema.

O principal objetivo da LGPD é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Trata-se de análise descritiva e explicativa da Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, no tocante ao impacto no tratamento de dados de pequenas e médias empresas, em especial no atendimento dos requisitos previstos no estatuto, no preenchimento dos documentos e relatórios obrigatórios, que devem ser gerados pelas organizações durante o ciclo operacional das mesmas e da importância do uso de ferramentas sistêmicas para o controle de todas as fases do processo com a finalidade de adequação à Lei.

A pesquisa é de cunho exploratório, de caráter bibliográfico e documental, com base em livros, artigos, legislações e documentos.

1 IMPORTÂNCIA DA ADEQUAÇÃO À LGPD

A LGPD vale para todos. Empresas de todos os setores, de todos os portes tratam dados pessoais. Mesmo que a empresa não trate dados pessoais, provavelmente negocia ou fornece produtos e serviços para empresas que tratam, e necessitam que seus fornecedores estejam em *compliance* com a Lei para também estarem em conformidade com a mesma.

Todos os departamentos das empresas manipulam dados pessoais: RH, Marketing, Logística, Tecnologia da Informação, Sistemas, Financeiro, Contabilidade, Vendas, Compras, Jurídico, *Compliance*, apenas como exemplos. Além disso, o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado se estiver em conformidade com uma das bases legais² previstas na Lei.

O referido estatuto legal apresenta princípios para nortear o tratamento de dados pessoais, como finalidades (propósitos legítimos), adequação (compatibilidade), necessidade (mínima coleta de dados) e transparência na utilização dos dados coletados.

As empresas devem adotar medidas de segurança, governança e boas práticas no tratamento de dados.

A Lei será fiscalizada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ANPD, com responsabilidade de verificar o cumprimento e aplicar sanções no caso de violação.

² Hipóteses previstas em lei para a proteção de dados (art. 7º da Lei nº 13.709/18)

A LGPD define as responsabilidades e os direitos de todos na chamada Economia Digital, movida e orientada por dados. E em todas as atividades, online e offline. É uma lei técnica, fazendo com que os conceitos e definições apresentados, que até pouco tempo eram de domínio de especialistas envolvidos com direito digital e tecnologia da informação, sejam importantes para a correta interpretação da Lei.

A LGPD tem como objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais pelas empresas, vez que os dados pessoais ganharam grande importância na economia moderna, pois permitem fazer previsões, analisar perfis de consumo, opinião, definir políticas públicas, entre outras atividades.

O conceito de dado pessoal (artigo 5º, I) é bastante abrangente, sendo definido como a “informação relacionada a pessoa identificada ou identificável”. Isso quer dizer que um dado é considerado pessoal quando ele permite a identificação, direta ou indireta, da pessoa natural por trás do dado, como por exemplo: nome, sobrenome, data de nascimento, documentos pessoais (como CPF, RG, CNH, Carteira de Trabalho, passaporte e título de eleitor), endereço residencial ou comercial, telefone, *e-mail*, *cookies* e endereço IP³.

Os dados pessoais sensíveis (artigo 5º, II) são uma subcategoria que, por sua relevância e importância, demandam mais proteção do que um dado pessoal comum. São estes dados 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.

Quando temos um dado que não pode identificar, de forma direta ou indireta, um indivíduo, temos o que a Lei chama de dado anonimizado. Em tempos de *Big Data*⁴, em que os dados, estruturados e não estruturados, vêm das mais variadas fontes e são tratados dentro dos mais diversos sistemas, é essencial que as empresas redobrem a atenção com a segurança e a idoneidade das informações (CHIAVEGATTO FILHO, 2015, 325-332).

Tratamento (artigo 5º, II) é 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, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Titular (dos dados) é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objetos do tratamento. Controlador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, responsável por tomar decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Operador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento dos dados pessoais em nome do controlador. Agentes de tratamento (de dados) são o controlador e o operador; Encarregado (D.P.O) é o responsável (dentro da empresa) por fiscalizar o cumprimento da legislação.

Consentimento é a livre manifestação, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Bloqueio é suspensão temporária de qualquer operação de tratamento de dados.

Transferência internacional de dados é transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro e uso compartilhado de dados é comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento

³ **Internet Protocol** é um número identificador dado ao seu computador, ou roteador, ao conectar-se à rede. É através desse número que seu computador pode enviar e receber dados na internet.

⁴ Informações produzidas em ambiente digital, a partir de ações dos usuários, que são organizadas e compiladas com base em algoritmos matemáticos.

compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais.

2 REGIME LEGAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

A Lei define que o tratamento de dados pessoais deve observar a boa-fé e os princípios da Finalidade, Adequação, Necessidade, Livre Acesso, Qualidade dos Dados, Transparência, Segurança, Prevenção, Não Discriminação e Responsabilização e Prestação de Contas.

Desta forma, a realização do tratamento deve estar vinculada à propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades, limitadas ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades.

Devem ser adotadas 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, com demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção (DONEDA, 2005, P. 160-161).

A LGPD, em seu artigo 7º, lista as hipóteses taxativas permitidas para tratamento de dados pessoais.

A primeira forma é o consentimento pelo titular através de manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma determinada finalidade (artigo 7º, I). É a hipótese mais utilizada, por sua facilidade de obtenção, e a mais frágil das hipóteses de tratamento, e somente deverá ser obtida quando nenhuma das demais opções tenham cabimento.

Uma prática comum em sites e aplicativos, que são as opções de consentimento pré-selecionadas⁵, não são consideradas manifestações de consentimento inequívoco, bem como a ausência de manifestação do titular, que não pode ser entendida como anuência para o tratamento. O controlador deve demonstrar de forma clara que foi o titular que manifestou o seu consentimento.

O consentimento dado pelo titular pode ser revogado em qualquer tempo, de forma tão simples como foi a do consentimento, gratuitamente, não implicando a eliminação dos dados coletados de forma automática, o que deve ocorrer após pedido expresso do titular.

Continuando, no artigo 7º da LGPD, são previstas outras hipóteses de tratamento de dados, que independem do consentimento do titular para que o tratamento seja considerado válido: (II) para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (III) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos, respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; (IV) para a realização de estudos por órgãos de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; (V) para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (VI) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; (VII) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; (VIII) para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de

⁵ Caixa de opções (**checkbox**) existentes em formulários digitais permitindo que o sistema colete alguma autorização ou consentimento do usuário.

saúde ou autoridade sanitária; (IX) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; e (X) para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. Todo tratamento deve estar submetido a pelo menos uma destas bases legais.

Quando se tratar de dados sensíveis, a LGPD, em seu artigo 11, prevê exceções em que o tratamento pode ocorrer, sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos, realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis, exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros, tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária e garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no artigos 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (BIONI, 2018, p.14).

Havendo mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deve informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

2.1 Tratamentos de dados pessoais de crianças e adolescentes

Devido a importância do tema, a LGPD atribui um regramento único para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, que independe de os referidos dados serem sensíveis ou não.

Em qualquer caso, o tratamento de dados de crianças e adolescentes deve ser realizado (i) no melhor interesse da criança ou adolescente (artigo 14, *caput*), (ii) mediante o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (artigo 14, §1º) e (iii) de acordo com a obrigação que os controladores têm de manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos do titular (artigo 14, § 2º).

As únicas exceções ao consentimento são (i) quando a coleta dos dados for necessária para contatar os pais ou o responsável legal e, mesmo nessa hipótese, os dados devem ser utilizados uma única vez e sem armazenamento, e (ii) para a proteção da criança ou adolescente, sendo que, em qualquer caso, os dados não podem ser repassados a terceiros sem o consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal (artigo 14, § 3º, LGPD).

Como acontece com outros dispositivos da Lei, a dispensa do consentimento para fins de proteção da criança ou do adolescente pode ser excessivamente ampla e ambígua, gerando desafios interpretativos.

Chama também a atenção a previsão do § 4º, segundo o qual

“Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares, pais ou responsáveis em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.”

Procurando superar muitos dos inconvenientes da *take-ir-or-leave-it choice*⁷, a LGPD prevê, como regra, que serviços ofertados pela internet para crianças e adolescentes não devem ser condicionados ao fornecimento de informações pessoais, salvo as estritamente necessárias à atividade.

Não bastassem as regras já existentes sobre os deveres de transparência e informação, o § 6º ainda prevê que

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

2.2 Instrumentos de segurança de dados pessoais, governança e boas práticas

Um ponto a destacar, para adequação da Proteção de Dados de maneira íntegra e transparente, se encontra na obrigatoriedade da implementação da Governança de Dados com a formulação de regras de boas práticas que constituam as condições de organização, a forma de funcionamento, os procedimentos adequados, o que inclui reclamações e petições de titulares, além das normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os envolvidos no tratamento. Assim como também, as ações educativas e os mecanismos e controles internos de supervisão e a mitigação de riscos, além de outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais .

Para tanto, um programa de Governança em Privacidade deve ser estruturado sob os seguintes pilares: Transparência; Gestão de Riscos; Adaptação à realidade e tamanho e volume de operações da organização; Governança com Controles e Monitoramento; Remediação, Monitoramento Contínuo; Efetividade do Programa; Aplicação de Boas Práticas, Código de Conduta, Políticas e Procedimentos e Atualização periódica.

O controlador deve indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

A identidade e as informações de contato do encarregado devem ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

As atividades do encarregado consistem em: aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

De modo geral, a diferença entre controlador e operador está no poder de decisão. Enquanto o controlador é o responsável pelas informações, o operador é quem, a partir das ordens dadas pelo controlador, atua sobre os dados. Por isso, é essencial que o DPO conheça a legislação, tenha experiência em governança (ou seja, saiba quais informações a companhia detém) e entenda de segurança da informação.

A designação do D.P.O deve ser realizada em função das competências profissionais em especial dos conhecimentos avançados de proteção de dados e que este seja capaz de cumprir as tarefas relacionadas com a segurança e proteção de dados após a LGPD.

*Privacy by Design*⁶ significa que todas as etapas do processo de desenvolvimento de um produto ou serviço de uma empresa devem ter a privacidade em primeiro lugar. A ideia de *Privacy by Default* (privacidade por padrão) significa que um produto ou serviço, ao ser lançado no mercado, deve vir com as configurações de privacidade no modo mais restrito possível por padrão.

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.

O operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador. Os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos.

O controlador deve comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

A comunicação deve ser feita em prazo razoável⁷, e deve mencionar, no mínimo a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; as informações sobre os titulares envolvidos; a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados.

A autoridade nacional pode determinar ao controlador que elabore Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais⁸, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos do regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ANPD, é o órgão da administração pública responsável por fiscalizar, em benefício da população e da privacidade, a adoção das corretas práticas de coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais.

É importante esclarecer que não é necessário que haja o efetivo vazamento de dados pessoais para que as sanções sejam aplicadas. Já constitui infração e está sujeita aplicação de sanção a empresa que estiver em desconformidade com os processos/protocolos das atividades da pessoa à LGPD.

As sanções pelo descumprimento da Lei vão desde advertências, passando por obrigação de divulgação do incidente e eliminação de dados pessoais e multa de até 2% (dois por cento) do faturamento líquido do último período (pessoa jurídica de direito privado), limitado a R\$ 50 milhões, não substituindo as sanções administrativas, civis e penais previstas em legislações específicas.

A Lei prevê alguns parâmetros⁹ que devem ser observados pela Autoridade Nacional para escolha do tipo de sanção que deverá ser aplicada ao caso concreto, a fim de que não se inviabilize o próprio negócio do infrator em caso de aplicação de multa.

⁶ **Privacy by Design**, conceito criado por Ann Cavoukian, que era a Comissária de Informação e Privacidade de Ontario – Canadá, ele surgiu na década de 90.

⁷ Atualmente, a ANPD recomenda o **prazo** de dois dias úteis para a **comunicação** ser feita.

⁸ O RIDP – Relatório de Impacto à Proteção de Dados - não existe na Lei a obrigação de elaboração do relatório. Deverá ser apresentado quando a ANPD solicitar (artigos 10. §3º, 32. E 38. Da LGPD).

⁹ Parâmetros de aplicação das sanções: o impacto do incidente e quais dados ele afeta; se existe boa-fé por parte da empresa no tratamento dos dados; o que motivou a empresa a tratar os dados; o poder econômico da empresa; se a empresa é ou não reincidente; o dano gerado; cooperação com a ANPD e com os usuários; o desenvolvimento e aplicação de medidas tecnológicas e organizacionais que auxiliem na prevenção do dano; políticas de boas práticas e governança; adoção de medidas corretivas; a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Além da multa, as empresas que não se adequarem à legislação também enfrentarão outras penalidades, bem como a dificuldade de fechar parcerias com outras empresas.

3 ETAPAS PARA ADEQUAÇÃO À LEI

Após uma breve leitura pelos principais pontos da Lei, passamos a entender a urgência da necessidade de adequação das empresas à LGPD.

As pequenas, médias empresas e *startups*¹⁰ sentirão maior impacto na aplicação da Lei, já que até então não estavam obrigadas a se preocuparem com governança corporativa¹¹ e *compliance*, prática presente em quase todas as grandes empresas.

Dependendo do tamanho da empresa, quantidade de departamentos e áreas que tratam com dados pessoais, grau de sensibilidade dos dados¹², nível de maturidade de sistemas¹³ e processos, comprometimento da administração e orçamento disponível, o prazo para implementação de um projeto de adequação da empresa à LGPD poderá levar de 6 (seis) até 24 (vinte e quatro) meses¹⁴.

A adequação à LGPD é um processo que envolve toda a empresa, pois interfere na cultura de como se lida com informações pessoais. Para que este processo tenha chances de sucesso é fundamental que os executivos estejam envolvidos desde o início do plano de adequação e que a proteção de dados pessoais esteja incorporada aos valores da empresa, e assim, o tema ganhe engajamento e força necessária.

O passo seguinte é a escolha de um líder para a coordenação do plano de adequação, com identificação das principais áreas da empresa afetadas pela LGPD e eventuais legislações setoriais, mapeando os processos e os tratamentos de dados mais críticos, o estabelecimento das ações a serem tomadas e reportar o andamento do processo para os executivos da companhia.

Se viável, estruturar uma área de Proteção de Dados, com a contratação de um D.P.O interno ou externo e criar um programa de governança em proteção de dados com a elaboração de medidas e controles para o acompanhamento da implantação de padrões que estejam em conformidade com a LGPD e legislações setoriais aplicáveis. Criar um sistema de diagnóstico e registro das operações de tratamento com identificação da base jurídica que legitima os tratamentos.

No campo jurídico, elaborar e rever documentos legais com a realização de eventuais adendos aos contratos existentes para adequação aos padrões de proteção de dados, principalmente para aqueles que envolvam o tratamento e compartilhamento de dados pessoais.

Os contratos devem conter cláusulas específicas informando sobre os processos e metodologias de coleta, tratamento, finalidade de uso, prazo de utilização, armazenamento, segurança, backups e destruição dos dados.

¹⁰ **Startup** é uma empresa nova, com um modelo de negócios inovador e disruptivo, repetível e escalável, em um cenário de incertezas e soluções a serem desenvolvidas. Se não houver inovação será considerada uma empresa de modelo tradicional.

¹¹ Governança corporativa é um conjunto das melhores práticas para gerir uma empresa. Trata-se da gestão em si, que envolve, direta e indiretamente, acionistas, diretoria e os órgãos de fiscalização.

¹² Grau de sensibilidade dos dados – público, interno e restrito;

¹³ ISO 27001 – (0) Inexistente, (1) Inicial, (2) Repetível, (3) Definido, (4) Gerenciado e (5) Otimizado.

¹⁴ Prazo para implementação – cada empresa é um caso único. No caso estudado neste documento o prazo estimado foi de 12 meses.

Realizar treinamentos internos para apresentação das novas políticas de proteção de dados pessoais e disseminação da cultura empresarial sobre o tema.

Desenvolver um controle para garantir o exercício dos direitos dos titulares, mediante confirmação da implementação de medidas técnicas e organizacionais e criar um canal de comunicação dedicado ao exercício dos direitos dos titulares e registro de violações de dados pessoais, por exemplo, um sítio eletrônico (LEME, BLANK, 2020, p. 210-224).

4 ESTUDO DE CASO: IMPLEMENTAÇÃO DE ADEQUAÇÃO DA LGPD EM CLÍNICA MÉDICA

Apresentamos a seguir um resumo do processo para a implementação da adequação da LGPD em uma clínica para tratamento oncológico, com equipe composta por médicos oncologistas, hematologistas, reumatologistas, cirurgiões oncológicos, farmacêuticos, e enfermeiros, contando ainda com parcerias em nutrição e odontologia especializados em oncologia.

A clínica atende pacientes particulares e conveniados de diversos seguros e planos de saúde nacionais. O número de circulação diário de pacientes e pessoas envolvidas no processo é grande, e para isso existe controle de câmeras de monitoramento interno e registro de visitantes e pacientes em tratamento.

4.1 O projeto de implementação da LGPD

Devido ao grande número de tratamentos de dados existentes em uma clínica e o custo de implementação de um processo de adequação à LGPD, focamos o trabalho em três áreas mais críticas, selecionadas por possuírem maior número de tratamento de dados em desconformidade com a Lei, demandando maior urgência na adequação com maiores riscos de sanções:

A área Clínica, composta de consultórios médicos e de nutricionistas, sala de atendimento multidisciplinar, sala de emergência, farmácia de manipulação especializada e área de infusão de medicamentos e quimioterapia; a área Administrativa, composta pela diretoria administrativa, gerências financeira e recursos humanos e a área da Recepção, composta pela recepção, encarregada de receber clientes, fornecedores, visitantes e encaminhar documentos e pessoas aos demais departamentos da clínica, bem com receber e despachar documentos.

Após a definição das áreas, definimos quais são os departamentos e os processos mais complexos e que apresentavam mais riscos de vazamentos de dados e possibilidades de sanções, caso não estivessem em conformidade com a LGPD.

Em seguida, elaboramos o cronograma de ações, baseado nas definições das áreas, departamentos e processos e os agendamentos de reuniões e entrevistas para a fase inicial do projeto, gerando o documento de *kick-off*¹⁵ do projeto, marco inicial do projeto.

¹⁵ O **kick off** é uma reunião realizada na fase inicial de um projeto com o intuito de alinhar todos os detalhes entre os atores envolvidos - o cliente, o gestor do projeto e os membros da equipe, por exemplo.

4.2 Análise da situação atual

A execução de análise situacional das organizações perante a LGPD exige estabelecer um correto sequenciamento de processos para implantação das diretrizes estabelecidas na lei, que alteram e afetam o comportamento dos processos e sistemas.

O *Gap Analysis*¹⁶ da LGPD foi dividido em fases, que permitiu um melhor aproveitamento dos resultados obtidos na fase anterior, sendo composto de:

- a) Estabelecimento de escopo: a organização precisa entender e aplicar as práticas da LGPD a partir de um escopo mínimo, significativo, que conduza ao desenvolvimento de uma cultura de proteção de dados pessoais, permitindo que haja uma melhor compreensão por parte das equipes envolvidas sobre as necessidades e adaptações dos processos e sistemas com o mínimo de impacto às operações do negócio.
- b) Análise da base ou arcabouço legal: A aplicação da LGPD nos processos e sistemas da organização envolve muito mais que o próprio Lei¹⁷. A compreensão das leis e normas aplicáveis ao escopo dos processos ou sistemas que tratam dados pessoais é essencial para que possam ser desenvolvidos elementos importantíssimos da LGPD como matrizes de temporalidade e consentimento. Assim, a avaliação de todo arcabouço legal aplicável e indica as necessidades de adequação em contratos, normas, políticas e demais elementos que possam auxiliar na efetiva implantação da LGPD.
- c) Análise dos dados lógicos: Utilização de métodos e ferramentas específicas para a identificação das interfaces de coleta de dados¹⁸, conjunto de dados pessoais tratados e as bases e estruturas lógicas de armazenamento. Além da análise dos elementos tecnológicos envolvidos, são realizados mapeamentos junto aos responsáveis pelo processo e sistema para identificação de eventuais pontos de guarda física de dados pessoais, práticas adotadas para tratamento (incluindo guarda e descarte) e controles implantados, gerando assim um mapa detalhado dos dados pessoais tratados pela organização. O resultado obtido é uma documentação prática que permite aos gestores entender em detalhes todo o conjunto de dados pessoais tratados e controles já implantados e adequados às diretrizes da LGPD além do conjunto de fluxos de dados e de solicitações dos titulares de dados conforme estabelecido na lei.
- d) Avaliação de controles de segurança em sistemas eletrônicos: Na grande maioria dos casos o tratamento de dados é realizado por meio de sistemas eletrônicos mantidos pela organização. Deverão ser analisados os sistemas de segurança¹⁹ para identificação de vulnerabilidades para identificação de pontos de vazamento de informação ou riscos inerentes aos dados pessoais tratados. O resultado imediato é a identificação da existência ou

¹⁶ Na implementação da LGPD, o **GAP Analysis** (análise de lacunas) procura encontrar práticas e processos empresariais que não estejam de acordo com os princípios da legislação. A partir desse mapeamento, o **GAP Analysis** sugere melhorias, a fim de que a empresa fique em conformidade com a lei.

¹⁷ Aplicação de ISO 27001 (Normas técnicas de Segurança da Informação), Redes, Programação, Banco de Dados etc. além da área jurídica.

¹⁸ Neste caso, formulários eletrônicos, geralmente na internet ou rede interna, onde os usuários inserem informações nos sistemas (como exemplo, formulário eletrônico para autorização de consultas ou exames de plano de saúde).

¹⁹ A ISO 27001 é a norma que traz princípios e controles de sistema de segurança da informação e evidencia o compromisso da empresa com a segurança da informação.

Como a própria norma define, é seu dever prover requisitos para estabelecer, implementar, manter e melhorar, continuamente, um sistema de gestão de segurança da informação por meio da aplicação de um processo de gestão de riscos e fornecer às partes interessadas confiança de que os riscos são adequadamente gerenciados.

necessidade de implantação de controles nos códigos fonte ou na infraestrutura tecnológica de suporte ao tratamento dos dados nos sistemas da organização.

- e) **Elaboração do Plano de Comunicação e Resposta a Incidentes:** A correta gestão de incidentes²⁰ envolvendo dados pessoais é um dos pontos de grande relevância da LGPD. Assim, com auxílio de ferramenta sistêmica, deverá ser elaborado o plano de comunicação e resposta a incidentes que permite às organizações gerenciar de modo prático e padronizado as questões de quebra de segurança aplicadas no contexto da LGPD. O plano é desenvolvido a partir de um fluxo adaptado aos novos papéis e funções criadas pela lei e permite que haja correto controle dos prazos e comunicações junto às partes interessadas.
- f) **Plano de ação:** ponto culminante de todo trabalho, o plano de ação traz todas as atividades necessárias para implantação ou adequação identificados ao longo do projeto em formato adequadamente sequenciado de acordo com a realidade da organização. Também são incluídas informações de esforço e investimentos necessários para correta adequação do processo/sistema à LGPD. Com a aplicação do plano de ação as equipes são envolvidas e adaptadas para posterior ampliação do escopo e, assim, envolver todos os dados pessoais da organização em ciclos bem definidos e com resultados práticos.

4.3 Desenvolvimento do trabalho de adequação

O trabalho de adequação à LGPD foi desenvolvido em quatro frentes:

- a) **Levantamento de Dados:** entrevistas com os responsáveis dos departamentos que efetuam o tratamento de dados pessoais e sensíveis, a fim de conhecer os titulares e as categorias de dados tratados, documentar a situação encontrada e elaborar o mapeamento dos dados por setores;
- b) **Levantamento dos Documentos Jurídicos:** entrevistas com os responsáveis dos departamentos que efetuam tratamento de dados pessoais e sensíveis, com a finalidade de conhecer os principais documentos e contratos, documentar a situação encontrada e indicar as vulnerabilidades e as adequações;
- c) **Mapeamento de Dados e Definição de Base Legal:** mapeamento dos dados coletados na etapa 15.3.1, definição das bases legais para cada tratamento realizado, mapeando os titulares e as categorias de dados envolvidos, avaliação dos riscos e formas de mitigação, levantamento dos sistemas utilizados, entradas e saídas de dados dos processos, os destinatários de dados, as medidas técnicas e administrativas de segurança utilizadas, os responsáveis envolvidos, identificação do papel da empresa (controlador, operador ou responsável) no tratamento das atividades e elaboração do relatório de atividade de dados;
- d) **Compliance:** elaboração do plano de ação para prevenção de vazamento de dados, com implantação de medidas de *compliance*, definição de um D.P.O (*data protection officer*), interno ou externo, geração de controles de registros de solicitação de titulares, geração

²⁰ Plano de Respostas a Incidentes consiste em um documento interno da empresa que deve ser amplamente conhecido por todos os funcionários e que dispõe sobre as medidas que devem ser tomadas no caso de um Incidente de Segurança em Dados Pessoais.

de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, controle da validade dos dados armazenados, eliminação dos dados desnecessários (higienização²¹ de bases de dados), anonimização dos dados e definição dos processos de acompanhamento e prestação de contas das atividades executadas.

O trabalho mapeou os seguintes tratamentos de dados (sentido duplo) existentes nas áreas analisadas (recepção, administrativa, financeira e recursos humanos): a) Recepção e Clínica (Médicos, Nutricionistas, Farmácia); b) Recepção e Pacientes; Recepção e Terceiros (Fornecedores, Visitantes); c) Financeiro/RH e Contabilidade; d) Financeiro e Colaboradores; e) Financeiro e Planos de Saúde; g) Financeiro e Administrativo; h) Financeiro e Bancos e i) Financeiro e Fornecedores.

Foram aplicadas as seguintes bases legais para os tratamentos de dados: a) Consentimento do Titular; b) Interesse Legítimo do Controlador e c) Obrigação Legal / Regulatória.

Foram identificados os seguintes titulares de dados: a) Pacientes (maiores de idade); b) Pacientes (crianças ou adolescentes); c) Pacientes (incapazes); d) Acompanhantes; Médicos; e) Nutricionistas; f) Enfermeiros; g) Administradores; h) Colaboradores; i) Terceiros (zeladores, limpeza, segurança etc.) e j) Fornecedores e Visitantes.

As principais fontes de coletas de dados nos tratamentos estudados foram: a) Fichas Recepção (dados do paciente e responsáveis etc.); b) Contratos (pacientes, emprego, terceirizados, bancários etc.); c) Ficha Médica; d) Ficha Nutrição; e) Planos de Saúde (sistemas web, guias, formulários eletrônicos etc.) ; f) Bancos e g) Contabilidade e Currículos.

Os dados coletados dos titulares de dados analisados no processo, foram: a)Dados Pessoais – nome, sexo, nascimento, raça etc.; b) Dados Contatos – telefone, e-mail, redes sociais etc.; c) Dados Identificáveis – IP, geolocalização etc.; d) Dados Residenciais – endereço etc.; Dados Profissionais / Comerciais – empresa, endereço, telefone, e-mail etc.; e) Documentos Pessoais – CPF, RG, CNH, CTPS etc.; f) Dados Médicos – Ficha anamnese, doenças pré-existentes, medicação etc.; g) Dados Tratamentos Médicos – tratamentos, medicação etc.; h) Dados Psicológicos – tratamentos etc.; i) Dados Financeiros / Bancários – conta corrente, cartão de crédito, PIX etc. e j) Outros - imagens de vídeos, autorização entrada, estacionamento etc.

Os principais receptores dos dados transmitidos pela clínica para tratamento em controladores e operadores externos são: a) Planos de Saúde (sistemas web, guias, formulários eletrônicos etc.) e b) Bancos e Contabilidade e Laboratórios de Análises Clínicas.

Após análise sistêmica, foi criado o relatório de *Gap Analysis*²² e levantados os seguintes *Gaps* Operacionais e Sistêmicos com grau de risco nível **MÉDIO –ALTO**: a) Transferências de documentos (dados) entre departamentos é feito de forma manual (papel) ou por planilhas; b) Exposição de dados pessoais e sensíveis sem controle, bastando pequenos descuidos como deixar documentos em cima de mesas, gavetas destrancadas etc.; c) Não existe controle de acesso à sala de Arquivo, e a porta fica aberta durante o dia sem monitoramento através de câmeras; d) Acesso aos sistemas dos convênios via Internet, através de senha fornecida pelos administradores dos sistemas, sem restrições claras de permissão de usuários; e) Acesso e contato com pessoas desconhecidas, sem vínculo com a clínica, facilitam obtenção de documentos deixados sobre balcão de atendimento.

²¹ A higienização de dados consiste no processo de limpar, organizar e padronizar um banco de informações. Neste processo, registros repetidos, dados incompletos ou com informações erradas etc. são eliminados ou corrigidos.

²² Na implementação da LGPD, o **Gap Analysis** procura identificar práticas e processos empresariais que não estão de acordo com as prescrições legais. A partir desse mapeamento, o **Gap Analysis** propõe melhorias e ajustes, com a finalidade da empresa se adequar à legislação.

Na área do ordenamento jurídico, levantados os seguintes *Gaps*, com grau de risco nível **Médio –Alto**: a) Ausência dos Termos de Consentimento Livre e Esclarecido e dos Termos de Consentimento (tratamentos médicos); b) Ausência de cláusulas específicas sobre LGPD nos contratos com fornecedores; c) Ausência de documento específico sobre LGPD para regular a relação da Clínica com os planos e seguros de saúde; d) Risco da Clínica sofrer demandas judiciais, pedidos de indenização, multas, bloqueio dos sistemas, etc.

O resultado do *Gap Analysis* apresentou os maiores riscos a serem considerados: a) Dados Sensíveis ou com Natureza Extremamente Pessoal; b) Combinação de Bases de Dados (planilhas); c) Decisões Manuais sem devida proteção de dados e d) Dados em papéis.

Finalizando, foram apresentadas as seguintes recomendações sistêmicas e operacionais para a adequação à LGPD: a) Criar Comitê de Segurança da Informação – CSI²³; b) Treinar e Conscientizar o CSI; c) Avaliar a Infraestrutura de TI, Sistemas e Fornecedores; d) Mapear e inventariar os Tratamentos de Dados, os Titulares, os Dados Pessoais e Sensíveis, as Fontes de Coleta de Dados e os Receptores dos Dados; e) Elaborar o fluxograma do Ciclo de Vida dos Dados²⁴; f) Planejar de Ações Prioritárias e Ajustes nas áreas de TI e Operacionais; g) Redigir Normas de Governança de Dados; h) Adotar Medidas Preventivas de Segurança²⁵; i) Elaborar Plano de Contingência²⁶; j) Elaboração de Documentação Legal (Relatório de Impacto de Dados) e k) Nomear um D.P.O (data protection officer).

E apresentadas as seguintes recomendações jurídicas: a) Elaboração do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido do paciente adulto, criança e adolescente, pessoa com deficiência e idoso; b) Elaboração do Termo de Consentimento para Tratamento de Dados LGPD do paciente adulto, criança e adolescente, pessoa com deficiência e idoso; c) Elaboração do Termo de Consentimento de Tratamento de Dados LGPD empregados contratados CLT; d) Elaboração do Termo de Consentimento de Dados LGPD prestadores de serviços; e) Análise de contratos com fornecedores para adequação à LGPD e f) Elaboração de documento informando aos planos ou seguros saúde que os dados dos pacientes transmitidos/recebidos são tratados em conformidade com a LGPD.

Foram ainda listadas as seguintes ações de caráter imediato para mitigação dos riscos e recebimento de sanções por desenquadramento à Lei: a) Definir responsáveis pelas funções de gestão, controle e fiscalização relacionadas a LGPD (D.P.O); b) Elaborar Termo de Consentimento para Tratamento de Dados LGPD para coleta de assinatura nos atendimentos na Recepção; c) Gerenciar e Armazenar os Termos de Consentimento de forma digital e em papel em locais seguros, sob responsabilidade de um gestor; d) Configurar, divulgar e-mail específico para recebimento de comunicações e reclamações de titulares sobre privacidade de dados: dpo@xxxxxx.com.br e gerir comunicações recebidas; e) Criar documento de Política de Privacidade e disponibilizar no site institucional e nas Redes Sociais; f) Conscientizar e treinar cola-

²³ O Comitê de Segurança da Informação é de natureza deliberativa, possuindo poder de decisão sobre os assuntos relativos à Segurança da Informação ou riscos de TIC (Riscos de Tecnologia da Informação e Comunicação).

²⁴ O ciclo de vida dos dados é o processo que descreve o caminho dos dados dentro da sua organização — desde o momento em que o dado é coletado por consentimento ou outra base legal até o arquivamento ou eliminação dos mesmos.

²⁵ São inúmeras as medidas a serem adotadas, mas as mais importantes são: detectar vulnerabilidades de hardware e software, criar e manter cópias de segurança, possuir sistemas redundantes, ser eficaz no controle de acesso, elaborar política de segurança da informação, decidir corretamente pela estrutura de nuvem pública/privada/híbrida, gerir riscos de forma apropriada e trabalhar com regras de negócio bem definidas, entre outras.

²⁶ Plano de Contingência é um documento onde estão definidas as responsabilidades estabelecidas em uma organização, para atender a uma emergência e contém informações detalhadas sobre as características da área ou sistemas envolvidos.

boradores e terceirizados sobre a importância de adequação à LGPD e consequências no cumprimento da legislação; g) Implementar política de “Mesa Limpa e Tela Limpa”²⁷ e verificação de salas, arquivos, armários e gavetas trancadas; h) Definir protocolos e regras rígidas para o processo e i) Informar os envolvidos no tratamento sobre responsabilidades no caso de vazamento de dados.

Após a conclusão das fases anteriores, foram documentadas as principais ações de adequação à LGPD, e finalizando, apresentadas as medidas mais urgentes a serem tomadas para a conformidade LGPD da clínica.

O término do projeto é marcado pelas entregas à direção da empresa dos seguintes relatórios: a) Relatório de Atividades de Tratamento de Dados, com os Mapeamentos de Dados; b) Relatório de Análise de Gaps; c) Relatório de Mapeamento de processos de negócios e definição das Bases Legais para os Tratamentos de Dados; d) Relatório com Avaliação dos dados pessoais e o Fluxo de Dados dos tratamentos de dados realizados pela clínica; e) Relatório de Identificação das situações de desconformidade com a LGPD, com indicações de níveis de risco; f) Elaboração de Política Interna de Proteção de Dados; g) Elaboração de Política de Privacidade; h) Elaboração de Política de Retenção e Descarte de Dados; i) Elaboração de Termos de Consentimentos; j) Elaboração de Aditivos específicos aos contratos vigentes com clientes, fornecedores, colaboradores, planos de saúde etc., sobre os tratamentos de dados e responsabilidades; k) Elaboração de Documentações específicas para Planos de Saúde; l) Elaboração de Documentação com Definições de Temporalidade para guarda de documentos e processos de descarte; m) Realização de treinamentos visando capacitação dos operadores de dados e D.P.O; n) Elaboração e entrega do Relatório de Impacto à Proteção de Dados aos executivos da clínica; o) Termo de Encerramento de Execução do serviço e p) Emissão de Certificado de Conformidade e *Compliance* à Lei Geral de Processamento de Dados.

CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados exigirá das empresas adequação dos processos de tratamento de dados, com um efetivo mapeamento das informações pessoais armazenadas em seus sistemas, elaboração de novos contratos e revisões dos contratos existentes, obtenção de consentimento específico para coleta de dados e definição de bases legais para o tratamento.

O processo de tratamento de dados, de natureza dinâmica, exigirá uma manutenção contínua dos mapeamentos das atividades de tratamento de dados, atendimento aos titulares e prestação de informações à autoridade de dados.

Atividades complementares, como cobertura de todas etapas do ciclo de vida dos dados desde o levantamento inicial dos processos e dados coletados, análise de finalidade e sanitização das informações, mapeamento das atividades de tratamento de dados e vinculações com bases legais, titulares, categoria de dados pessoais e sensíveis, matriz de risco, sistemas e fluxo de dados, registro e controle de requisições de titulares, violação de dados e geração de relatório de impacto de dados, auditorias, gestão de alterações de contratos, documentos, fluxo de dados, agendas, lista de tarefas e controle de treinamentos até emissões de certificações de usuários e responsáveis.

²⁷ A Política de Mesa Limpa e Tela Limpa reúne diversas práticas de segurança que visam proteger dados e informações, em formato digital ou impresso, do acesso, divulgação ou uso não autorizados, bem como perda, fraude ou outro tipo de dano. Para isso, é recomendada uma série de ações que os usuários devem tomar sempre que deixarem sua área de trabalho, tanto por curtos períodos quanto no final do expediente. Faz parte da ISO 27001.

Devido à complexidade da tarefa de adequação à LGPD, possuir vasto e sólido conhecimento da Lei e regulamentos setoriais, suas características tecnológicas profundamente ligadas com segurança da informação e dispor de suporte (pessoas e sistemas) para o controle dos processos envolvidos é fundamental para que o resultado planejado seja alcançado.

Ainda que todo o trabalho possa ser feito de forma mais simples, com utilização de planilhas eletrônicas e controles em diversas ferramentas, a utilização de sistemas especializados²⁸ para *compliance* de GDPR, LGPD e outras leis de proteção de dados no mundo, que centralizam todos os procedimentos e etapas da conformidade, além de servirem como controle do processo, são uma maneira de otimizar o trabalho e angariar novos clientes e negócios.

REFERÊNCIAS

BIONI, BR. Proteção de Dados Pessoais. **A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BLANK, M. LEME, RS. **Lei Geral de Proteção de Dados: Entendendo a Lei. Manual de Implementação**. São Paulo: Blank Sistemas Ltda. (1-22). Julho 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)**. Brasília, DF: Presidência da República; 2018 [Acesso em 12. jun.2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm

BRASIL. Medida Provisória nº 959 de 2020. **Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a vacatio legis da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (institui regras para o auxílio emergencial e adiamento da LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República; 2020 [Acesso em 12.jun.2020]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. **Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais**. Brasília, DF: Presidência da República; 2020. [Acesso em 14.mar.2022] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm

CHIAVEGATTO FILHO ADP. **The use of big data in healthcare in Brazil: perspectives for the near future**. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, 24 (2):325-332, abr-jun, 2015.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LEME, RS; BLANK M. **Lei Geral de Proteção de Dados e Segurança da Informação na Área da Saúde**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jul/set.; 9(3): 210-224.

²⁸ GDPR365, OneTrust Privacy (OneTrust), Secure Privacy, Onspring, Netwrix Auditor, Vigilant Software GDPR Manager, ManageEngine Event Log Analyzer, Audit Board, SolarWinds Access Rights Manager, LogicGate Risk Cloud, ZenGRC Really Simple Systems, ECOMPLY.io, Files.com, archTIS, etc.

A Controle sistêmico de atividades de tratamento de dados no compliance da Lei Geral de Proteção de Dados em clínica médica

MALDONADO, VN, BLUM RO. **LGPD Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 1ª edição (18 março 2019).

MALDONADO, VIVIANE NÓBREGA (Org.). **LGPD Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

AS POSSIBILIDADES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NO ESPAÇO CIBERNÉTICO: AS NAÇÕES UNIDAS E O *CYBER PEACEKEEPING*

André Soares Oliveira

Faculdade Paraíso do Ceará (FAP), Ceará.
asoliveira3@gmail.com

José Armando Ferreira Oliveira

Faculdade Paraíso do Ceará (FAP), Ceará.
ferreiraarmando927@gmail.com

Resumo: A regulação dos conflitos armados no Direito Internacional ganha impulso depois das Guerras Mundiais e, em especial, durante os anos de Guerra Fria e a ameaça de uso de armas nucleares em grande escala novamente. O conceito de armas, porém, sempre foi sendo ampliado diante de novas tecnologias. O surgimento e consolidação do espaço cibernético criou uma arena para atividades bélicas impensáveis na origem dos instrumentos normativos. Existe uma demanda para que a promoção e manutenção da paz alcance também esse espaço. Diante disso, tem-se o objetivo de demonstrar as possibilidades e limites de aplicação do Direito Internacional Humanitário a possíveis guerras realizadas através do ciberespaço, trazendo-se um debate a partir da necessidade de aplicação equiparada do *peacekeeping* neste domínio. Para tanto, utiliza-se de metodologia dedutiva e qualitativa com levantamento bibliográfico e análise das normas internacionais pertinentes. Destarte, compreende-se que o Direito Internacional Humanitário é extensível ao ciberespaço, haja vista que a internet pode ser considerada um meio e método de guerra, pois ao mesmo tempo que não há tratado que a proíba como instrumento da guerra, também não há nenhum que a regulamente enquanto tal. Com isso, o mandato das Nações Unidas para a manutenção da paz deve se estender ao espaço cibernético.

Palavras-chave: Guerra. *Cyber Peacekeeping*. Direito Internacional Humanitário

The possibilities of humanitarian international law on cyberspace: the United Nations and the cyber peacekeeping

Abstract: The regulation of armed conflicts in International Law gains momentum after the World Wars and during the Cold War years and the threat of the use of nuclear weapons on a large scale again. The concept of weapons, however, has always been expanded in the face of new technologies. The emergence and consolidation of cybernetic space created an arena for unthinkable warfare activities at the origin of normative instruments. There is a demand for the promotion and maintenance of peace to also reach this space. In view of this, the aim is to demonstrate the possibilities and limits of applying International Humanitarian Law to possible wars carried out through cyberspace, bringing up a debate based on the need for an equal application of *peacekeeping* in this domain. For that, a deductive and qualitative methodology is used with a bibliographical survey and analysis of relevant international norms. Thus, it is understood that International Humanitarian Law is extended to cyberspace, given that the internet can be considered a means and method of war, because while there is no treaty that prohibits it as an instrument of war, there is also no that regulates it as such. With this, the United Nations mandate for *peacekeeping* must extend to cyberspace.

Keywords: War. *Cyber Peacekeeping*. International Humanitarian Law

INTRODUÇÃO

Os tempos mudam, mas o conflito é uma constante atemporal. E quando se trata de Guerra, o seu conceito mais clássico remete a um ambiente hostil, onde os militares não distinguem quem faz e quem não faz parte do combate. Após a publicação da Carta da Organização das Nações Unidas (1945), a cooperação internacional e o princípio que veda a intervenção passaram a reger as relações dos signatários, proibindo, pelo menos em tese, a ameaça ou uso efetivo de força entre os Estados. Conquanto, pode-se observar que a comunidade internacional também implementou formas de humanização da própria guerra, sobretudo com o advento do Direito Internacional Humanitário, que busca assegurar direitos em tempos bélicos.

Hodiernamente, por intermédio da alta performance da ascensão científico-tecnológica, a internet vem linearmente ganhando destaque nas relações interpessoais e jurídicas como um modo instrumental de crescimento e desenvolvimento, mas também de ataques e vulnerabilidades notórias. Essa evolução influencia totalmente as relações internacionais, até porque o âmbito digital é um domínio onde não há fronteiras, isto é, as relações e fatos acontecem de forma instantânea.

Diante de toda essa facilidade existente no mundo cibernético, nota-se que os conflitos também chegam e podem ocorrer neste meio. Não se fala de conflitos entre usuários e sim entre dois ou mais estados com o ataque de bases digitais e tecnológicas através do ciberespaço. É desta realidade que surge o conceito de Guerra Cibernética, em que a internet é utilizada como instrumento, método ou meio em uma guerra já existente ou até mesmo é ela o pontapé inicial para a existência de uma.

A possibilidade de uma guerra com a internet sendo o seu principal método é uma discussão que vem ganhando cada vez mais notoriedade nos debates acadêmicos internacionais. Isso porque o Direito Internacional quanto à tipificação do crime de guerra no art. 8º do Estatuto de Roma não especifica a aplicação da internet como método ou meio em nenhum instrumento normativo. Nesse sentido, vê-se que essa discussão se justifica ao fomentar uma ideia de que diferentemente das grandes guerras do passado, que tiveram início sobretudo com bombardeios, uma futura guerra vai começar com uma invasão cibernética, sendo preciso prever uma possível adequação desta situação ao entendimento comum do que é uma guerra.

Ante a todo o supracitado, entende-se necessário o questionamento: Nesse contexto de guerra cibernética, partindo de uma concepção no Direito Internacional, o Estatuto de Roma abarca essa possibilidade uma possível ensejando responsabilização internacional dos comandatários da guerra cibernética? O Direito Internacional Humanitário aplica-se a esta situação? E como a ONU atuaria para a manutenção da paz no espaço digital?

Diante dessa perspectiva, esse trabalho tem como objetivo geral compreender a manutenção da paz no ciberespaço como um princípio necessário à comunidade internacional observando se o Direito Internacional Humanitário é aplicável neste domínio. Especificamente, procura-se explicitar o que é o uso da força no Direito Internacional, e como os avanços tecnológicos fomentam as novas armas e métodos de guerras, destacando-se a internet enquanto instrumento de conflito.

A hipótese é que o espaço cibernético se configura como um novo domínio de guerra na era digital, não restando dúvidas que à guerra cibernética é aplicado o art. 8º do Estatuto de Roma e a consequente responsabilização frente ao Tribunal de Haia. Além disso, mesmo não existindo uma referência específica acerca da guerra entre Estados no ciberespaço nas Convenções de Genebra, o Direito Internacional Humanitário é cabível nesse ambiente no que toca aos conflitos, pois as normas e princípios observados nos tratados que regulamentam os meios e métodos da

guerra para impedir violações a direitos humanos e civis representam o momento histórico de sua criação mas não se prendem a ele, podendo haver a ampliação ante a evolução dos meios e ambientes de guerra.

Para tanto, o método é crucial para a consecução dos objetivos. Nisto, utiliza-se do método dedutivo, partindo da ideia de premissas generalizadas e focando-as mais restritamente mediante o decorrer da pesquisa. Quanto à abordagem utilizada, trata-se de pesquisa qualitativa; quanto à sua natureza, de pesquisa básica; quanto aos seus objetivos, de pesquisa descritiva; e quanto aos procedimentos técnicos, em pesquisa bibliográfica viabilizada por meio de uma revisão de livros, artigos, trabalhos acadêmicos e de outras naturezas que tratam do crime de guerra cibernética e sua responsabilização.

1 SOBRE GUERRA E GUERRA CIBERNÉTICA: DO ESPAÇO FÍSICO AO DIGITAL

Se o conflito é algo sempre presente no cotidiano das sociedades humanas, tal conflito nem sempre tomou a forma de uma guerra. Aliás, cumpre salientar como a atividade de guerra esteve presentes nas primeiras sociedades que apresentaram características de estatalidade e, sem dúvidas, continua constante desde a Antiguidade Clássica até hoje. Inclusive, é interessante notar como a forma de fazer guerra foi modificando-se ao longo do tempo e moldando inclusive os próprios Estados (SINGER et al., 2021)

A fim de delimitar o objeto dessa pesquisa, é importante delimitar um conceito de guerra. As reflexões sobre a guerra ocupam um espaço importante nos debates teóricos desde a Antiguidade Clássica, quando se pode citar a obra ‘A Guerra do Peloponeso’, de Tucídides, ou mesmo as reflexões esparsas de pensadores tais como Maquiavel, Bodin, Rousseau, Hobbes e mesmo o próprio Locke, já que todos viveram em períodos sempre agitados por guerras no continente europeu.

Em 1832, ainda no contexto de uma Europa pós-napoleônica, surge a obra ‘Da Guerra’, publicada postumamente, e de autoria do general prussiano Carl Von Clausewitz. Essa obra inacabada constituiu-se um paradigma na teoria da guerra dentro do estudo das relações internacionais. Trata-se de uma obra extensa e rica em reflexões, mas importa aqui uma reflexão seminal trazida pelo seu autor quando se propõe a conceituar a guerra. Segundo o autor, ainda que a guerra seja composta de um intrincado conjunto de variáveis, é necessária uma reflexão sobre a natureza do todo. Nesse sentido, ele evita uma conceituação enciclopédica e prefere definir a natureza da guerra como um duelo em larga escala. Trata-se de um ato de força orientado a fazer com que o seu oponente sucumba a sua vontade (VON CLAUSEWITZ, 1984). Enquanto general escrevendo em meados do século XIX, claro que a força mencionada é a força militar, porém o conceito não exclui a possibilidade de compreender o manuseio de outras forças por um Estado, com intenção de impor sua vontade a outrem, como uma guerra.

Do ponto de vista jurídico, dentro do direito internacional, o conceito de guerra deve ser procurado prioritariamente no âmbito do direito internacional vigente. Nesse sentido, a guerra constituiu-se como o uso da força a fim de dirimir uma controvérsia entre Estados. A Carta das Nações Unidas de 1945, no artigo 2.4, diz que os Membros devem evitar “[...] a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado [...]” e o artigo 51 do mesmo documento consagra a legítima defesa quando afirma quando ocorrer “[...] um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas [...]”.

A lógica esculpida na Carta das Nações Unidas é que o uso da força deve ser evitado nas relações internacionais, sendo possível a ela recorrer como legítima defesa de forma unilateral em um primeiro momento e, depois, apenas com autorização do Conselho de Segurança. De fato, o interesse aqui repousa em algumas definições desses artigos que demonstram o quão complexo é buscar uma definição legal de guerra.

Crawford (2012) chama atenção, primeiro, para a expressão ‘ameaça ou uso da força’. O autor lembra que a ameaça é uma prática comum e até bem tolerada nas relações internacionais como um desdobramento do exercício da legítima defesa. A expressão ‘uso’ é de interpretação clara, mas ‘força’ não é um conceito unívoco. A visão prevalente inclui apenas forças armadas, excluindo a força decorrente de coerção política e/ou econômica. A própria expressão ‘ataque armado’, constante do artigo 51, também reflete dificuldades por ser vista, em sua maioria, com um pensamento próprio da Segunda Guerra Mundial e ignorando a evolução das armas e do próprio modo de usá-las.

Conforme Mazzuoli (2019, p.1660), a definição de guerra deve se pautar estritamente em termos jurídicos, sendo considerada “todo conflito armado entre dois ou mais Estados, durante um certo período de tempo e sob a direção dos seus respectivos governos, com a finalidade de forçar um dos adversários a satisfazer a(s) vontade(s) do(s) outro(s)”. Não obstante, após a situação devastadora provocada pelos conflitos bélicos no século XX, a comunidade internacional passou a tratar a guerra como um ato de violência inadmitido no Direito Internacional, ou seja, internacionalmente ilícito (MAZZUOLI, 2019).

Os atos envolvendo guerras passaram a ensejar responsabilidade na esfera externa perante o Tribunal Penal Internacional, uma vez que o Estatuto de Roma prevê em seu art. 8º um rol de condutas que configuram o crime de guerra, estas que vão desde humilhações e ultrajes à dignidade da pessoa até o descumprimento das Convenções de Genebra de 1949 (ESTATUTO DE ROMA, 1998).

Nesse sentido, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) contempla em seu art. 2º a proibição do uso da força no Direito Internacional, compreendendo a necessidade da manutenção da paz e da segurança internacional com pilares para o exercício dos Direitos Humanos, inclusive determinando a responsabilidade do Conselho de Segurança de zelar pela paz e segurança internacional. Essa vedação decorre das experiências devastadoras das primeira e segunda guerras mundiais, por isso o *peacekeeping*¹ tornou-se uma das principais agenda da organização.

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla (ONU, 1945).

Entretanto, a despeito dos esforços para manter a paz e para a solução pacífica das controvérsias, nota-se que a guerra em sempre ocupou um espaço nos capítulos da história da humanidade, estes que ainda continuam sendo escritos e fomentados através de novos métodos, meios e armas que conseqüentemente requerem novas estratégias e regras para manter ou buscar

¹Aqui utiliza-se este termo original para referenciar-se à manutenção da paz da ONU, que tem o objetivo de “ajudar os países a navegar pelo caminho difícil do conflito à paz (...) com a capacidade de enviar tropas e policiais de todo o mundo, integrando-os com os pacificadores civis para abordar uma série de mandatos estabelecidos pelo Conselho de Segurança da ONU e pela Assembleia Geral (UNITED NATION PEACEKEEPING, 2021 n.p.).

a paz (SALDAN, 2012). E é justamente esta característica mutável da guerra e do conflito que deixa, muitas vezes, a ONU lutando para se adaptar (ROBINSON et al, 2019).

É interessante pensar na guerra, seja qualquer de suas espécies, como um campo desconhecido, onde a informação é preciosa. Sobre isso, Arquila e Rondfeldt (1993) sugerem uma analogia em que a capacidade de informação na guerra assemelha-se a uma partida de xadrez, onde se você consegue ver todo o tabuleiro e o seu oponente apenas as próprias peças:

Para suas forças, a guerra não é mais uma função primordial de quem coloca mais capital, trabalho e tecnologia no campo de batalha, mas de quem tem as melhores informações sobre o campo de batalha. O que distingue os vencedores é o seu alcance de informações - não apenas do ponto de vista de saber como encontrar o inimigo, mantendo-o no escuro, mas também em termos doutrinários e organizacionais (ARQUILA; RONDFELDT, 1992 p. 23, tradução nossa).²

Portanto, pesquisar acerca da guerra é também estudar sua dinamicidade. Por isso, quando se insere o meio digital nessa empreitada entende-se que atualmente as relações internacionais se integram também a um ciberrelacionamento e não apenas à diplomacia e cooperação. Os conflitos internacionais ganham novos contornos ao longo do tempo, novas possibilidades, áreas, espaços e armas. Nesse sentido, a internet – tal como outros avanços tecnológicos do passado – representa, ao mesmo tempo, um instrumental de desenvolvimento e aproximação, mas também de ataques e vulnerabilidades notórias (NUNES, 2015).

Sobre isto, sabe-se que a tecnologia à serviço da guerra é uma constante na história da humanidade. Momentos de guerra representam um forte impulso de inovação, principalmente nos setores militares. Isso leva ao incremento do estado da arte ou mesmo na criação de novas tecnologias – a exemplo dos computadores, dos aviões, motores automobilísticos e mesmo da própria internet – que mais tarde servem também a fins pacíficos).

De fato, foi a Guerra Fria que intensificou o uso da tecnologia como representação de poder em um mundo em conflito. Essas eventualidades associam a guerra à tecnologia e devem ser enxergadas como de necessária compreensão temporal na era da globalização (FERNANDES, 2019), uma vez que as relações entre os Estados no tecido internacional cada vez mais são cruzadas e dependentes no ciberespaço.

Saindo de uma concepção clássica da guerra, é sabido que hodiernamente os conflitos na comunidade internacional passaram a enfrentar outro desafio: a internet e todos os desdobramentos inerentes à era digital, haja vista que a utilização da rede mundial de computadores torna a sociedade cada vez mais dependente desse mundo *on-line*, fato esse que traz consigo a ameaça inexorável de um ataque cibernético. Portanto, essa vulnerabilidade é observada por determinados grupos como uma oportunidade, onde “o mundo passa a conviver com a sombra do ciberterrorismo e, no caso dos Estados, com a possibilidade de hostilidades no ciberespaço, ou seja, uma Guerra Cibernética” (NUNES, 2010 p.11).

A guerra cibernética surge então como um novo episódio belicoso, decorrente da inevitável transformação e adequação dos conflitos à era digital (SILVA E SILVA, 2019), o seu conceito vincula-se à massiva participação dos Estados no meio digital concomitantemente à presença de atores não estatais, tais como grupos terroristas, por exemplo, porém é preciso deixar claro que o Direito Internacional Humanitário por sua natureza não se aplica a casos de cibercriminalidade ou ciberterrorismo (MELZER, 2011).

²⁴For your forces, warfare is no longer primarily a function of who puts the most capital, labor and technology on the battlefield, but of who has the best information about the battlefield. What distinguishes the victors is their grasp of information—not only from the mundane standpoint of knowing how to find the enemy while keeping it in the dark, but also in doctrinal and organizational terms”

Entretanto, em uma definição geral, considera-se guerra cibernética o conflito travado por dois ou mais estados no ciberespaço (NUNES, 2010), em que há a invasão de computadores ou redes de outra nação com o objetivo de causar transtornos, obter informações, corromper dados, entre outros danos que podem ser irreversíveis (CLARKE; KNAKE, 2015).

Há, no cerne da cibernética, uma preocupação com a relação entre comando, controle, comunicação e fluxo de informações em máquinas, em seres vivos e entre ambos. Na Guerra Fria, o desenvolvimento de tecnologias militares de inteligência artificial permitiu um debate comparativo entre indivíduo e máquina, sugerindo a possibilidade de uma convergência entre mente e *software* (LOBATO; KENKEL, 2015 p. 637)

Por sua vez, o ciberespaço pode ser aqui descrito como uma “rede globalmente interconectada de informações digitais infraestruturas de comunicações, incluindo a Internet, redes de telecomunicações, sistemas informáticos e as informações neles residentes” (MELZER, 2015 p.4). O ciberespaço é a principal elementar da guerra cibernética, isso porque graças aos efeitos da virtualização da vida social, o meio digital passou a representar um espaço intangível, em que não há fronteiras e tem-se uma cultura própria, sendo um local totalmente potencial para conflitos.

Neste sentido, o ciberespaço configura-se como um terreno em que o mundo todo está presente, sem barreiras:

As relações econômicas, jurídicas e sociais (afetivas, educacionais, familiares, interpessoais e profissionais), bem como as funcionalidades do espaço cibernético estão em constante reconfiguração, orientada pela crescente cultura da conectividade, convergência, instantaneidade e interatividade de portais, blogs e redes sociais, que se multiplicam em progressão geométrica, enquanto as tentativas de regramento sequer estão em progressão aritmética (SALDAN, 2012 p. 16)

Mesmo aqui trazendo-se um conceito ampliado de guerra cibernética e ciberespaço, enfatiza-se que, no entanto, há pouco consenso sobre muitos aspectos acerca de tais fenômenos, principalmente sobre como ele deve ser definido. Mesmo havendo ausência de compreensão, muitos núcleos militares ao longo do globo consideram o ciberespaço um domínio de guerra e tem desenvolvido doutrinas e metodologias para lutar nele. Tal falta de compreensão somada ao aumento das tensões cibernéticas é uma situação deveras preocupante, pois é inédita, em que não se tem noção dos limites e nem tampouco arcabouço no Direito Internacional (ROBINSON et al, 2018).

O século XXI tem mostrado que a guerra cibernética pode se tornar mais prevalente que a física. Destarte, infere-se que a utilização da internet e de suas ferramentas para efetivar as práticas violadoras pode inclusive ser observada nessa situação como equiparadas a utilização de armamento previsto no conceito clássico de guerra, uma vez que da mesma forma a internet é o meio para alcançar tal desiderato.

Pode-se então inferir que a segurança cibernética dos Estados passou a ser um ponto importantíssimo decorrente da crescente necessidade de utilização destes meios, e por conta disso, quando se analisa as problemáticas que envolvem o ciberespaço e o crime de guerra percebe-se uma certa dificuldade na caracterização das atividades hostis e degradantes que ocorrem nesta conjuntura colocam em dúvida a aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário (JAS-TRAM E QUINTIN, 2011).

Diante disso, o século XXI tem mostrado que a guerra cibernética prevalecerá mais do que a física. E para de fato combater este fenômeno moderno é preciso primeiro assegurar a sua repressão equiparada nos moldes da guerra propriamente dita, uma vez que o enfraquecimento

de bases digitais provocado por ataques cibernéticos pode ser o estopim para um futuro e próximo conflito. Por a sociedade estar extremamente conectada, as redes digitais trazem uma vulnerabilidade de ameaças cibernéticas oriundas de qualquer lugar do mundo.

2 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO APLICADO NO CIBER-ESPAÇO

No Direito Internacional há diversos instrumentos com o intuito de garantir a proteção do indivíduo. “Sob o título de direito internacional dos direitos humanos, os padrões são estabelecidos para a responsabilidade dos Estados com relação aos direitos e liberdades de indivíduos e dos povos” (CICV, 2005 p.35). Dessa forma, o Direito Internacional Humanitário (DIH) oferece a padronização necessária a ser aplicada em uma guerra, objetivando restringir os efeitos da guerra ao proteger os que dela não fazem parte e limitar os meios e métodos aplicados por ela. Não se trata de legitimar a guerra, mas diante da autonomia dos Estados, o DIH busca que quando necessário o conflito sofra limitações com fulcro na proteção internacional dos direitos humanos.

Esta ideia de que a proteção dos direitos humanos na guerra poderia legitimá-la já foi assunto de debates inter-governamentais. Conquanto, em 1977, no preâmbulo do Protocolo Adicional I à Convenção de Genebra³ ficou definido que “nenhuma disposição (...) pode ser interpretada no sentido de legitimar ou autorizar qualquer ato de agressão ou qualquer outro uso da força incompatível com a Carta das Nações Unidas” (CONVENÇÃO DE GENEBRA, 1977). Destarte, o próprio Direito Internacional tratou de desmistificar o pensamento de que o tratamento da guerra nas normas internacionais a tornavam legítima.

Principalmente depois das experiências aterrorizantes da 2ª Guerra Mundial, houve na esfera internacional, a reivindicação de que os conflitos se tornassem menos desumanos e violentos, confeccionando-se instrumentos como tratados que aproximaram a guerra à uma humanidade por intermédio dos conceitos de *jus ad bellum* (o direito da guerra, ou seja, o direito ao uso da força), e o *jus in bello* (o direito na guerra, que visa regulamentar a maneira como a guerra é conduzida), percebidos tanto no próprio Estatuto de Roma como nos protocolos adicionais à Convenção de Genebra, consolidando o DIH como um mecanismo previsto na agenda internacional (CICV, 2010).

Por este ser um fenômeno frequentemente estudado, nota-se que o Direito Internacional Humanitário (DIH) já previu antecipadamente as formas evolutivas no uso de armas e o aprimoramento ou desenvolvimento de meios e métodos novos para instrumentalizar a guerra, presumindo-se que o DIH é aplicável também ao contexto de conflito cibernético (CICV, 2019). O art. 36 do Protocolo adicional I de 1977 à Convenção de Genebra disciplina o estudo, preparação, aquisição ou adoção de uma nova arma, isto é, de novos meios ou de um novo método de guerra, coisa que não o faz de forma específica, haja vista ao estabelecer-se que a alta parte contratante tem a obrigação de determinar se o emprego da nova arma seria proibido por alguma norma ou tratado de Direito Internacional, deixa-se uma lacuna na norma, pois nem o DIH nem outro instrumento internacional disciplinou as proibições ou limitações no uso dos meios cibernéticos durante a guerra (SILVA E SILVA, 2019).

Dessa maneira, os princípios e normas humanitárias que mitigam a violência da guerra podem ser aplicáveis a um conflito cibernético atribuído a um Estado, mas somente por razão de

³ Ratificado pelo Brasil em 05 de maio de 1992.

algo que supere um eventual incidente, bem como possua o propósito de causar danos, destruição, ferimentos e até mesmo a morte, ainda que as forças armadas não se manifestem em seu sentido clássico, isto é, presencialmente (SCHIMITT, 2012).

Outrossim, para o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV, 2019) é indubitável a noção de que o DIH limita também as operações cibernéticas durante conflito armado, fala-se, inclusive, que esse fato se atrela de forma fundamental na Opinião Consultiva do Corte Internacional de Justiça (CIJ) acerca da legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, onde o tribunal lembrou que os princípios e regras do DIH são conferidos às diversas formas de guerra e a todos as espécies de armas, as quais se incluem as “armas do futuro”, como a Internet (CIJ, 1996).

De fato, as preocupações ocasionadas pelo fenômeno da guerra cibernética dizem respeito à organização humanitária. Muitas operações de crimes e espionagem no ciberespaço ocorrem diariamente, não raro sendo patrocinadas pelos Estados. Contudo, a estas não se aplica o DIH, pois não se trata de ações cibernéticas executadas no contexto de um conflito armado. Mas, partir do momento que neste contexto há uma ameaça iminente de que os ataques cibernéticos possam suprimir o funcionamento da estrutura e serviços para a população civil, esta passa a ser um ponto importante dentro do DIH:

Embora alguns Estados tenham reconhecido publicamente que recorreram a meios cibernéticos em apoio às suas operações militares, estima-se que mais de 100 Estados tenham desenvolvido ou estejam desenvolvendo capacidades cibernéticas militares. Felizmente, operações cibernéticas durante conflitos armados não ocorrem em um vácuo jurídico: são regidas pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) (CICV, 2021 n.p.).

Nesse sentido, conclui-se que proteções que objetivam resguardar a comunidade civil frente às hostilidades do conflito armado, são também notadas no ciberespaço. Por exemplo, nos ataques cibernéticos, o princípio fundamental da distinção (previsto no art. 48 do Protocolo adicional I de 1977 à Convenção de Genebra) é imprescindível para evitar atentados indiscriminados, visto que os beligerantes devem distinguir em todos os momentos a população civil e combatentes, bem como diferenciar os objetos civis e objetivos militares, e encaminhar suas operações apenas contra os objetivos militares.

Além disso, é sabido que no que toca à responsabilização do ator comandante da guerra no ciberespaço nota-se que o ambiente digital fornece outro desafio, pois nesse espaço os beligerantes podem falsificar a identificação ou utilizar-se de meios que camuflam ou escondem totalmente a identificação dos ataques, o que dificulta a atribuição de guerra por outros atores internacionais, e isso acaba por refletir também na aplicação do *jus in bello*, pois o DIH somente se aplica às operações que se relacionem com o conflito (CICV, 2019).

Essa noção de guerra em um espaço que há pouco tempo não era tão utilizado representa, ao olhos do Direito Internacional e do Direito Humanitário, um complexo que ainda requer em determinadas questões uma especialização jurídica internacional por meio de um tratado, que pode por intermédio que possa estabelecer medidas que resolvam omissões acerca da aplicação do DIH à guerra cibernética e à configuração do crime de guerra nos termos do art. 8º do Estatuto de Roma, isso porque esse é um campo em crescente constante e que quando não cooperado entre atores internacionais ocasiona sérios riscos à humanidade.

3 O *CYBER PEACEKEEPING* COMO PRINCÍPIO PARA AS NAÇÕES UNIDAS NO CIBERESPAÇO

Para compreender a guerra cibernética é preciso levar em consideração os seus elementos, visto que ela faz parte de um contexto ampliado entre modernização e geopolítica dos conflitos armados. O que se sabe é que a guerra no ciberespaço, assim como os crimes cibernéticos fazem parte da paisagem planetária hodierna. Aqui não cabe explicitar as nações, organizações ou indivíduos que rotineiramente violam as leis domésticas e tratados internacionais através do domínio espacial da internet, mas cumpre salientar que são muitos.

As nações têm, de forma indiferente, atacado outras, não objetivando apenas roubar dados e informações sigilosas, desacreditar pessoas ou interferir em resultados eleitorais, mas também para derrubar os sites de órgãos e ministérios governamentais. O *cyber peacekeeping* é uma estratégia para lidar com as várias formas de conflito cibernético e sobretudo com a guerra, visto que assim como o *peacekeeping* se tornou uma ferramenta imprescindível para o tratamento dos conflitos físicos, a aplicação deste ao ciberespaço pode ser útil na gerência dos conflitos cibernéticos (DORN, 2017).

A manutenção da paz promovida pela ONU representa, conforme Robinson et al (2018), uma atividade que se sobrepõe a um conjunto mais amplo de operações de paz. Estas outras atividades podem ser vistas em operações de prevenção de conflitos, em que há uma intervenção precoce para evitar o uso da força, em operações de *peacemaking*, onde observam-se medidas diplomáticas com o fito de trazer um cessar-fogo, e por fim em operações de construção da paz, onde busca-se lançar bases para a longo prazo alcançar-se a paz sem recaídas.

Deste debate acerca do *peacekeeping* em sentido estrito, pode-se extrair alguns princípios aplicados que também repercutem quando toca-se na manutenção da paz cibernética, são eles o consentimento das partes, que sucintamente representa que as operações de paz são implementadas apenas com a manifestação favorável das partes conflitantes, tornando a intervenção legítima; a imparcialidade, onde enfatiza-se que as operações ocorrem de forma isenta do conflito, sem prestação de favores a nenhuma das partes; e o não uso da força, que veda a utilização da força na operação, ressalvando esta possibilidade em caso de legítima defesa.

Tendo o exposto em vista, pode-se agora compreender que da mesma forma que a *peacekeeping* se tornou um meio imprescindível para lidar com os conflitos no espaço físico, é ela também indispensável para a gerência dos conflitos ocorridos no ciberespaço (DORN, 2017). Lembrando que o uso do ciberespaço para fins de guerra é um fenômeno recente e que nunca se viu de fato uma guerra ocorrida inteiramente neste domínio pode surgir dúvidas sobre até que pontos o *peacekeeping* é precisa nesta conjuntura (ROBINSON et al, 2018). Contudo, de encontro à essa visão entende-se que a própria Carta da ONU (1945) pode responder esta questão:

Artº. 1- Os objetivos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os actos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz.

Ao definir a manutenção da paz e segurança internacional como objetivo já no seu primeiro artigo, a ONU se compromete a não se abster de situações que impliquem na ameaça, violação ou lesão a ambas. Ou seja, sendo o ciberespaço um ambiente potencial para conflitos que transgridem as normas internacionais, deve ser aplicado a mesma resposta que se garante à violação da paz e segurança internacional no espaço físico.

Sob essa ótica, é preciso pensar no *cyber peacekeeping* como uma ação realizada no ciberespaço com o objetivo principal de preservar a paz através de métodos implementados pacificadores, que são indivíduos atuando em prol da manutenção da paz cibernética. Para Dorn (2017), o mundo precisa de investigadores e protetores diante de ataques no ciberespaço e da mesma forma que no ambiente físico, os pacificadores podem ser implantados pelas Nações Unidas no mundo digital para realizar funções análogas.

O futuro é incerto e cada vez mais tecnológico quanto aos novos métodos, meio e armas de guerras desenvolvidos para o uso da força e expansão no ciberespaço, pois “esse lugar se desenvolve a cada momento de forma descontrolada, agravando a vulnerabilidade estrutural e informacional para aqueles se utilizam dele” (OLIVEIRA et al, 2018, p.12). Logo, o que move a comunidade internacional a colocar a guerra cibernética como um ponto importante na agenda da ONU é justamente o fato de que sua ameaça é iminente e silenciosa, devendo-se prevê-la mesmo antes de se concretizar um evento totalmente cibernético, pois diante do caráter atemporal do conflito inter-pessoal e dos já mencionados avanços científicos, ela é inevitável.

Destarte, sobre as funções de um pacificador no contexto do *cyber peacekeeping* ressalta que eles serviriam de monitores das vagas “fronteiras digitais” e poderiam evitar ou alertar acerca de qualquer ataque, atuariam também na investigação de ataques cibernéticos, realizariam acordos no ciberespaço e a supervisão das “camadas seguras” para garantir que os usuários civis não conflitantes sejam excluídos dos atacantes (DORN, 2017). Diante de todas estas atribuições, é interessante perceber que haveria uma equiparação de fato do domínio físico e do domínio virtual para a realização de conflitos, observando sempre as normas e tratados internacionais que regulam o direito à guerra, na guerra e pós-guerra.

Em síntese, uma capacidade digital de manutenção da paz seria capaz de contribuir com a proteção do mundo, pois há uma grandeza diretamente proporcional entre crescimento digital e vulnerabilidade. Porém, para a concretização do *cyber peacekeeping* como fundamental para as nações no ciberespaço é preciso antes superar outros desafios no tocante à regulamentação específica deste tema no Direito Internacional, este que ainda caminha lentamente diante da novidade do tema, que daqui há alguns anos, talvez décadas, não soará tão desconhecido e inofensivo como atualmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho pode-se entender que a funcionalidade da internet enquanto meio ou método de guerra decorre da ausência uma norma especial para regulamentar a guerra no ciberespaço. Por causa disso, cria-se uma notória insegurança jurídica, haja vista que os conflitos digitais ocorrem sem deixar rastros, com por exemplo invasões, espionagem e furto de dados. E quando se trata destes atos associados a um conflito armado, a situação torna-se mais ameaçadora ainda.

Nesse sentido, o Direito Internacional, ao mesmo tempo que não proíbe o uso da internet na como meio de guerra, também não o regulamenta, criando um paradoxo que só faz com que a comunidade internacional fique cada vez mais sob a onda de um ataque cibernético entre dois ou mais países. Situação essa que muitos doutrinadores, e personalidades internacionais temem fervorosamente.

Assim, diante dessa abstenção, neste trabalho restou demonstrado que o crime de guerra cibernética não é expressamente previsto pelo Estatuto de Roma como uma tipificação especial.

Entretanto, a utilização da internet para fins de ataque entre estados gera sim os comandos tipificados no crime de guerra do art. 8º do Estatuto. Portanto, estados que se valem de internet para promover conflitos no ciberespaço contra outros podem sim ser responsabilizados internacionalmente perante o Tribunal Penal Internacional.

Outrossim, o Direito Internacional Humanitário é plenamente aplicável ao ciberespaço, podendo haver o exercício de todos os seus princípios com o objetivo de garantir direitos em meio a conflitos cibernéticos. A analogia aqui trazida é totalmente necessária para garantir a manutenção da paz e segurança internacional, porque ao tempo que há pacificadores nos conflitos físicos e já houve experiências bem-sucedidas, a existência de pacificadores no ciberespaço serve tanto para prevenir quanto para atuar em possíveis situações litigantes.

REFERÊNCIAS

ARQUILLA, John; RONFELDT, David. Cyberwar is coming! Comparative Strategy, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 141-165, abr. 1993. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/01495939308402915>. Disponível em: https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reprints/2007/RAND_RP223.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Direito Internacional Humanitário e Operações Cibernéticas durante conflitos armados: Documento de posição do CICV**. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/direito-internacional-humanitario-e-operacoes-ciberneticas-durante-conflitos-armados>. Acesso em: 06 nov. 2020.

CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Guerra cibernética e Direito Internacional Humanitário**. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/guerra-cibernetica-e-direito-internacional-humanitario>. Acesso em: 20 mai. 2021.

CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **O DIH e outros regimes legais – jus ad bellum e jus in bello**. 2010. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>. Acesso em: 06 nov. 2020.

CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Para servir e Proteger: Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para forças policiais de segurança**. 4ª ed. Genebra: CICV, 2005. 236 p.

CICV. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Protocolo I de 1977 adicional às Convenções de Genebra**. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/tratados-e-direito-consuetudinario/convencoes-de-genebra..>Acesso em: 21 mai. 2021.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DORN, Walter. Cyberpeacekeeping: a new role for the united nations?. *Georgetown Journal Of International Affairs*, [S.L.], v. 18, n. 3, p. 138-146, 2017. Project Muse. <http://dx.doi.org/10.1353/gia.2017.0046>. Disponível em: https://www.walterdorn.net/pdf/Cyberpeacekeeping_GeorgetownJIntAff_Dorn_Fall2017.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

FERNANDES, José Pedro Teixeira. **Geopolítica em Tempo de paz e Guerra**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2019.

JASTRAM, Kate; QUINTIN, Anne. The internet in bello: cyber war law, ethics & policy. In: CYBERWARFARE SEMINAR, 2011, Berkeley. **Proceedings...** Berkeley, 2011. Disponível em: https://www.law.berkeley.edu/files/cyberwarfare_seminar--_summary_032612.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

KNAKE, Robert K.; CLARKE, Richard A. **Guerra Cibernética: A próxima ameaça à segurança e o que fazer a respeito**. Rio de Janeiro: Brasport, 2015. 280 p.

LOBATO, Luisa; KENKEL, Kai Michael. A Ciberguerra É Moderna! Uma Investigação sobre a Relação entre Tecnologia e Modernização na Guerra. *Contexto Internacional*, [S.L.], v. 37, n. 2, p. 629-660, ago. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-85292015000200010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/RQqF3Ztm49nqj4BqK-PJGF5J/?lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1797 p.

MELZER, N. **Cyberwarfare and international law**. Genebra, Suíça: United Nations Institute for Disarmament Research, 2011. Disponível em: <http://www.unidir.org/files/publications/pdfs/cyberwarfare-and-international-law-382.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

NUNES, Luiz Artur Rodrigues. **GUERRA CIBERNÉTICA E O DIREITO INTERNACIONAL: Aplicabilidade do Jus ad Bellum e do Jus in Bello**. 2015. 60 f. TCC (Graduação) - Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/guerra-cibern%C3%A9tica-e-o-direito-internacional-aplicabilidade-do-jus-ad-bellum-e-do-jus-bello>. Acesso em: 05 nov. 2020.

NUNES, Luiz Artur Rodrigues. **GUERRA CIBERNÉTICA: Está a MB preparada para enfrenta-la?**. 2020. 99 f. TCC (Graduação) - Curso de Política e Estratégia Marítimas., Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.redebim.dphdm.mar.mil.br/vinculos/000006/000006d7.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

OLIVEIRA et al. Aspectos Jurídicos da Ciberguerra como Proeminente Modalidade de Conflito Internacional do Século XXI. In: XVI Congresso Acadêmico sobre Defesa Nacional: 2018, Agulhas Negras. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/ensino-e-pesquisa/congressos-e-simposios/congresso-academico-sobre-defesa-nacional/artigos-e-palestras-do-14-congresso-academico-sobre-defesa-nacional..>Acesso em: 20 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos>. Acesso em: 26 mai. 2021.

ROBINSON, Michael et al. An introduction to cyber peacekeeping. *Journal Of Network And Computer Applications*, [S.L.], v. 114, p. 70-87, jul. 2018. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jnca.2018.04.010>. Disponível em: https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85046171364&origin=inward&txGid=9cac0c4ea4c14205af93876d7851c014&featureToggles=FEATURE_NEW_MAIN_SECTION:1,FEATURE_NEW_SOURCE_INFO:1,FEATURE_NEW_REAXYS_SECTION:1,FEATURE_NEW_SCIIVAL_TOPICS:1,FEATURE_VIEWS_COUNT:1. Acesso em: 20 out. 2020.

ROBINSON, Michael et al. Developing cyber peacekeeping: observation, monitoring and reporting. *Government Information Quarterly*, [S.L.], v. 36, n. 2, p. 276-293, abr. 2019. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2018.12.001>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0740624X18302831>. Acesso em: 20 out. 2020.

SALDAN, Eliane. Os Desafios Jurídicos da Guerra no Ciberespaço. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp., Brasília, 2012. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1223/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Eliane%20Saldan.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

SCHMITT, Michael N.. Wired warfare: computer network attack and jus in bello. *Revue Internationale de La Croix-Rouge/International Review Of The Red Cross*, [S.L.], v. 84, n. 846, p. 365, jun. 2002. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s1560775500097741>.

SILVA, Rodrigo Cardoso; SILVA, Eliza Odila Conceição. O dilema do Jus ad Bellum e Jus in Bellum na Guerra Cibernética: como aplicar o direito da guerra na era digital? In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Direitos Humanos e Vulnerabilidade e o Direito Humanitário**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2019.

SINGER, André et al. **Estado e democracia**: uma introdução ao estudo da política. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

VON CLAUSEWITZ, Carl. **On War**. Princeton: Princeton University Press, 1984.

SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA: DESTINATÁRIOS LEGAIS, SUJEITOS PASSIVOS E O DEVER-SER EM DUAS CAMADAS

Pedro Felipe de Oliveira Rocha

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP),
São Paulo.

pedrofelipe.roc@gmail.com

Fabiana Del Padre Tomé

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP),
São Paulo.

fabianadelpadretome@gmail.com

Resumo: Mediante rigorosa amarração semântica, o objetivo deste trabalho é selecionar características definitórias dos conceitos de destinatário legal, sujeito passivo e suas subespécies para operar divisão lógica da sujeição passiva tributária, verificando a possibilidade de construir um sistema classificatório extenso cujo ponto de partida seja a segregação entre os planos da indeterminação (normais gerais) e da determinação (normas individuais). Para tanto foi empregado como método o Constructivismo Lógico-Semântico, de base filosófica hermenêutico-analítica. Concluiu-se ser possível elaborar o citado sistema classificatório, utilizando sucessivamente como critérios de divisão, conforme a racionalidade do ordenamento jurídico: (i) o tipo de norma jurídica (geral ou individual); (ii) a presença presumida (no plano da indeterminação) ou efetiva (no plano da determinação) de capacidade contributiva; e (iii) a relação do sujeito passivo com a materialidade tributada. Por meio de tais critérios foram organizados e semanticamente amarrados os conceitos de destinatário legal (ordinário e extraordinário) e sujeito passivo (contribuinte, não-contribuinte, responsável e substituto). Metodologia singular, recorte inovador do universo do discurso, critérios jurídicos sólidos e a utilização de ferramental lógico-filosófico garantiram ao experimento potencial científico ímpar, firmando sua originalidade e rompendo com os paradigmas tradicionais (e desgastados) de análise do tema.

Palavras-chave: Classificação. Sujeição passiva tributária. Contribuinte. Responsável tributário. Substituto tributário.

Passive tax subjection: legal tax recipient, passive tax subject, and the “ought to be” divided into two layers

Abstract: Through rigorous semantic binding, the objective of this paper is to select defining characteristics of the concepts of legal tax recipient, passive tax subject and their subspecies to operate a logical division of passive tax subjection, verifying the possibility of building an extensive classification system whose starting point is the segregation between two strata: layer of indetermination (general norms) and layer of determination (individual norms). For this purpose, Logical-Semantic Constructivism was used as scientific method. It was concluded that it was possible to create the mentioned classification system, applying successively as division criteria, according to the rationality of the legal system: (i) the type of legal norm (general or individual); (ii) the presumed (in terms of indetermination) or actual (in terms of determination) presence of contributive capacity; and (iii) the tax subject's relationship with the materiality taxed. By means of such criteria, the concepts of legal tax recipient (ordinary and extraordinary) and passive tax

subject (taxpayer, non-taxpayer, responsible and substitute) were organized and semantically tied. Unique methodology, innovative approach, solid division criteria and the use of logical-philosophical tools ensured to the experiment a peculiar scientific potential, confirming its originality and breaking with the traditional (and worn out) paradigms of analysis of the theme.

Keywords: Classification. Passive tax subjection. Taxpayer. Tax responsible. Tax substitute.

INTRODUÇÃO

A literatura nacional especializada tem produzido pouco conteúdo inovador acerca da sujeição passiva tributária. O tradicional padrão de divisão entre sujeição *direta* e *indireta*, mesmo bastante desgastado, alvo de severas críticas, continua a ser repetido como dogma. Salvo raras exceções, o tema há muito tem sido tratado com superficialidade e sem rigor científico, perpetuando classificações com vícios lógicos, critérios imprecisos e divisões insuficientes, além do corriqueiro problema da ausência de menção ao destinatário legal tributário e ao plano das normas gerais (em contraposição ao sujeito passivo e ao plano das normas individuais).

Face à ausência de uma classificação cientificamente sólida e amplamente aceita pela comunidade, *o tema permanece atual e aberto ao desenvolvimento de novas teorias, demandando perspectivas inéditas de análise*. Longe de estar esgotada a discussão, inúmeras questões debatidas atualmente nos tribunais dependem de prévia definição acerca das categorias de sujeição passiva. Investigações sobre responsabilidade tributária dos sócios¹, desconsideração da personalidade jurídica² e substituição tributária, por exemplo, institutos vinculados ao critério pessoal da regra-matriz de incidência, dependem, como condição de cientificidade, de um enfoque prévio e preparatório sobre a relação jurídica tributária e os sujeitos que a compõem³. O presente trabalho, portanto, ao desenvolver visão rigorosa e arrojada, oferta suporte a todas as discussões que de algum modo estão vinculadas ao polo passivo da obrigação tributária.

Com o intuito de romper o já citado paradigma negativo da tradição, buscar-se-á, neste trabalho, aprofundar a discussão e apresentar proposta *inovadora* de divisão da sujeição passiva tributária, investindo na construção de extenso sistema classificatório que, partindo da rígida segregação entre os planos das normas gerais e individuais, amalgama duas classificações para bem reproduzir a complexidade da ordem jurídica.

Assim sendo, o recorte preciso, a metodologia proposta e a aplicação de ferramental lógico-filosófico garantem originalidade e relevância a este experimento, um potencial científico único. Por meio desta pesquisa será possível entender a racionalidade do poder de tributar e perceber, com clareza, os critérios definidos para a indicação das pessoas a quem cabe o dever de entregar dinheiro ao Estado, facilitando a percepção dos diferentes regimes jurídicos.

O *objeto* deste estudo, pois, é a *sujeição passiva tributária*, a situação jurídica do sujeito que ocupa o polo passivo da obrigação de pagar tributo; excluindo-se de nosso interesse, desde logo, a sujeição passiva nos deveres instrumentais (obrigações acessórias) e nas normas sancionatórias. Considerando o amplo espectro de assuntos relacionados ao tema, eis o *problema* específico que nos move: identificar nas pessoas juridicamente relevantes para efeitos tributários

¹ Sobre o tema, e.g., há trabalhos neste periódico: MELO, Renan Wanderley dos Santos. Responsabilidade tributária do sócio-gestor ... **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. X, n. 1, p. 33-43, ago. 2013.

² Sobre o tema, e.g., há trabalhos recentes neste periódico: Cf. TOMÉ, Fabiana; FERRAZ, Fabio. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica sobre a ótica do código tributário nacional **Revista Jurídica da FA7**, v. 18, n. 2, p. 29-43, 2021; VASCONCELLOS JR., Jayro. GOMES, Magno. A desconsideração da personalidade jurídica como instrumento ... **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 17, n. 3, p. 29-44, set./dez. 2020.

³ FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil ...** São Paulo: Noeses, 2005. p. 25.

os predicados suficientes a viabilizar individualização precisa de suas espécies e subespécies, segregando regimes jurídicos diferentes para sujeitos em situações jurídicas diversas. O objetivo principal do presente escrito é operar uma divisão⁴ dos sujeitos passivos tributários de acordo com a racionalidade do ordenamento, atendendo rigorosamente às regras que regulam a operação lógico-classificatória, tudo a fim de construir um *sistema* e esclarecer as classes que conformam aquele universo do discurso.

Sem perder de vista toda a importância do que acima se disse, é preciso indicar um segundo *corte metodológico* que orientará o foco de análise sobre o objeto: *no que diz respeito à sujeição passiva, aqui, nos voltamos para as normas tributárias instituidoras de impostos*. É pensando no sujeito passivo da relação tributária disposta na norma de imposto que serão realizadas as reflexões e os comentários adiante⁵.

O método utilizado no desenvolvimento do trabalho foi o *Constructivismo Lógico-Semântico*, de base hermenêutico-analítica e concepção epistemológica ligada à Filosofia da Linguagem. O experimento partiu da amarração semântica de conceitos para, por meio da aplicação de ferramental lógico, verificar a possibilidade de, com base nas normas vigentes, reunir as espécies de sujeitos passivos e destinatários legais, cumprindo os propósitos citados.

Por fim, definidas todas as premissas que orientarão o labor científico, vale esclarecer que a pesquisa será dividida em partes. Primeiramente, serão definidos os conceitos basilares de sujeito passivo e sujeição passiva. Em seguida, serão segregados de forma explícita os planos de análise: (i) da *indeterminação*, reflexo das *normas gerais*; e (ii) da *determinação*, consequência das *normas individuais*.

No primeiro, são encontrados os *destinatários legais tributários passivos*, pessoas *não individualizadas* a quem se destina uma potencial prescrição tributária, constando de *relação jurídico-formal* disposta no consequente de *norma tributária geral*. No segundo, o plano da *determinação*, encontram-se os *sujeitos passivos tributários*, as pessoas *individualizadas* que ocupam efetivamente o polo passivo de *obrigação* disposta no consequente de *norma individual*, cabendo-lhes específico dever jurídico.

A partir do supracitado recorte é que será, então, detalhado o sistema classificatório proposto, constituindo-se as subclasses dos destinatários legais *ordinário* e *extraordinário*, além das subclasses dos sujeitos passivos *contribuinte* e *não-contribuinte (substituto e responsável)*. Todo esse caminho visa a organizar, de acordo com os critérios estabelecidos no ordenamento, a realidade do aspecto pessoal das normas tributárias; amarrando semanticamente os conceitos para garantir ao leitor a obtenção de ferramental relevante.

1 SUJEITO PASSIVO E SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA

O primeiro passo no estudo da *sujeição passiva tributária* e do *sujeito passivo*, anterior inclusive ao trabalho classificatório, consiste em delimitar precisamente a carga semântica de tais enunciados, os quais, de forma genérica e indiscriminada, tem sido erroneamente utilizados

⁴ Bastante assemelhada à operação de classificação é o processo de divisão lógica. Classificação e divisão basicamente representam o mesmo processo lógico vislumbrado em sentidos opostos, submetendo-se às mesmas regras. A primeira vai das espécies em direção ao gênero, a segunda vai do gênero em direção às espécies.

⁵ O citado corte, malgrado oriente nossa atenção às normas dos impostos, não torna as definições e amarrações inservíveis ao estudo da sujeição passiva nas taxas, nas contribuições de melhoria e nas demais contribuições. Todas são úteis e aplicáveis a estas. A classificação proposta, muito menos, é atingida negativamente. Pode ser utilizada como ferramenta de estudo e plenamente aplicada aos sujeitos passivos das relações jurídicas dispostas nas normas retro elencadas. Serve, pois, a classificar a sujeição passiva tributária como um todo no sistema do direito positivo.

em referência a toda e qualquer realidade envolvendo *peças relevantes para efeitos tributários*. As expressões em apreço, seja no direito positivo, seja na ciência que o descreve, longe de designarem vasto e incerto nicho de circunstâncias jurídicas, possuem cada uma significado bastante específico, restritos a determinadas realidades. O uso constante dos conceitos sem elucidação de seu sentido, tratando-os como se autoexplicativos fossem, infelizmente fomentou confusões que contaminaram inúmeras teorias, prejudicando o estudo de institutos como a responsabilidade e a substituição. Uma vez diretamente vinculados, convém trabalhá-los em conjunto para realizar séria amarração semântica e esclarecer, a um só tempo, a realidade do polo passivo da relação jurídica tributária.

Foi Marçal Justen Filho, acredita-se, o primeiro a buscar definir o conceito de sujeição passiva tributária. O autor, atento aos elementos que compõem a obrigação, indicava por sujeição passiva tributária a *situação jurídica* daquele que é titular do polo passivo da relação⁶, frisando um caráter depreciativo de subserviência desvantajosa e sacrificante aos comandos legais. A noção de sujeição passiva como *situação jurídica* é bastante significativa, no que parece ser o melhor ponto de partida para a discussão do tema⁷.

O vocábulo “sujeição” indica o cerne do conceito, definidor do conteúdo a ser qualificado pelos demais termos. Serve primeiramente a indicar o *status ou condição* daquele que é sujeito de direito subjetivo e/ou dever jurídico. É termo que faz referência a uma forma de existir no interior do sistema como consequência da qualidade de ser sujeito, como consequência de ocupar o tópico ativo ou passivo em determinada relação jurídica. Como ensina Lourival Vilanova, “é dentro de estruturas relacionais, dentro de relações juridicamente normadas, que uma entidade é sujeito de direito, atualmente ou potencialmente, como titular ativo ou titular passivo de relações”⁸.

Ademais, “sujeição” indica também que, enquanto partícipe de vínculo jurídico, o sujeito estará *submetido* a um conjunto de normas, um regime jurídico específico. Não há como juridicamente ter o *status* de sujeito sem estar n’uma relação jurídica e, bem assim, estar *sujeitado* a um conjunto de diretrizes no interior do ordenamento. Sujeição, portanto, a nosso sentir, possui um significado complexo que abarca as ideias de (i) *status jurídico*, situação jurídica de quem é sujeito; (ii) *posição na relação jurídica* (ativo ou passivo, de direitos ou deveres); e, bem assim, (iii) a *submissão a um regime jurídico*. As três noções estão interligadas e existem uma em função da outra, complementando-se para compor o conceito de sujeição.

Os termos “passiva” e “tributária”, por sua vez, determinam, demarcam o *status*. O primeiro, predicando a sujeição, diz do exato tópico ocupado pelo sujeito na relação, conseqüentemente conotando ser possuidor de direito subjetivo ou dever jurídico. O segundo, também predicando a sujeição, diz do específico regime jurídico ao qual o sujeito está submetido, além de qualificar a relação jurídica e seu objeto.

Sujeição passiva tributária, pois, é a situação jurídica, no interior do sistema, daquele que ocupa o polo passivo de relação tributária, possuindo dever jurídico e estando submetido ao regime de direito tributário. E por “situação jurídica” quer-se dizer o plexo de poderes e deveres individualizados⁹ e determinados pelo conteúdo do vínculo cujo ocupante do polo passivo (a

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária**. Belém: CEJUP, 1986. p. 219-228.

⁷ Frise-se a necessidade, porém, de deixar de lado a subjetividade que foi vinculada à ideia de situação jurídica. O sentimento de conveniência ou favorabilidade vivenciado em razão da condição assumida no plano do direito positivo pouco importa para a demarcação daquilo que juridicamente a expressão significa. As impressões e sensações da subjetividade pessoal somente interessam quando o direito assim dispuser.

⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 88.

⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 104-105.

pessoa individualizada a quem cabe o cumprimento da prestação) é exatamente o *sujeito passivo tributário*.

Retenha-se, de mais a mais, que o sujeito passivo é aquele que consta *efetivamente* no polo passivo de relação jurídica tributária; e não aquele que possui apenas aptidão para suportar o ônus fiscal em razão de ter praticado a materialidade e demonstrado capacidade contributiva¹⁰. Este último, como veremos a seguir, é tão somente o destinatário legal do tributo. Deve ser evitada tal confusão. *A coincidência entre o realizador do fato jurídico e o sujeito que consta da relação jurídica nem sempre se dá* (e.g. nos casos de responsabilidade e substituição).

Importante perceber que os conceitos de sujeito passivo e sujeição passiva estão *diretamente ligados ao plano da determinação, aquele onde se encontram as normas individuais*, cuja prescrição no conseqüente apresenta enunciados protocolares denotativos relacionais (fatos relacionais), por meio dos quais são individualizados os sujeitos ativo e passivo vinculados em torno de uma prestação.

Não há que se falar em sujeito passivo, muito menos em sua situação jurídica tributária, no plano das normas gerais, onde não há relação jurídica, tampouco determinação das pessoas exatas a quem cabe o dever de cumprir a prestação. Neste patamar de indeterminação, encontrar-se-á apenas enunciados prescritivos conotativos, gerais, que firmam apenas os critérios a partir dos quais é possível determinar o *futuro* sujeito que *eventualmente* poderá vir a ocupar o tópico passivo na relação jurídica tributária.

Sob os conceitos de sujeito passivo e sujeição passiva tributária apresentados, vinculados enquanto parte da realidade jurídica das *normas individuais*, é de se antecipar que toda teoria que trabalhe *displicentemente* os citados conceitos no patamar da generalidade estará eivada de incorreção. Daí porque, no plano da indeterminação, não caberá falar de contribuinte, responsável ou substituto (espécies de sujeito passivo); mas, sim, como será demonstrado posteriormente, caberá falar dos destinatários legais tributários ordinário e extraordinário.

2 SOBRE CLASSIFICAR E O CAMINHO DO EXPERIMENTO

Na Ciência-do-Direito, ao investigar o sistema jurídico-positivo para descrevê-lo, o cientista se apropria de determinadas *características das normas* para ordenar a realidade jurídica e facilitar a redução das suas complexidades. *A cada corte realizado sob premissa diversa, chega-se a uma nova forma de vislumbrar e separar as normas, construindo conseqüentemente uma nova visão do sistema jurídico*¹¹. Infinitos são os possíveis ângulos de visão sobre o mesmo objeto e infinitas são as possibilidades de classificação, cada uma adaptada às finalidades do sujeito cognoscente.

Classificar é operação lógica que implica em abstratamente recortar a realidade segundo de um critério para, então, mediante conceitos, organizá-la em classes. Por meio deste trabalho o homem reduz complexidades, reunindo elementos possuidores de uma mesma propriedade, indivíduos que se adequam ao critério adotado (o conceito definido pelo operador). A linha condutora da classificação é sempre o interesse (científico ou não) daquele que classifica.

Criar uma classe significa definir seu conceito, estabelecer as características definitórias dos elementos que a compõem. O homem categoriza os fenômenos por meio da definição de

¹⁰ FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 29.

¹¹ É o que fez, por exemplo, Paulo de Barros Carvalho ao separar epistemologicamente, a partir de visão semiótica sobre as normas jurídicas, o direito positivo em quatro subsistemas. | Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107-130.

conceitos. Daí porque classificar e definir são operações lógicas interligadas, desenvolvendo-se simultaneamente. Toda definição forma a classe do conceito definido; ao passo que toda classificação finda por definir, com os predicados selecionados para a divisão, o que cada realidade é ou não é. Não há como realizar uma operação sem a outra.

Desse modo, o presente trabalho, ao propor como objetivo a construção de um sistema classificatório, passará pela definição, coordenação e subordinação sucessivas de inúmeros conceitos, cada um conformando uma classe, tudo a fim de compor um sistema. Criar um sistema classificatório nada mais é, frise-se, que definir rigorosamente os conceitos de gêneros e espécies, permitindo reorganizar a realidade jurídica de acordo com os critérios escolhidos pelo cientista no ordenamento pátrio. Assim sendo, nosso trabalho será, por meio da definição precisa dos conceitos de destinatário legal, sujeito passivo, contribuinte, substituto e responsável, além da indicação rígida dos critérios jurídicos adotados pelo ordenamento, constituir um sistema classificatório da sujeição passiva que comporte todas as pessoas juridicamente relevantes para efeitos tributários.

Do mais, saliente-se que o esforço classificatório levará em conta exclusivamente o dado jurídico por excelência, *a norma jurídica*¹². Se o direito positivo é um complexo de normas válidas, toda classificação que se pretenda jurídica deve possuir nos elementos constituintes do sistema o seu início, limite e fim.

Especificamente no caso da sujeição passiva tributária, o legislador complementar prescreveu no Código Tributário Nacional uma classificação. É o que se pode nomear por classificação *no* direito. Enquanto parte do sistema, é norma válida, prescrição que não pode ser descon siderada.

Ao cientista do direito, assim, cabe descrever (para construir) a classificação edificada pela linguagem jurídica¹³ acerca da sujeição passiva tributária. E o faz identificando, construindo e interpretando os conceitos, critérios e diretrizes estabelecidos nas normas que prescrevem a realidade do polo passivo da relação jurídica tributária. O trabalho do cientista deve seguir a direção dos critérios classificatórios e das definições deonticamente firmados.

Por tal razão, nossa classificação foi construída dentro dos direcionamentos constantes das normas que tratam acerca da sujeição passiva tributária, adotando os critérios prescritos pelo legislador, garantindo-lhe plena juridicidade.

Para atingir os supracitados propósitos, seguir-se-á caminho bem estabelecido. Primeiramente, defronte à realidade jurídica, será selecionada uma característica das normas tributárias para orientar um corte inicial no plano do dever-ser. A partir de tal propriedade, será dividida esta porção do sistema em *duas camadas* ou planos: os planos da indeterminação (normas gerais, pessoas não individualizadas) e da determinação (normas individuais, pessoas determinadas). Uma vez operada essa medida preparatória, de modo a atender às necessidades da investigação, dar-se-á prosseguimento à operação lógica classificatória da sujeição passiva em cada uma das camadas citadas, produzindo-se um verdadeiro *sistema classificatório*, composto por duas classificações coordenadas. É seguindo este trilho que se pretende inovar para garantir maior clareza acerca das espécies de sujeito passivo tributário.

¹² CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 306.

¹³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. *In: Justiça tributária: ...*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 125-147. p. 132.

3 O DEVER-SER E OS PLANOS DA INDETERMINAÇÃO E DA DETERMINAÇÃO

Iniciemos o labor classificatório tomando o conjunto das normas jurídicas tributárias cujo antecedente possua descrição de um fato lícito (abstrato ou concreto) e o conseqüente apresente prescrição de um vínculo entre o Estado e um sujeito (individualizado ou não), cabendo a este último a conduta de entregar dinheiro ao primeiro. Pertencem a tal conjunto, e.g., as normas tributárias *stricto sensu*¹⁴ (regras-matrizes de incidência tributária), as normas que documentam sua incidência, as normas de substituição tributária e as normas de responsabilidade tributária¹⁵. Por óbvio, não cabem na definição e, portanto, não pertencem ao universo formado as normas de sanções, as normas de deveres instrumentais, dentre outras.

Delimitado o universo-alvo, operar-se-á um corte inicial preparatório do trabalho classificatório. A propriedade escolhida para operar o corte é a presença, no prescritor da norma jurídica, de sujeito passivo individualizado, ou seja, a pessoa cuja conduta é regulada no conseqüente apresenta-se determinada, precisamente indicada. É principalmente no que diz respeito à pessoa a quem caberá a prestação tributária que importa cogitar de sua individualização ou não no conseqüente das normas em questão.

Vale destacar que a expressão “sujeito individualizado”, malgrado útil, é redundante, porquanto inexistente, em rigor, sujeito que não seja individualizado. É parte do próprio conceito de sujeito a determinação, sendo encontrado apenas nos polos ativo e passivo de relação jurídica já constituída na tese de norma individual. “Por isso ninguém é sujeito de direito sem sê-lo na modalidade de sujeito ativo, ou de sujeito passivo, sem o ser atualmente”¹⁶, como firma Lourival Vilanova.

O indicado critério de divisão não é algo novo, sendo constantemente empregado por cientistas do direito já há bastante tempo. Norberto Bobbio, aprofundando os estudos de Kelsen, já contava que gerais são aquelas normas cuja prescrição se volta para uma classe de pessoas; individuais, as que regulam conduta de determinada pessoa¹⁷. Da mesma forma, Paulo de Barros Carvalho afirma que se costuma referir a generalidade e individualidade da norma com relação ao quadro de seus destinatários: geral, com alusão genérica aos sujeitos da relação a ser constituída futuramente, e individual, com indicação individualizada das pessoas (sujeito ativo e passivo) atreladas pelo vínculo jurídico¹⁸.

A utilidade do critério para o presente trabalho, especificamente para o fim de organizar o sistema, está em que o ser geral ou individual qualifica o conseqüente da norma tributária, exatamente onde são encontrados aqueles a quem é dirigida a prescrição¹⁹, o alvo da nossa futura operação classificatória. A partir do prescritor das normas, pois, segmentamos o plano do dever-ser (sistema do direito), viabilizando analisar e estudar as normas gerais em apartado das normas

¹⁴ Segundo Paulo de Barros Carvalho, norma tributária em sentido estrito é a norma de incidência, aquela que marca o núcleo do tributo, a regra-matriz de incidência tributária. Norma tributária em sentido amplo, por sua vez, são todas as demais (lançamento, recolhimento, deveres instrumentais, etc.). Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 254-256.

¹⁵ Sob nossa visão, a norma de substituição e a norma de responsabilidade são diversas da regra-matriz de incidência tributária, mas também regulam em seu conseqüente uma conduta de entregar certa quantia em dinheiro ao Estado.

¹⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 88.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**. 2 ed. Santa Fé: Têmis, 1992. p. 133.

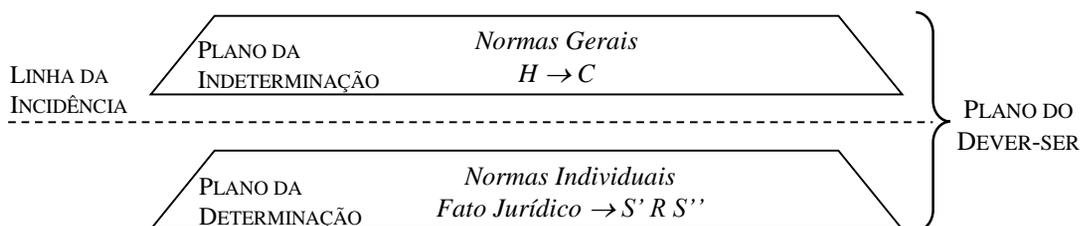
¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59-60.

¹⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014. p. 361.

individuais; as primeiras compoem a camada (ou plano) da indeterminação, a segunda compoem a camada (ou plano) da determinação, como preferimos nomeá-las.

Selecionado o predicado, portanto, opera-se o corte sobre aquele delimitado universo, dividindo tais normas tributárias entre os planos da indeterminação e da determinação. No processo de positivação, em regra se parte da generalidade das normas hierarquicamente superiores em direção à individualização das normas hierarquicamente inferiores. Com vistas a regular efetivamente as condutas interpessoais, o caminho da positivação do direito avança em direção aos comportamentos de pessoas individualizadas²⁰.

Os planos supracitados, pois, podem ser posicionados representando duas camadas sobrepostas, a geral sobre a individual. No patamar de cima, encontraremos as normas tributárias ditas gerais, cujo prescriptor contém critérios para identificação dos possíveis sujeitos do fato relacional, consubstanciando apenas relação jurídico-formal, vínculo incapaz de gerar direitos e deveres²¹ e que não deve ser confundido com a relação jurídica (em sentido estrito). Esta será encontrada no patamar abaixo, o das normas individuais, aquelas cujo prescriptor possui vínculo jurídico stricto sensu entre o Estado e um sujeito passivo devidamente individualizado, fazendo surgir direito subjetivo e dever jurídico. O gráfico abaixo bem representa o que se disse:



Conforme se vislumbra no gráfico acima, a linha que separa o plano das normas gerais do plano das normas individuais é a *aplicação*, que, sob a concepção filosófica adotada neste trabalho, se confunde com a *incidência*. Ao aplicar a norma geral ao caso concreto, operando o processo de positivação, o homem a faz incidir, produzindo a norma individual e passando de um plano ao outro, do superior ao inferior, da indeterminação no conseqüente das normas gerais à determinação dos polos da relação jurídica no prescriptor das normas individuais. Aquelas não servem a regular efetivamente condutas, porquanto não se sabe exatamente *quem é* o alvo da prescrição. Estas, diferentemente, mais próximas da realidade social, ainda que sem tocá-la, indicam exatamente o sujeito de quem se espera a conduta.

4 SISTEMA CLASSIFICATÓRIO DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA

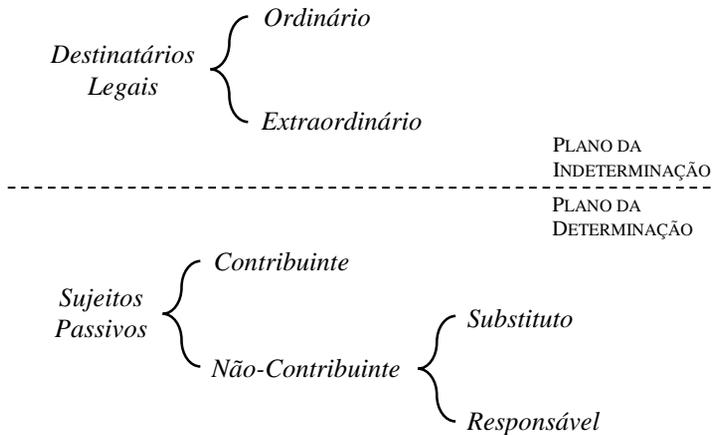
Na seção anterior, cuidou-se de explicar, passo a passo, a divisão das normas tributárias entre os planos da generalidade e da individualização, definindo um corte inicial jurídico a partir do qual se dará a operação lógico-classificatória. Caberá, portanto, agora, analisar o conseqüente das normas constantes dos dois planos em busca de predicados que viabilizem isolar as classes dos destinatários legais tributários e dos sujeitos passivos tributários. A partir destas, os gêneros

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60.

²¹ FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 26.

primeiros da divisão, dar-se-á prosseguimento em busca da definição de suas subclasses: destinatários legal ordinário, destinatário legal extraordinário, contribuinte, não-contribuinte, responsável e substituto.

Para um contato inicial, convém apresentar, desde logo, um resumo gráfico da classificação proposta, ferramenta à qual o leitor poderá retornar sempre que sentir necessidade de entender o caminho deste experimento.



Ademais, nas considerações finais, um outro gráfico resumo será apresentado, focado principalmente na correlação entre destinatários legais, sujeitos passivos e os indivíduos do plano fenomênico. Tal gráfico demonstrará a superposição entre os planos do direito e da realidade social, explicitando, ainda, de forma concisa, todos os passos do trabalho de divisão, bem como os critérios definidos e as classes formadas.

4.1 Destinatários legais tributários

Uma vez exposta no ponto anterior a divisão das normas tributárias entre gerais e individuais, compondo dois planos sobrepostos, convém atentar-se agora à constituição interna de tais regras jurídicas, prestando especial atenção ao conseqüente, mais precisamente às pessoas que estão juridicamente vinculadas em torno da prestação. Em resumo, nos cabe analisar o prescritor das normas, em ambos os planos, a fim de isolar seu aspecto subjetivo passivo: *critério pessoal* nas normas gerais, *elemento pessoal* nas normas individuais.

Na proposição-tese das normas *gerais* tributárias em comento no item anterior, encontraremos enunciados conotativos definidores de uma classe finita de *pessoas indeterminadas* a quem cabe uma conduta abstrata, uma conduta-tipo²² de entregar dinheiro ao Estado.

E acima nos referimos a “pessoas”, neste plano, exatamente porque a figura jurídica do *sujeito* não cabe atrelada à ideia de não individualização, impedindo-se o uso deste último termo. Se não está n’um dos polos de relação jurídica, não é sujeito; mas se virá a ser sujeito, no mínimo é pessoa, ainda que não individualizada. Lourival Vilanova nos fala que ser juridicamente pessoa é estar qualificado para vir a ser sujeito²³, então todo aquele que vier a ser sujeito n’uma relação

²² SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

²³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 95.

jurídica é no mínimo pessoa. Daí porque no consequente das normas gerais cabe fazer referência a *personas indeterminadas* (e não sujeitos indeterminados) constituindo a classe que servirá de base para futura enunciação dos *sujeitos* que virão a compor a tese da norma individual.

Há, pois, no consequente de normas gerais, apenas as notas para determinação e enunciação da futura relação jurídica. Conformam-se, neste plano de generalidade, tão só um vínculo jurídico-formal²⁴ entre pessoas indeterminadas, insuficiente para promover direitos e deveres na regulação efetiva de condutas, apenas definindo a base para construção da relação jurídica em sentido técnico dogmático do plano inferior.

Chegamos, pois, a um ponto crucial da discussão. Já é possível discernir no plano superior das normas gerais a referência constante e contínua a um conjunto de pessoas indeterminadas, os *destinatários legais*. E o vocábulo “destinatário”, aqui, cabe com perfeição, como se entenderá a seguir.

Destinatário legal tributário é toda pessoa não individualizada que consta da relação jurídico-formal disposta no consequente de norma tributária²⁵ geral. É possível distinguir entre destinatários legais *ativo* e *passivo*, sendo este último aquele a quem é dirigida a prescrição típica de entregar dinheiro ao Estado no polo passivo da citada relação jurídico-formal. As referências aos destinatários, neste trabalho, no entanto, estarão sempre voltadas ao polo passivo, razão pela qual tratar-se-á destinatário legal tributário como sinônimo de *destinatário legal tributário passivo*.

Utilizamos a expressão acima em clara referência ao trabalho de Hector Villegas, mas a vinculamos a um conceito mais amplo e que engloba o do jurista argentino.

Segundo Villegas²⁶, o destinatário legal tributário é a pessoa em respeito da qual é descrita objetivamente a circunstância hipotética e condicionante do antecedente da norma tributária em sentido estrito. É, pois, o indivíduo possuidor de capacidade contributiva, aquele que deve vir a receber, por via legal, o detrimento pecuniário. Aquele a quem está destinada a carga econômica do tributo cujo fato impositivo teve em conta sua capacidade contributiva; o personagem que está enquadrado no fato jurídico. Por outras palavras, o personagem que executa o ato ou que é encontrado na situação fática que a lei selecionou como suposto da prescrição de um tributo.

Esclarece o autor argentino que se utilizou do termo “destinatário” porque é a tal pessoa que está *destinada* a carga tributária, pois foi a sua capacidade contributiva que restou considerada no momento de escolha e definição da materialidade pelo legislador. E diz-se “legal” o destinatário em razão do fato de que a carga impositiva vai contra seu patrimônio por via legal, por lei, e não pela via indireta da repercussão econômica²⁷.

Atente-se, no entanto, a partir do cotejo entre a definição que ofertamos linhas atrás e esta definição utilizada por Villegas, que o nosso conceito de destinatário legal tributário é mais amplo; porquanto abarca não só o destinatário legal da norma tributária *stricto sensu* (a regra-matriz

²⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61. | No mesmo sentido: Cf. FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 26.

²⁵ Não se esqueça que, conforme determinado anteriormente, na referência a “normas tributárias” quer-se indicar aquelas cuja hipótese possua descrição de um fato lícito e a tese apresente prescrição da conduta de entregar dinheiro ao Estado. Se encontram, pois, em tal classe não apenas a norma tributária em sentido estrito, mas também as normas de substituição e responsabilidade.

²⁶ VILLEGAS, Hector. Destinatário legal tributário: contribuinte e sujeitos passivos na obrigação tributária. **Revista de Direito Público**, v. 7, n. 30, p. 271-294, jul./ago. 1974. p. 275.

²⁷ VILLEGAS, Hector. **Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 7 ed. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 248-249.

do tributo), mas também o destinatário legal das normas gerais de substituição e responsabilidade. Estes últimos, como será descrito posteriormente, são parte de uma subclasse chamada “destinatário legal tributário *extraordinário*”. O destinatário legal de Villegas, por sua vez, compõe exatamente a subclasse que denominaremos de “destinatário legal tributário *ordinário*”. A diferença específica entre estas duas classes é a possibilidade de presunção de capacidade contributiva ao destinatário ordinário, vinculado que está à descrição hipotética da materialidade.

Este esclarecimento prévio é importantíssimo para evitar confusões, pois, *sob nosso conceito mais amplo*, nem todo destinatário legal tributário é a pessoa em respeito da qual é descrita objetivamente a circunstância hipotética e condicionante do antecedente *da norma tributária em sentido estrito*. Apenas o destinatário legal *ordinário* se encaixa em tal descrição. Este se confunde, sim, com o realizador da materialidade descrita na hipótese. É, sim, a pessoa em respeito da qual é descrita objetivamente a circunstância hipotética e condicionante do antecedente. Sua capacidade contributiva foi, sim, considerada pelo legislador constitucional quando da escolha da materialidade jurídica do tributo. *Mas, apesar disso, é a sua circunscrição típica no consequente da norma geral que parece ser a marca principal do gênero destinatário legal tributário*. Daí porque escolhemos este predicado para definir e delimitar tal classe.

Consciente do acima exposto, Marçal Justen filho frisa que “a construção da materialidade da hipótese de incidência condiciona a escolha de sujeito passivo, impondo uma identidade de conteúdo entre o titular do aspecto pessoal da hipótese e o titular da determinação subjetiva do mandamento”²⁸. Por outras palavras, o titular da materialidade na hipótese de incidência, detentor de presunção de capacidade contributiva, condiciona a indicação típica e indeterminada da pessoa que consta no consequente da norma geral. A opção feita pelo legislador constituinte ao definir a materialidade da hipótese de um tributo implica também uma opção acerca do destinatário no consequente do mesmo tributo.

O destinatário legal tributário a que se refere Villegas, portanto, se encaixa precisamente na definição que apresentamos anteriormente, apesar de não ser o único, já que na mesma classe também se encaixam os demais destinatários (da substituição e da responsabilidade). O autor argentino concebeu o conceito tendo em mente apenas as normas tributárias em sentido estrito, aquelas que definem o núcleo de um tributo, esse era seu universo do discurso. Por tal razão permaneceu tão atrelado à relação do destinatário com a situação descrita na hipótese. De nossa parte, concebemos o conceito de destinatário legal tendo em mente um conjunto mais amplo de normas. Preferimos, pois, uma abordagem diferente para definir o conceito, voltada para o consequente da norma geral e o conjunto das pessoas indeterminadas.

Desse modo, a nosso sentir, a pessoa indeterminada a quem cabe a conduta tributária típica no consequente de norma geral é *destinatário* porque a ele se destina a prescrição tributária. E tal avanço em direção à regulação da conduta do destinatário é firmada por meio de lei, veículo introdutor infraconstitucional; ainda que a partir da Constituição Federal seja possível vislumbrar uma classe de sujeitos passivos possíveis (que chamamos de destinatários constitucionais tributários). Esta última classe, no entanto, pelas razões que já discutimos em ponto anterior, *não necessariamente* se confunde com a classe do destinatário legal tributário, ainda que muitas vezes possam vir a possuir a mesma denotação, como no caso em que a Constituição cerca de forma precisa a materialidade do tributo sem deixar margem de dúvida acerca da pessoa que deve constar no consequente da regra-matriz de incidência tributária. A opção feita pelo legislador constituinte ao definir a materialidade de um tributo implica uma opção acerca do

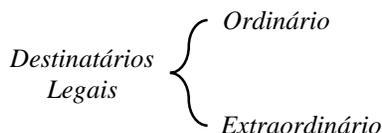
²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária**. Belém: CEJUP, 1986. p. 262.

destinatário constitucional tributário²⁹; mas deixa, em inúmeros casos, lacunas, cabendo ao legislador infraconstitucional afunilar a classe do destinatário constitucional.

O destinatário legal tributário (passivo), pois, é a pessoa indeterminada disposta no conseqüente de norma tributária³⁰ geral a quem se destina a prescrição típica de entregar dinheiro ao Estado; mas que não se sabe ainda se e quando sofrerá determinação para passar ao plano das normas individuais e constituir-se em sujeito passivo no interior de uma relação jurídica.

4.1.1 Ordinário e extraordinário

Considerando-se que a classe dos destinatários legais tributários é parte do plano da indeterminação, o predicado ideal para orientar a divisão do conjunto é a *presunção de capacidade contributiva*. Se possui presunção de capacidade contributiva, estamos diante de destinatário legal tributário *ordinário ou usual*. Se não possui presunção de capacidade contributiva, destinatário legal tributário *extraordinário*. Gráficamente, a divisão pode ser representada da seguinte forma:



O *fundamentum divisionis*, saliente-se, não foi escolhido a esmo. Em razão da capacidade contributiva cabe ao legislador firmar, sempre, no antecedente da regra-matriz de incidência tributária, um fato-signo presuntivo da riqueza de alguém³¹. E, conforme lição de Hector Villegas, o destinatário legal tributário *ordinário* é exatamente esse alguém, a pessoa cuja capacidade contributiva foi tomada em conta no momento da definição, pelo legislador, da hipótese de incidência do tributo³². Por esse motivo é que a presunção de capacidade contributiva serve tão bem a diferenciar os destinatários legais ordinário e extraordinário.

Captando perfeitamente a ideia posta sob o critério que firmamos, Marcelo Caron Baptista assevera:

Há, no nosso sentir, razão de ordem jurídico-positiva para não confundir o chamado “destinatário [legal] tributário [ordinário]” com o “destinatário [legal extraordinário] da substituição”. Isso porque, quando a Constituição Federal – ou excepcionalmente a lei infraconstitucional – esboça a materialidade de um tributo ela acaba por apontar a pessoa ou as pessoas que mais diretamente estão vinculadas ao fato jurídico tribu-

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária**. Belém: CEJUP, 1986. p. 263.

³⁰ Repita-se: na referência a “normas tributárias” quer-se indicar aquelas cuja hipótese possua descrição de um fato lícito e a tese apresente prescrição da conduta de entregar dinheiro ao Estado. Se encontram, pois, em tal classe não apenas a norma tributária em sentido estrito, mas também as normas de substituição e responsabilidade.

³¹ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 528.

³² Recorde-se que quando Hector Villegas criou a expressão “destinatário legal tributário” quis indicar o que denominamos de destinatário legal tributário **ordinário**. O autor argentino, diferentemente do que propomos, não considerou os indivíduos indeterminados do conseqüente das normas gerais de substituição e responsabilidade, mas apenas os do conseqüente das normas tributárias em sentido estrito. | Cf. VILLEGAS, Hector. Destinatário legal tributário: contribuinte e sujeitos passivos na obrigação tributária. **Revista de Direito Público**, v. 7, n. 30, p. 271-294, jul./ago. 1974. p. 275.

tário e que são titulares da riqueza presumida pelo comportamento típico. São pessoas que claramente se destacam do destinatário [legal extraordinário] da substituição, por conta do predicado relativo à capacidade contributiva.³³

Cada uma das materialidades foi cuidadosamente escolhida entre fatos economicamente apreciáveis indicadores de riqueza, de modo que a pessoa em respeito da qual é descrita objetivamente a circunstância hipotética da norma tributária é *presumidamente* detentor de capacidade contributiva. E exatamente em razão de possuir presunção de capacidade contributiva, inclusive, é que tal pessoa não determinada consta do consequente da norma geral tributária.

A materialidade descrita abstratamente na hipótese permite presumir riqueza. O detentor não individualizado de tal riqueza, a respeito de quem a materialidade foi escolhida, sempre constará do consequente da norma geral ocupando a posição daquele a quem se destina a prescrição típica de entregar dinheiro ao Estado.

Usualmente, quem presumidamente possui riqueza (a pessoa considerada na descrição da materialidade) é que deve constar no ângulo passivo do prescritor da norma tributária geral. Daí porque optamos por chamar tal pessoa de destinatário legal ordinário. É o caso, por exemplo, do que se vê nas regras-matrizes de incidência tributária, cujo critério pessoal indica, sempre, pessoa não individualizada ligada ao fato-signo presuntivo de riqueza.

Sempre que, no entanto, em norma tributária geral, for vislumbrada pessoa que não possui presunção de riqueza (por não estar relacionado diretamente com a materialidade na hipótese), enfrenta-se situação fora do habitual, flexibilizando a capacidade contributiva. Por tal motivo optou-se por chamá-lo destinatário legal extraordinário. Exemplo claro de tal situação são as normas gerais e abstratas de responsabilidade e substituição. Em ambas vamos vislumbrar, no consequente, uma prescrição típica de entregar dinheiro ao Estado direcionada a pessoa não individualizada cuja capacidade contributiva não foi considerada no momento da definição da materialidade da hipótese, inexistindo presunção de riqueza. Acerca do substituto, e.g., genericamente considerado, não é possível presumir capacidade contributiva, porquanto não é o ordinário realizador da materialidade vinculada ao tributo devido. É, pois, na classe dos destinatários legais tributários *extraordinários* que encontrar-se-á aquele a que Marçal Justen Filho chamou de destinatário da substituição³⁴, assim como também o destinatário da responsabilidade.

Por fim, então, retenha-se: destinatário legal extraordinário e destinatário legal ordinário, respectivamente, podem sempre ser encontrados no *critério pessoal* do *consequente* da regra-matriz da substituição (ou da responsabilidade) e da regra-matriz de incidência tributária.

4.2 Sujeitos passivos tributários

Voltemos nossa atenção agora à análise da constituição interna das regras *individuais*, buscando isolar o elemento pessoal passivo no seu consequente.

Na proposição-tese das normas *individuais* tributárias delimitadas em momento anterior, encontraremos enunciados protocolares denotativos definidores de uma relação jurídica em cujo polo passivo estará um *sujeito individualizado* a quem cabe a conduta de entregar uma quantia de dinheiro ao Estado.

Encontra-se, então, no prescritor das normas tributárias individuais, um fato relacional constituidor do que, na técnica da dogmática jurídica, rigorosamente se denomina de relação

³³ BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 151.

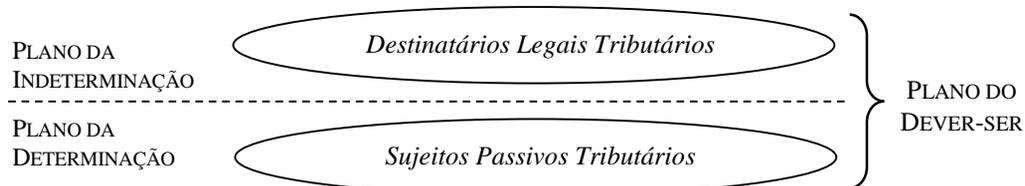
³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária**. Belém: CEJUP, 1986. p. 278.

jurídica (*stricto sensu*), um vínculo abstrato entre dois sujeitos de direito, ativo e passivo, atrelados em torno de uma prestação, àquele cabendo direito subjetivo, a este cabendo dever jurídico.

Sujeito passivo tributário, portanto, relembrando definição que já estabelecemos anteriormente, é a pessoa determinada que ocupa o tópico passivo da obrigação tributária disposta no conseqüente de norma individual, cabendo-lhe o dever jurídico de entregar certa quantia de dinheiro ao Estado. Só há que se falar em sujeito passivo, por conseguinte, no plano da determinação. A relação jurídica é o único meio de que o direito dispõe para efetivamente ordenar a vida social sem tocar a realidade, estabelecendo direitos e deveres a sujeitos determinados³⁵.

Como bem firma Lourival Vilanova, essa concreção e individualização da relação jurídica ocorre, porém, obedecendo aos quadros esquemáticos das normas gerais, fazendo surgir normas individuais que, em relação ao genérico da norma que serve de base para sua construção, acresce o individual³⁶. Os enunciados denotativos do prescritor das normas individuais, relate-se, em verdade formam classes de um único elemento, as quais se subsomem (inclusão lógica) na classe do prescritor da norma geral, formada a partir daqueles enunciados conotativos. Por tal razão se diz que a norma do plano inferior (determinação) acresce a diferença específica do individual à conotação das classes da norma do plano superior (indeterminação).

Se isolarmos, agora, as classes dos destinatários legais tributários (passivos) e dos sujeitos passivos tributários, cada uma em sua devida camada, podemos representá-las graficamente da seguinte forma:



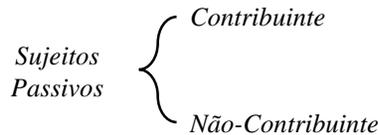
Em rigor, na classificação da sujeição passiva, sendo esta a situação jurídica dos sujeitos passivos no plano da determinação, não se poderia trabalhar com os destinatários legais tributários, parte que são do plano da indeterminação. *Dada a importância destes últimos, no entanto, tomamos a liberdade de classificá-los em paralelo à classificação dos sujeitos passivos, cada um n'uma camada específica do jurídico, permitindo melhor aclarar a visão sobre todas as pessoas mencionadas no conseqüente de normas tributárias, sejam elas individualizadas ou não.* Acreditamos fortemente que este é um diferencial do sistema classificatório que aqui propomos.

4.2.1 Contribuinte e não-contribuinte

Considerando-se que a classe dos sujeitos passivos tributários é parte do plano da determinação, o predicado ideal para orientar a divisão do conjunto, mantendo-se o paralelismo de partida com a divisão dos destinatários legais, é a *presença efetiva de capacidade contributiva*. Se o sujeito é detentor de capacidade contributiva, estamos diante de *contribuinte*. Se não possui capacidade contributiva, *sujeito passivo não-contribuinte*. Graficamente, a divisão pode ser representada da seguinte forma:

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 306-307.

³⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 104.



O critério escolhido possui, desde o início, importância ímpar. Além de atender à classificação prescrita no Código Tributário Nacional, como será demonstrado, garante um paralelismo, uma relação de coordenação com a classificação dos destinatários legais tributários anteriormente comentada. É na presença de duas classificações que se relacionam entre si que surge o *sistema classificatório*.

Conforme estabelece o Art. 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional³⁷, o sujeito passivo tributário é da classe *contribuinte* quando possui relação pessoal e direta com a materialidade descrita no fato jurídico. Se não possui relação pessoal e direta, por óbvio, é da classe complementar, o conjunto dos que se adequam ao gênero, mas não possuem a diferença específica, cujos elementos são os sujeitos passivos *não-contribuintes*.

É de se perceber claramente que o predicado selecionado pelo legislador para definição do contribuinte na divisão dos sujeitos passivos foi a dita *relação pessoal e direta com o fato jurídico*. A priori, pode parecer que nos distanciamos, com o que se disse linhas atrás, do critério prescrito na legislação. Em verdade, porém, isso não ocorre. Relação pessoal e direta com o fato nada mais é que a relação que se dá entre a materialidade e seu realizador. Por outros termos, praticar a conduta descrita no fato é possuir relação pessoal e direta com o fato. Por conseguinte, sendo o fato um signo de riqueza, possuir relação pessoal e direta com o fato jurídico significa *praticá-lo* e, bem assim, possuir *efetivamente* capacidade contributiva.

Seguindo a linha do que acima se disse, atentando-se às disposições constitucionais e ao princípio da capacidade contributiva, Geraldo Ataliba assevera que a citada relação pessoal e direta diz respeito exatamente à realização do fato jurídico:

[...] será sujeito passivo, no sistema tributário brasileiro, a pessoa que provoca, desencadeia ou produz materialidade da hipótese de incidência de um tributo (como inferida da constituição) ou ‘quem tenha relação pessoal e direta’ – como diz o artigo 121, parágrafo único, I do CTN – com essa materialidade.³⁸

Daí se percebe que quando firmamos como critério *a presença efetiva de capacidade contributiva* estávamos cientes de sua coincidência significativa com as ideias de *efetiva realização da materialidade pelo sujeito passivo* e de *relação pessoal e direta do sujeito com o fato jurídico*. Dino Jarach, em estudo acerca do fato jurídico tributário, muito bem explicita a relação entre tais noções, firmando que “si el principio de la capacidad contributiva es la causa del impuesto, será en primer término obligado al tributo el sujeto que se halla en una relación tal con el hecho imponible, que a él se pueda atribuir en vía principal la capacidad contributiva”³⁹.

Tão imbricadas estão as supracitadas ideias que poder-se-ia, inclusive, utilizar como critério para definir o contribuinte a sua condição de realizador efetivo do fato jurídico. Ambos os predicados são parte intrínseca de uma mesma realidade objetiva. Nesse sentido, aliás, é que Luís Cesar Souza de Queiroz frisa que *a capacidade contributiva significa a própria existência de*

³⁷ Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. | Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: | I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

³⁸ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 87.

³⁹ JARACH, Dino. *El hecho imponible: teoría general del derecho tributario sustantivo*. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 168.

fato que revele riqueza por parte de alguém, decorrendo para esse mesmo alguém a aptidão para ofertar parte da riqueza demonstrada ao Estado⁴⁰. Em outras palavras, se há, para certa pessoa, um fato que, com sua realização, revela riqueza, esse alguém possui efetivamente capacidade contributiva jurídica. Se fosse trocado o critério que escolhemos pelo critério da efetiva realização do fato jurídico, chegaríamos a uma classe com a mesma denotação, uma classe logicamente idêntica àquela que já construímos⁴¹.

E convém dizer que nossa divisão se encaixa nas definições mais sólidas do conceito de contribuinte encontradas na literatura especializada. Maria Rita Ferragut, brilhantemente, afirma que “contribuinte é a pessoa que *realizou o fato jurídico tributário* e que cumulativamente *encontra-se no polo passivo da relação obrigacional*”⁴². Como se percebe, são dois os requisitos: realizar o fato jurídico e constar do polo passivo de relação jurídica tributária (ser sujeito passivo). Tal definição se alinha claramente ao que até aqui se disse, porquanto já sedimentado que contribuinte é espécie de sujeito passivo, assim estando no polo passivo de relação jurídica tributária, e o predicado que o define é a presença efetiva de capacidade contributiva, o que somente se adquire por meio da realização do fato jurídico tributário.

No mesmo sentido, corroborando a ideia acima e adotando os mesmos requisitos para a definição de contribuinte, o atual Modelo de Código Tributário do Centro Interamericano de Administrações Tributárias – CIAT, em seu Art. 25, inciso 1, estabelece que “contribuyente es el obligado tributario designado por la ley del tributo por verificarse respecto de él el hecho generador de la obligación tributaria”⁴³. O CIAT firma que contribuinte é o sujeito passivo em relação ao qual se realizou o fato jurídico, razão esta pela qual fora indicado por lei para ocupar o polo passivo de relação jurídica tributária. Malgrado não possua validade no território brasileiro, a disposição do Modelo serve a demonstrar que o posicionamento aqui adotado está em consonância não apenas com a doutrina nacional, mas com a mais sólida doutrina da América Latina, a qual se reúne de tempos em tempos para confeccionar o citado documento.

É a atribuição *jurídica* do fato tributário *in concreto* à determinado sujeito passivo que lhe confere efetiva capacidade contributiva e o faz contribuinte, obrigando-o ao cumprimento de um dever enquanto parte passiva n’uma relação jurídico-tributária. O contribuinte não é aquele sujeito passivo que não realizou o fato ou que deveria, poderia ou realizará o fato, mas, sim, aquele que *efetivamente* o realizou; estando por efeito de sua capacidade contributiva jurídica obrigado a despender montante proporcional à riqueza objetivamente demonstrada, o que somente se perfectibiliza no polo passivo da relação jurídica tributária. Até que haja demonstração efetiva, concreta de capacidade contributiva, contribuinte não há, mas apenas um contribuinte em potencial, que nada mais é que o destinatário legal tributário ordinário.

Podemos afirmar, por fim, com confiança, que *contribuinte* é o sujeito individualizado constante do polo passivo de relação jurídica tributária e possuidor de efetiva capacidade contributiva por ter realizado o fato jurídico tributário; assim possuindo relação pessoal e direta com a materialidade. Pode ser encontrado no *elemento pessoal do conseqüente* da norma individual e concreta que documenta a incidência da regra-matriz tributária.

⁴⁰ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição passiva tributária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 167.

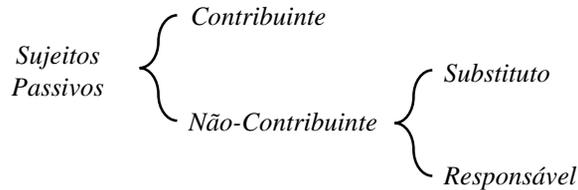
⁴¹ O mesmo aconteceria, ainda, se utilizássemos como critério para definição do destinatário legal a condição de realizador **potencial** da materialidade, como muito bem o fez Hector Villegas.

⁴² FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 30. | No mesmo sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 336.

⁴³ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS - CIAT. **Modelo de código tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia iberoamericana**. Cidade do Panamá: CIAT: BID: GIZ, 2015. Acesso em: 1 set. 2022. p. 53. [link para acesso nas referências]

4.2.2 Sujeito passivo não-contribuinte: substituto e responsável

Tendo-se por premissa a divisão realizada sobre o conjunto dos sujeitos passivos tributários, é possível promover nova divisão. Esta será operada sobre a classe dos não-contribuintes, parte do plano da determinação, tomando como predicado (diferença específica) a vinculação do sujeito ao fato jurídico tributário. Se o sujeito está vinculado ao fato jurídico, estamos diante de substituto. Se não está vinculado, responsável. Graficamente, a divisão pode ser representada da seguinte forma:



Paulo de Barros Carvalho, atento ao Art. 128 do Código Tributário Nacional⁴⁴, afirma que, no que diz respeito à fixação da responsabilidade tributária, há apenas dois rumos: um interno à materialidade descrita no fato jurídico, outro externo⁴⁵.

Tendo-se em mente a opção firmada pelo legislador ao definir o contribuinte, os dois rumos citados por Barros Carvalho são as únicas escolhas ainda disponíveis àquele (legislador) na busca por pessoas que possam ser vertidas em sujeitos passivos tributários. Considerando-se a materialidade como o campo ideal onde se pode colher indivíduos, somente há três rumos: (i) pessoas com relação direta (nos termos do CTN), aqueles que praticam a conduta; (ii) pessoas sem relação direta, mas com relação indireta, por estarem vinculados ao fato sem o terem realizado; e (iii) pessoas sem qualquer relação com a situação concreta tributada. O primeiro, conforme Art. 121, parágrafo único, inciso I, é o *contribuinte*; daí porque sobram apenas dois rumos. Outros caminhos não há, pelo menos não dentro daquilo que sedimentou o legislador do Código Tributário Nacional ao iniciar a classificação predicando o contribuinte.

Desse modo, dentre as pessoas que *não possuem efetivamente capacidade contributiva*⁴⁶ e ainda assim constam do polo passivo de obrigação tributária, cabendo-lhes dever jurídico de entregar dinheiro ao Estado, colhemos: (i) aqueles que estejam em relação com a situação tributada, participando desta *indiretamente, de modo intermediado por um outro sujeito*; ou (ii) aqueles que não possuam qualquer relação com a situação tributada. Os primeiros (substitutos) atendem ao disposto na segunda parte do Art. 128 do CTN, ao passo que os segundos (responsáveis) atendem ao disposto na cláusula excepcionadora do começo do mesmo artigo, operando nos estritos ditames do que dispõem os artigos 129 a 138 do CTN.

Substituto, assim, é o sujeito individualizado, constante do polo passivo de relação jurídica tributária, que não realizou a materialidade, mas possui vínculo com o fato jurídico, cabendo-lhe o dever de entregar dinheiro ao Estado mesmo sem possuir efetiva capacidade contributiva.

Responsável, por sua vez, é o sujeito individualizado, constante do polo passivo de relação jurídica tributária, que não realizou a materialidade e não possui qualquer vínculo com o fato

⁴⁴ Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 336.

⁴⁶ Em razão de não terem praticado a materialidade, ou seja, os sujeitos passivos não-contribuintes.

jurídico, cabendo-lhe o dever de entregar dinheiro ao Estado mesmo sem possuir efetiva capacidade contributiva.

Sendo ambos, substituto e responsável, espécies de sujeito passivo não-contribuinte, por óbvio comungam toda a predicação do gênero. A diferença específica do substituto que o segrega do responsável é unicamente *o vínculo que o primeiro possui com a situação tributada*. E diz-se *indireto* o citado vínculo em oposição à relação dita *direta*, nos termos do Art. 121 do CTN, que marca o contribuinte como sujeito passivo. Indicar como “direta” a relação foi a forma que o legislador encontrou de circunscrever a interação que o *contribuinte* possui com a materialidade ao efetivamente realizá-la. A partir daí, na ausência de nomenclatura legal que designe a interação do *substituto* com a situação tributada, a literatura especializada passou a indicá-la por “indireta”. Esta, no entanto, não foi uma boa escolha.

Ao predicar a relação do substituto com a materialidade tributada (dita *indireta*) em oposição à relação do contribuinte com a materialidade (dita *direta*), cria-se confusão que pode levar o leitor menos atento ao equívoco de pensar que ambos (substituto e contribuinte) são elementos de classes do mesmo nível, já que um critério existe em clara negação ao outro. Ademais, a citada oposição das nomenclaturas pode também influenciar conclusão equivocada no sentido de que contribuinte e substituto compartilham características de um mesmo gênero, diferenciando-se enquanto espécies apenas em razão de suposta diferença específica. São muitas as possibilidades de problemas.

De nossa parte, preferimos predicar a relação do substituto com a situação tributada como *mediata*; não enquanto sinônimo de “indireta”, e sim para significar que o vínculo do substituto, seja com a materialidade, seja com o Estado, *nunca se dá de forma imediata*, mas sempre *intermediada* pelo substituído, o verdadeiro contribuinte. Pensemos, por exemplo, no caso do industrial (substituto) que compra do pequeno produtor rural (substituído). A situação tributada é a circulação promovida pelo produtor rural. O industrial não deu causa à circulação, não é sua capacidade contributiva que é demonstrada com tal fato; mas está vinculado ao fato-signo presuntivo de riqueza (circulação) *mediatamente*, em razão da intermediação do produtor rural. Do mesmo modo, é em razão da intermediação do produtor rural (substituído) que o industrial estará relacionado ao Estado. É de se ver que o adjetivo *mediata* bem melhor representa a relação do substituto com a situação tributada.

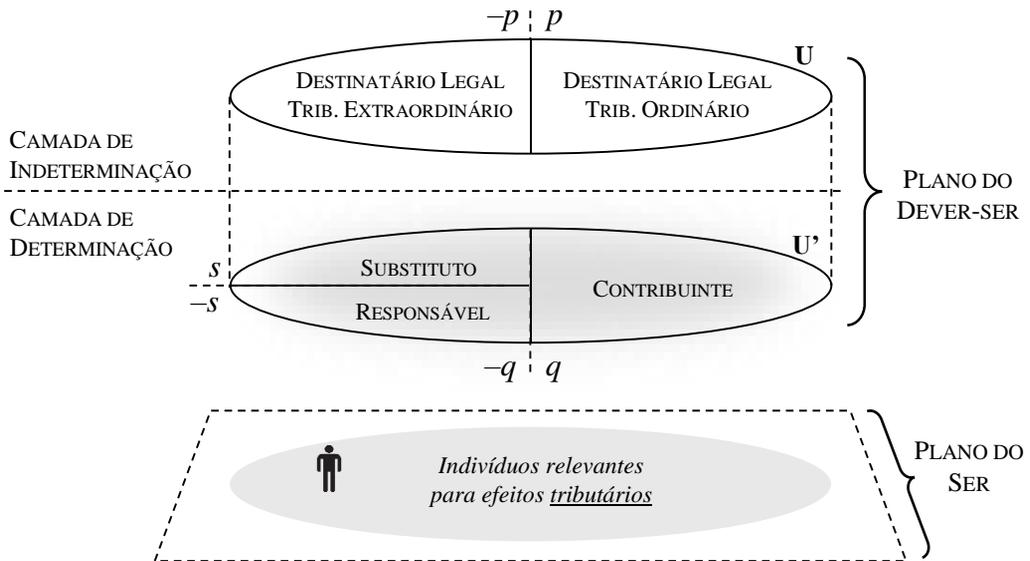
No sistema do direito positivo brasileiro, o substituto é marcado, em primeiro lugar, por não ter realizado o fato e, bem assim, não possuir capacidade contributiva; timbres também possuídos pelo responsável. Em segundo lugar, e mais importante, *o substituto é marcado pela relação mediata que possui com a materialidade tributada*. Esta última a característica distintiva que modela profundamente esta espécie de sujeição passiva tributária.

Respectivamente, substituto e responsável podem ser encontrados no *elemento pessoal* do *consequente* da norma individual e concreta que documenta a incidência das normas gerais e abstratas de substituição e responsabilidade tributárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões do trabalho podem ser resumidas, esquematicamente, no gráfico abaixo. Tal representação imagética esclarece, ao mesmo tempo, a separação do sistema do direito (dever-ser) em dois planos e o cotejo entre os gêneros “destinatários legais” (círculo superior) e “sujeitos passivos” (círculo inferior). Do mais, permite avaliar a formação das espécies de tais

gêneros, contribuindo para, dentro do planejado, conformar e apresentar um *sistema classificatório da sujeição passiva tributária*.



Por meio do gráfico facilmente se vislumbra como as duas classificações, de modo verticalizado, se justapõem da camada de indeterminação à camada de determinação na formação do sistema classificatório como um todo. Demonstra-se não apenas a projeção de uma divisão na outra, mas também a projeção do sistema, com suas classes gênero e espécies, no plano do ser (realidade social), onde se considera a presença concreta dos indivíduos.

As variáveis p , q e s representam os critérios (*predicados*) escolhidos, conforme a racionalidade do ordenamento jurídico, para operar as divisões dos gêneros. Quando, ao lado delas, estiver aposto o operador lógico negador ($-$), quer-se indicar que a classe foi formada pela aglutinação dos elementos que não possuem a característica definitiva do gênero.

Destinatário legais tributários (gênero primevo U) são as pessoas não individualizadas reunidas em razão de sua descrição constar da relação jurídico-formal disposta no consequente de norma tributária geral. *Sujeitos passivos tributários* (gênero primevo U'), por sua vez, os sujeitos determinados reunidos em razão de ocuparem o polo passivo da obrigação tributária. Estes dois conjuntos consubstanciam os gêneros iniciais das divisões, formando o universo do discurso do sistema classificatório.

Os destinatários legais foram divididos em razão do critério de *presunção de capacidade contributiva* (p), formando as espécies de *destinatário ordinário*, ao qual se presume capacidade contributiva, e *destinatário extraordinário*, a quem não se acolhe a presunção. Os sujeitos passivos foram segmentados em razão da *efetiva demonstração de capacidade contributiva* (q), consequência direta da prática da materialidade, o que imprime a estes relação pessoal e direta com o fato gerador conforme Art. 121, Parágrafo Único, inciso I; demonstrando a paridade e equivalência entre o critério que indicamos e aquele definido legalmente. Restaram constituídas, assim, as espécies de *contribuinte*, o sujeito passivo que demonstrou riqueza pela prática da materialidade (com relação pessoal e direta com o fato), e *não-contribuinte*, o sujeito passivo que, malgrado compareça à obrigação tributária, não demonstrou efetiva capacidade contributiva, ou seja, não praticou a materialidade (sem relação pessoal e direta com o fato).

Tomada como gênero, a classe dos sujeitos passivos não-contribuintes foi segmentada em razão nível de *vinculação do sujeito ao fato jurídico tributário* (s). Se o sujeito possui alguma relação com o fato jurídico, estando a este vinculado indiretamente, estamos diante da subclasse de *substitutos*. Caso contrário, inexistindo qualquer vinculação com a materialidade, eis, por fim, a subclasse dos *responsáveis*.

Cumprindo o objetivo desta pesquisa ao constituir a classificação até aqui apresentada e, simultaneamente, respondendo ao problema proposto, identificou-se que os predicados relevantes na segregação das espécies de destinatários legais e sujeitos passivos tributários são: (i) no primeiro nível de divisão, a presença presumida (plano da indeterminação) ou efetiva (plano da determinação) de capacidade contributiva; (ii) no segundo patamar de divisão, a relação do sujeito passivo com a materialidade tributada. Por meio de tais critérios é que se realizou, por fim, a amarração semântica dos conceitos de *destinatário legal*, *contribuinte*, *responsável* e *substituto*, viabilizando a construção do *sistema classificatório da sujeição passiva tributária* e, bem assim, a segregação precisa de diferentes regimes jurídicos para cada espécie de sujeito.

REFERÊNCIAS

TOMÉ, Fabiana; FERRAZ, Fabio. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica sobre a ótica do código tributário nacional, da medida provisória n. 881/19 e do projeto de lei do novo código comercial. **Revista Jurídica da FA7**, v. 18, n. 2, p. 29-43, 2021.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**. 2 ed. Santa Fé: Têmis, 1992.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS - CIAT. **Modelo de código tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia iberoamericana**. Cidade do Panamá: CIAT: BID: GIZ, 2015. Disponível em: <https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015_Modelo_Codigo_Tributario_CIAT.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

JARACH, Dino. **El hecho imponible: teoria general del derecho tributario sustantivo**. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária**. Belém: CEJUP, 1986.

MELO, Renan Wanderley dos Santos. Responsabilidade tributária do sócio-gestor na sociedade limitada (análise do Art. 135, III, do Código Tributário Nacional). **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. X, n. 1, p. 33-43, ago. 2013.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição passiva tributária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. *In: Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 125-147.

_____. **Lançamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELLOS JR., Jayro. GOMES, Magno. A desconsideração da personalidade jurídica como instrumento de efetividade da tutela jurisdicional: análise das teorias máxima e mínima em face do processo civil ambiental. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 17, n. 3, p. 29-44, set./dez. 2020.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015.

VILLEGAS, Hector. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 7 ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

_____. Destinatário legal tributário: contribuinte e sujeitos passivos na obrigação tributária. **Revista de Direito Público**, v. 7, n. 30, p. 271-294, jul./ago. 1974.

A TEORIA DO DIREITO QUÂNTICO FRENTE AO PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO DE JÜRGEN HABERMAS

Marcio Renan Hamel

Universidade do Passo Fundo (UPF), Rio Grande do Sul.
marcio@upf.br

Resumo: A presente pesquisa investiga o atual estágio da teoria do direito quântico frente ao pensamento filosófico pós-metafísico de Jürgen Habermas e, nesse sentido, busca averiguar se a referida teoria, que se apresenta como sendo uma perspectiva de direito natural, pode se concretizar enquanto uma teoria metafísica do direito. No intuito de tentar enfrentar este problema, o trabalho apresenta três seções, sendo a primeira uma apresentação da teoria do direito quântico e seu fundamento filosófico, a segunda seção uma abordagem do pensamento pós-metafísico de Jürgen Habermas e, por fim, a terceira seção trata de responder a pergunta acerca da possibilidade de a teoria quântica do direito ser uma teoria metafísica. A conclusão aponta no sentido de que a teoria quântica apresenta elementos de caráter metafísicos, bem como de natureza solipsista, pois ao defender o direito quântico como direito natural, e ainda, ao sustentar que o juiz cria norma para o caso concreto a partir de uma escolha ante uma perspectiva dual, acaba caindo em um retorno ao pensamento metafísico, há tempo vencido pelas teorias da filosofia da linguagem do século XX, entre as quais, a teoria discursiva do direito de Habermas.

Palavras-chave: direito quântico; metafísica; pós-metafísica; positivismo jurídico; teoria discursiva.

The theory of quantum law facing thinking postmetaphysical by Jürgen Habermas

Abstract: This research investigates the current stage of the theory of quantum law in the face of Jürgen Habermas's post-metaphysical philosophical thinking and, in this sense, seeks to ascertain whether the referred theory, which presents itself as a perspective of natural law, can materialize as a metaphysical theory of law. In order to try this problem, the work presents three sections, the first being a presentation of the theory of quantum law and its philosophical foundation, the second section an approach to the post-metaphysical thought of Jürgen Habermas and, finally, the third section deals with to answer the question about the possibility of the quantum theory of law being a metaphysical theory. The conclusion points to the fact that the quantum theory presents elements of a metaphysical character, as well as of a solipsistic nature, because defending the quantum law as a natural right, and also, sustaining that the judge creates a standard for the concrete case from a choice in view of a dual perspective, ends up falling into a return to metaphysical thinking, long since been vanquished by the twentieth century theories of philosophy of language, among which, the discursive theory of law by Habermas.

Key-words: discursive theory; juridical positivism; metaphysics; post-metaphysics; quantum law;

INTRODUÇÃO

A presente de pesquisa aborda a reflexão acerca da viabilidade da tese do direito quântico frente ao pensamento pós-metafísico de Jürgen Habermas. Nesse sentido, entende-se a tese do direito quântico como uma perspectiva puramente racional do direito, enquanto realidade. A tese

do direito quântico a partir da qual a presente investigação irá partir é a obra de Goffredo Telles Júnior, *O direito quântico* (1985).

Concebida enquanto ideia de direito racional a partir da moderna física quântica, a tese do direito quântico busca imprimir uma reformulação tanto no campo epistemológico da ciência jurídica quanto no próprio fazer (aplicar) do direito contemporâneo. Originariamente identificado por Goffredo Telles Júnior como direito natural e, portanto, direito legítimo, pois seria o direito reclamado pelas estruturas quânticas de uma sociedade, também o direito quântico será lido posteriormente por Vianna, como um direito de natureza dual, vindo aí um instrumento de dominação-resistência. Pode-se afirmar, entretanto, que os desenvolvimentos teóricos acerca da tese quântica do direito são poucos após a obra de Goffredo Telles Júnior, mas capazes de sustentar uma reflexão e debate necessários com o pensamento filosófico de Jürgen Habermas, denominado de pensamento pós-metafísico.

A tese quântica do direito apresenta uma sustentação de direito natural a partir das novas descobertas da moderna física quântica, o que abre espaço para a pergunta acerca da possibilidade de ser a teoria quântica do direito uma teoria metafísica, quando estaria, dessa maneira, retornando a um pensamento metafísico, já vencido pela filosofia ao longo do século XX.

Para o filósofo alemão Jürgen Habermas, o método da metafísica é especulativo, ou seja, se vale de um sistema subjetivo, enquanto que o método do positivismo é empírico, isto é, está ancorado na intersubjetividade. Nesse sentido é importante notar que “o positivismo não considera, porém, a certeza do conhecimento como exclusivamente garantida por meio do embasamento empírico; igualmente importante, ao lado da certeza sensível, é a certeza metódica” (1982, p.95). A certeza metódica é o procedimento unitário e obrigatório, enquanto que a certeza empírica é a certeza do fato, ou em outras palavras, a validade do conhecimento. Não restam dúvidas de que a ciência moderna está ancorada sob o paradigma positivista, somando-se ainda os problemas relacionados às paixões e aos interesses submersos na produção do conhecimento.

Habermas elabora um estatuto epistemológico da crítica social, a partir de onde a ciência em sua versão clássica perde o distanciamento crítico em relação ao processo compreensivo, não fazendo a crítica ao próprio procedimento interno, não havendo distanciamento para ver as patologias da própria produção do conhecimento (conceito). Na sua proposta de uma pragmática universal é por meio do discurso que se submete o exame das reivindicações problematizadas de opiniões (e normas) que pretendem ser válidas. O melhor argumento é o motivo admitido por Habermas na busca cooperativa da verdade. A objetividade que advém das experiências consistirá na possibilidade de estas poderem ser compartilhadas intersubjetivamente. A partir dessas considerações interpostas pela teoria do discurso, em tempos denominados pós-metafísicos, busca-se averiguar até que ponto a teoria quântica do direito, em sua defesa de um direito natural, recai nas postulações metafísicas de outrora, não mais vigentes na filosofia do século XX.

Dessa forma, o presente texto está dividido em três seções: a) a primeira seção aborda o fundamento filosófico-científico da tese do direito quântico; b) a segunda seção trata a pragmática universal e o pensamento pós-metafísico de Habermas; e, c) a terceira seção busca responder à pergunta sobre a possibilidade de a tese do direito quântico ser uma tese metafísica. No domínio filosófico, a metodologia não ocorre em separado da própria atividade de pensamento. Por essa razão se diz que a questão do método já significa a questão do próprio pensamento. Por essa razão, a presente pesquisa emprega o raciocínio metódico hermenêutico-fenomenológico, no qual a categoria epistemológica fundamental é a compreensão.

1 O FUNDAMENTO FILOSÓFICO-CIENTÍFICO DA TESE DO DIREITO QUÂNTICO

A teoria quântica do direito, na definição de seu precursor, Gofredo Telles Júnior, “é a tese de que o direito se insere na Harmonia do Universo e, ao mesmo tempo, dela emerge, como requintada elaboração do mais evoluído dos seres” (TELLES JÚNIOR, 1985, p.14). Nesse sentido, Telles Júnior argumenta, ainda, que o direito quântico é o direito natural, advertindo que não é o direito natural doutrinário ou ideal, mas sim o direito que flui das realidades bióticas e genéticas dos agrupamentos humanos.

Conforme Sayeg (2017, p.03), na evolução histórica do pensamento racional, há três grandes momentos na história da humanidade, quais sejam: a) a lógica aristotélica; b) a física newtoniana; e, c) a física quântica e a relatividade de Einstein. Segundo Sayeg “pela primeira, o mundo era visto conjecturalmente pelos padrões a natureza como *physis*. Pela segunda, o mesmo passou a ser visto racionalmente pela relação de causa, massa e velocidade (três leis de Newton). Pela terceira, o mundo passou a ser visto consubstancialmente em relação de equivalência entre matéria e energia”.

Com o pensamento da física quântica e do relativismo de Einstein se abre espaço para um novo racionalismo, considerando que

naturalmente a experiência se impõe como único critério de utilização de uma construção matemática para a física. Mas o princípio fundamentalmente criador está na Matemática. Por conseguinte, em certo sentido, considero verdadeiro e possível que o pensamento puro apreenda a realidade, como os Antigos o reconheciam com veneração (EINSTEIN, 1981, p.150-151).

De acordo com Hawking (2015, p.75-76), a doutrina do determinismo científico sofreu forte resistência por parte de muitas pessoas, que achavam que ela infringia a liberdade divina de intervir no mundo, entretanto continuou pressuposto-padrão da ciência até o início do século XX. Um indício de que isso mudaria surgiu com os cálculos realizados pelos cientistas britânicos Iorde Rayleigh e Sir James Jeans, os quais sugeriram que um corpo ou objeto quente, tal como uma estrela por exemplo, devia irradiar energia a uma taxa infinita. Segundo as leis físicas da época, um corpo quente devia emitir ondas eletromagnéticas (tais como ondas de rádio, luz ou raios X) em todas as frequências. Assim, um corpo quente devia irradiar a mesma quantidade de energia tanto em ondas com frequências entre um e dois trilhões de ondas por segundo como em ondas com frequências entre dois e três trilhões de ondas por segundo. Sendo o número de ondas por segundo é ilimitado, o total de energia irradiada seria infinito.

Para evitar este resultado absurdo, o cientista alemão Max Plank sugeriu, em 1900, que a luz, os raios X e outras ondas não podiam ser emitidos a uma taxa arbitrária, mas apenas em certos pacotes, que ele chamou de quanta. A partir daí,

cada quantum tinha um montante de energia que aumentava quanto maior fosse a frequência das ondas, de modo que, a uma frequência elevadas o bastante, a emissão de um único quantum exigiria mais energia do que havia disponível. Desse modo, a radiação em altas frequências seria reduzida e a taxa em que o corpo perde energia seria finita. A hipótese quântica explicava muito bem a taxa observada de emissão de radiação dos corpos quentes, mas suas implicações para o determinismo só foram percebidas em 1926, quando outro cientista alemão, Werner Heisenberg, formulou seu famoso princípio da incerteza (HAWKING, 2015, p.76).

Pela hipótese quântica de Plank, não podemos usar uma quantidade arbitrariamente pequena de luz, temos de usar pelo menos um quantum. Esse quantum perturbará a partícula e mudará sua velocidade de uma forma que não pode ser prevista, pois quanto mais precisamente tentarmos medir a posição da partícula, menos precisamente poderemos medir sua velocidade, e

vice-versa. Por isso, o princípio da incerteza de Heisenberg é uma propriedade fundamental e inescapável do mundo (HAWKING, 2015, p.77).

Segundo Vianna (2008, p.111-112), a física quântica rompeu com a dicotomia *res cogitans* e *res extensa* de Descartes, afastando a possibilidade da busca de uma verdade objetiva mesmo nas ciências naturais. Nesse sentido, os *quanta* de luz são partículas, mas não possuem massa e se deslocam à velocidade da luz, como uma onda eletromagnética. Aí a natureza dual da luz rompe brutalmente com o princípio da não-contradição, inaugurando uma física paradoxal. Tal dualidade não se aplica somente à luz e tem significado mais amplo, pois as unidades subatômicas se comportam como ondas e também como partículas. Por isso, pode-se afirmar que o elétron também não é onda nem partícula, mas possui os atributos de ambas.

No dizer de Hawking (2016),

a teoria quântica substituiu a racionalidade determinista, consagrada pela Física até então, por uma racionalidade probabilística sintetizada no “princípio da certeza”, de Heisenberg, de que, ao mesmo tempo, não se pode ter certeza da posição e da velocidade da partícula. Quanto mais precisamente se conhece uma, menos precisamente é possível conhecer a outra.

A partir daí, “o direito quântico propõe, assim, uma perspectiva integradora por consubstancialidade, sendo aquela que vem predominando em epistemologia, à medida superando os últimos resquícios metafísicos e teológicos, além das verdades ultrapassadas mercê de uma perspectiva meramente mecanicista do universo” (SAYEG, 2017, p.04). Por um lado, o direito quântico não deixa de ser positivismo jurídico. Considere-se, ainda, que Sayeg trabalha a tese quântica do direito a partir de uma tríplice conjunção: positivismo, realismo e direitos humanos.

Para Vianna, tal como no paradigma da Física Quântica, é a postura do observador e sua opção por várias racionalidades que irão definir o que conhecemos por verdade, de maneira que a verdade natural e divina cede espaço para uma verdade subjetiva, artificial e humana. Por meio do princípio da incerteza de Heisenberg é impossível conhecer simultaneamente a posição e a velocidade de uma partícula. Será, pois, a opção por uma das racionalidades do observador que irá definir os resultados da experiência (VIANNA, 2008, p.117-118).

Em uma perspectiva da Ciência do Direito, “(...) os juristas, ao interpretarem o direito, criarão novos “direitos”. O conhecimento não se limita a descrever a realidade, mas inevitavelmente a altera” (VIANNA, 2008, p.118). Essa é a percepção epistemológica contida na ideia da Física Quântica, agora lida pelas lentes da Ciência Jurídica, uma ciência social aplicada, em comparação à natureza científica da física e também da física quântica, sendo essa última o objeto de análise nessa relação.

Para Goffredo Telles Júnior (1981, p.422-423), o direito natural é o direito que não é artificial. É o direito consentâneo com o sistema ético de referência, vigente em uma dada coletividade. Nesse sentido, um direito automaticamente natural é sempre um conjunto de normas jurídicas, isto é, um conjunto de normas autorizantes. Com isso, “ao Direito Natural, ao Direito legítimo, conferimos o nome de Direito Quântico” (1981, p.427). No dizer de Telles Júnior, o direito natural é o direito quântico porque é o direito reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população.

Em uma leitura mais ideologizada, Vianna (2008, p.120) entende ser o direito quântico como o direito enquanto instrumento de resistência, fundamentado no interesse de inclusão social. No dizer de Vianna, ao conceber uma natureza dual do direito como instrumento de dominação-resistência,

a Teoria Quântica do Direito desvela o caráter político de todas as decisões judiciais que não são, em essência, certas ou erradas – uma vez que não há mais uma razão

jurídica universal –, mas ações políticas que ora tutelam os interesses de manutenção do *status quo*, ora os interesses de redução da tensão de poder entre opressores e oprimidos (VIANNA, 2008, p.120).

Enquanto o precursor da teoria quântica do direito, Goffredo Telles Júnior, identifica o direito quântico com o direito natural e, portanto, a uma ideia de direito legítimo, encontramos em Túlio Vianna a ideia de uma relação dual de dominação-resistência, ao mesmo tempo em que defende uma perspectiva epistemológica de não-neutralidade e, portanto, de alteração da realidade e não semente de descrição da mesma.

Vianna ainda defende que “o princípio da incerteza jurídica arrasa qualquer pretensão de imparcialidade do juiz, pois o direito não pode servir simultaneamente de instrumento de manutenção do *status quo* e de inclusão social” (VIANNA, 2008, p.122). Nesse sentido, o juiz do direito quântico deverá optar necessariamente entre uma racionalidade conservadora ou progressista, pois no paradigma quântico, o juiz cria norma para o caso concreto.

Está-se, pois, diante de uma tentativa de aproximação, no nível epistemológico, da ciência do direito às ciências naturais, de maneira específica, à física quântica, a partir de onde se deve questionar a viabilidade da tese quântica do direito, aliado ao risco de um retorno temerário ao direito natural racional atribuindo-se ao direito uma perspectiva exageradamente metafísica, em tempos de sociedades pós-metafísicas e pós-tradicionais. Por isso, optamos por confrontar a tese quântica do direito, mesmo que em espaço delimitado para a pesquisa na forma de um artigo científico, ao pensamento pós-metafísico do filósofo alemão Jürgen Habermas, a fim de poder apresentar possíveis elementos de crítica à teoria do direito quântico.

2 A PRAGMÁTICA UNIVERSAL E O PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO DE HABERMAS

Contemporaneamente, Habermas é um dos filósofos que aparece na chamada reviravolta hermenêutico-transcendental, termo utilizado por Manfredo Araújo de Oliveira (2006), estando, pois ao lado de Hans-Georg Gadamer e Karl-Otto Apel neste giro linguístico hermenêutico. Habermas apresenta uma “teoria consensual da verdade, onde defende a tese de que só posso atribuir um predicado a um objeto quando qualquer outro, que pudesse dialoga comigo, também o pudesse aplicar” (OLIVEIRA, 2006, p.310). Nesse sentido, por meio da pragmática universal habermasiana para distinguir sentenças verdadeiras e falsas é necessária a referência do julgamento dos outros. Isto é, a condição de verdade das sentenças é o acordo potencial de todos os outros.

Enquanto tarefa universal, a pragmática habermasiana busca identificar e reconstruir as condições universais da ação comunicativa, que para Habermas é o tipo fundamental de ação social (OLIVEIRA, 2006, p.321).

De acordo com Habermas, o método da metafísica é especulativo, ou seja, se vale de um sistema subjetivo, enquanto que o método do positivismo é empírico, isto é, está ancorado na intersubjetividade. Nesse sentido é importante notar que “o positivismo não considera, porém, a certeza do conhecimento como exclusivamente garantida por meio do embasamento empírico; igualmente importante, ao lado da certeza sensível, é a certeza metódica.” (HABERMAS, 1982, p.95). A certeza metódica é o procedimento unitário e obrigatório, enquanto que a certeza empírica é a certeza do fato, ou em outras palavras, a validade do conhecimento. Não restam dúvidas de que a ciência moderna está ancorada sob o paradigma positivista, somando-se ainda os problemas relacionados às paixões e aos interesses submersos na produção do conhecimento.

Habermas elabora um estatuto epistemológico da crítica social. Para o filósofo alemão, na ciência em sua versão clássica, o processo compreensivo perde o distanciamento crítico, não fazendo a crítica ao próprio procedimento interno, não havendo distanciamento para ver as patologias da própria produção do conhecimento (conceito). Tal problema é detectado por Habermas tanto nas ciências sociais quanto na hermenêutica de Gadamer, o qual trabalha uma metafísica enquanto ontologia do significado. O significado para Gadamer permitiria uma pré-compreensão (uma ontologia do ser para a linguagem). Novamente a hermenêutica não consegue o necessário distanciamento crítico do procedimento interno, ignorando o próprio modo de produção do conhecimento.

A pragmática universal sustenta haver um vínculo entre teoria do conhecimento e teoria societária, onde os elementos que constituem os sistemas sociais não podem ser compreendidos satisfatoriamente sem um esclarecimento, enquanto teoria do conhecimento, de suas razões cognitivas, as quais são dependentes da verdade e, concomitantemente, estão relacionadas à atividade humana. Entre objetividade e verdade, Habermas esclarece que “o sentido, no qual uma proposição pode ser verdadeira ou falsa, não consiste nas condições da objetividade da experiência, mas, sim, na possibilidade de fundamentar, em termos argumentativos, um posicionamento que, reivindicando validade, é também passível de crítica.” (HABERMAS, 1982, p.333).

A verdade acerca dos objetos de conhecimento será produto de um acordo comunicativo entre sujeitos capazes de falar e agir, configurando uma proposta epistemológica pragmática. O sentido de verdade passa a ser definido de modo procedural, sendo por meio do discurso que se submete o exame das reivindicações problematizadas de opiniões (e normas) que pretendem ser válidas. O melhor argumento é o motivo admitido por Habermas na busca cooperativa da verdade. A objetividade que advém das experiências consistirá na possibilidade de estas poderem ser compartilhadas intersubjetivamente. Para a teoria discursiva habermasiana um enunciado é verdadeiro quando, nas exigentes condições de um discurso racional, resiste a todas as tentativas de refutação numa situação de fala ideal. A produção do conhecimento não se dá mais mediante a certeza privada (solipsismo metódico ou o positivismo lógico) de um único observador, mas na prática pública de validação ante uma comunidade de investigadores.

A intenção cientificista de levar ao absoluto as ciências experimentais, tem como fundamento filosófico-científico “a relação do sujeito cognoscente consigo mesmo oferece desde Descartes a chave para acessar a esfera interior e absolutamente segura das representações que nós fazemos dos objetos”. (HABERMAS, 1990, p.42). Com isso, as ciências modernas se estruturam sob o método científico, reduzindo a razão a uma racionalidade formal, que, por sua vez se converte em validade dos resultados. Entretanto, o que a pragmática habermasiana propõe não é um retorno ao pensamento metafísico, tampouco uma defesa deste tipo de racionalidade formal nas ciências, mas uma teoria da ação comunicativa, onde a filosofia da linguagem nos tira do círculo desse ir e vir sem saída entre pensamento metafísico e anti-metafísico e oferece a possibilidade de abordar um problema que não tem nenhuma solução quando segue obstinado aos conceitos básicos da metafísica, da individualidade.

3 A TEORIA DO DIREITO QUÂNTICO É UMA TESE METAFÍSICA?

Em meio ao desenvolvimento das teorias contemporâneas surgidas numa época designada de pós-positivismo, encontramos a teoria hermenêutica (Heidegger, Gadamer), a teoria da argumentação jurídica (Alexy, Atienza, Dworkin, Günther, Perelman, Viehweg), bem como a pragmática universal cuja teoria da ação comunicativa sustenta uma teoria discursiva do direito e da moral (Habermas). Por óbvio, o ideário difuso do pós-positivismo busca, sem dúvida, na seara

de uma ciência do direito, uma necessária reaproximação do direito com a moral, ao mesmo tempo em que abre espaço para a reflexão necessária da justiça, categorias antes afastadas pelo Positivismo Jurídico (Savigny, Kelsen e, também, Bobbio).

Nesse quadro teórico também se encontra a teoria do direito quântico, cujo precursor foi o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Goffredo Telles Júnior. Ante as diversas possibilidades teóricas do pós-positivismo, a presente investigação optou em seu recorte metodológico por confrontar a tese quântica do direito frente à pragmática universal de Habermas, por entendermos que a partir da teoria discursiva o direito assume uma nova proposta, aparecendo como categoria capaz de mediar procedimentos deliberativos, ao mesmo tempo em que o pensamento habermasiano se caracteriza enquanto uma filosofia claramente pós-metafísica. A moral e o direito se encontram em relação de complementação recíproca.

Em trabalho de continuidade à tese quântica do direito, Túlio Lima Vianna (2008, p.122), defende que o direito, tal como a física, também possui seu princípio da incerteza: “não é possível garantir segurança jurídica e justiça distributiva ao mesmo tempo”. Nesse sentido, Vianna sustenta que quanto mais se garante uma, menos se garante a outra. Por isso, entende que a teoria quântica do direito afasta o ideal de pureza da norma jurídica (Kelsen) e o juiz, nessa perspectiva, contrariamente às teorias metafísicas, não adapta uma norma geral e abstrata ao caso concreto, mas cria uma norma para o caso concreto.

A partir da teoria discursiva do direito e da moral, onde a condição de verdade científica e/ou de aceitação de normas passa, necessariamente, pela argumentação de todos os concernidos, de maneira que não há verdade científica sem a instauração de processos deliberativos com abertura a participação de todos. Habermas rompe não só com o pensamento metafísico e especulativo, mas também com o solipsismo metódico de Immanuel Kant, sendo que a filosofia agora busca seus fundamentos no processo dialógico e não mais na ideia do fundamento último.

Cabe apor um questionamento à tese do direito quântico, pois se o direito assume uma perspectiva natural e também dual de dominação-resistência e, assim, o juiz cria a norma para o caso concreto, rompendo com o paradigma juspositivista onde não se sustenta a natureza dual do direito, estaria a tese do direito quântico assumindo um retorno à metafísica e, dessa forma, a um direito natural? Em outro sentido, podemos perguntar, também, se essa perspectiva autorizativa ao juiz de não ser um mero intérprete da norma jurídica, mas sim de poder criá-la para a realidade social, significa uma nova forma de solipsismo metódico? Estamos frente a uma nova forma de Tribunal de razão?

Para Habermas, no próprio discurso racional as exigências de verdade não se deixam solucionar de maneira definitiva, será por meio de argumentos que nos deixamos convencer da verdade das afirmações problemáticas, onde “a aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege nossos argumentos contra ninguém nem contra nada. O processo de argumentação coo tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas” (2001, p.59).

Logo, defende para uma postura crítica um triplo uso da linguagem: o descritivo, para descrever estados de coisas; o postulatório para julgar regras de procedimento; e o crítico, para justificar tais decisões. Dessa forma, “enquanto nos colocamos a discutir um problema com o fim de chegar racionalmente e sem coações a um consenso, nos movemos em uma dimensão de racionalidade compreensiva, que inclui como momentos de linguagem e ação, orações e atitudes. A crítica sempre é um trânsito de um momento ao outro. (...) um fato empírico com uma função transcendental que tomamos conhecimento no exercício da própria crítica” (HABERMAS, 1990, p.63-64).

No entendimento de Habermas, a análise pragmático-formal se concentra nas condições universais e necessárias de validade de proferimentos e operações simbólicas, as quais se caracterizam como reconstruções racionais de sujeitos capazes de falar e agir, aos quais se estima a capacidade da produção de proferimentos válidos, podendo distinguir entre expressões válidas e não-válidas. Nesse sentido,

na medida em que as reconstruções racionais explicitam as condições da validade de proferimentos, elas também podem explicar casos desviantes e assim adquirir também, com essa autoridade indiretamente legisladora, uma função crítica. Na medida em que as reconstruções racionais empurram as diferenciações entre as pretensões de validade particulares para além dos limites que a tradição ensinou, elas podem até fixar novos padrões analíticos e, deste modo, assumir um papel construtivo. E, na medida em que tivermos sucesso na análise de condições de validade muito gerais, as reconstruções racionais poderão surgir com a pretensão de descrever universais, constituindo deste modo um saber teórico competitivo. (HABERMAS, 2003, p.48).

Em outros termos, Habermas sustenta que as reconstruções racionais produzem uma função crítica ao mesmo tempo em que um papel construtivo, ao fundamentar um conhecimento teórico mediante uma argumentação, atribuindo uma função crítica e construtiva da pragmática universal.

Assim, o discurso prático-moral representa a ampliação ideal de nossa comunidade de comunicação a partir da perspectiva interior e, ante esse fórum, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. (HABERMAS, 1992, p.138). Eis o princípio do discurso, a partir do qual as normas fundamentadas discursivamente fazem valer o conhecimento daquilo que a cada momento reside no interesse geral de todos, bem como uma vontade geral que apreendeu em si sem repressão a vontade de todos.

No que diz respeito à sociologia do direito, Habermas irá argumentar em 1992, na obra *Direito e democracia*, que a validade social de uma ordem, uma obediência prática a ser esperada reflete-se na ambivalência das instituições em geral, ao passo que os interesses só podem ser satisfeitos em longo prazo, quando ligados a ideias que justificam tais pretensões de validade. Dessa forma, uma sociologia que procede de maneira reconstrutiva deverá atender ambas as expectativas, onde “o discurso sociológico do direito pode engatar-se também no discurso filosófico da justiça e, ao mesmo tempo, transcender os limites desse último.” (HABERMAS, 1992, p.94).

O interesse de Habermas se ampara no ponto de vista metódico, o qual a sociologia do direito não pode prescindir de uma reconstrução das condições de validade do acordo de legalidade, pressuposto nos modernos sistemas de direito. A positivação do direito moderno e a diferenciação entre direito e moral não fazem desaparecer a pretensão de legitimação do direito, ao passo que mesmo a positividade jurídica pós-metafísica necessita de princípios justificados racionalmente e, dessa maneira, universais.

A legitimidade da ordem jurídica existirá quando não contrariar princípios morais, sendo que na teoria do discurso o direito adquire uma relação com a moral, ressaltando não ser uma subordinação à moral, no sentido de uma hierarquia normativa, porém, uma relação de complementação. A mediação entre facticidade e validade por meio de uma situação de fala ideal é o critério que permitirá a atribuição de verdade ao componente normativo, não contrariando preceitos morais.

CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa, podemos apontar para algumas notas de caráter conclusivo, especificamente no que diz respeito à sustentação epistemológica da teoria quântica do Direito em relação à pragmática universal de Habermas, em uma era teórica denominada de pós-positivismo.

Em primeira nota conclusiva, vislumbramos que a teoria quântica do Direito assume elementos das ciências naturais, de forma especial da Física Quântica, onde a postura do observador e sua opção por várias racionalidades definirá o que conhecemos por verdade, de maneira que a verdade natural e divina cede espaço para uma verdade subjetiva, artificial e humana. Aliado ao princípio da incerteza é impossível conhecer simultaneamente a posição e a velocidade de uma partícula. Com isso, a opção por uma das racionalidades do observador que irá definir os resultados da experiência. A partir dessa perspectiva, a tese quântica do Direito trabalha também de maneira dual de dominação-resistência, o que possibilitaria ao juiz a criação da norma jurídica para o caso concreto, o que, segundo a referida tese, rompe com o paradigma metafísico do positivismo jurídico. Há que se ressaltar, entretanto, que essa é uma leitura mais recente da teoria do Direito quântico.

Para o precursor da tese quântica do Direito, Goffredo Telles Júnior, o direito quântico é o direito natural, identificando aí a ideia de um direito legítimo: “o direito natural é o direito quântico porque é o direito reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população. É o direito que atende às inclinações genéticas de um povo ou de um agrupamento humano” (1985, p.428).

Como segunda nota conclusiva, demonstramos que a teoria pragmática universal busca uma reconstrução das condições universais de processos de compreensão, onde a resposta acerca da possibilidade do conhecimento não deverá mais optar entre incondicionalidade - facticidade, transcendentalidade - empiria, universalidade - particularidade, necessidade - contingência, conforme expressão de Oliveira (2006, p.347). Não há, nesse sentido, diferença epistemológica essencial entre a filosofia e o saber das ciências.

O objeto de pesquisa da pragmática universal são as práticas linguísticas, cujo objetivo não é a descrição do particular, mas a reconstrução dos princípios universais que o regulam. A razão comunicativa estabelece um novo modo de produção do conhecimento, pois se conecta ao social ao mesmo tempo em que não perde o seu caráter epistemológico. A pragmática universal é a-dogmática, direciona o conhecimento para uma produção de verdade pública, permite refutações, não tem por objeto descrições particulares, não se apresenta de forma *a priori* e, tampouco, somente se coloca como empírica; não é puramente analítica em distanciamento ao fato social, consegue ser construtiva e crítica, ao mesmo tempo em que permite a revisão do seu próprio modo procedural.

Enquanto quarta nota conclusiva, apontamos para o fato de que a argumentação de Habermas no sentido de que a positivação do direito moderno e a diferenciação entre direito e moral não fazem desaparecer a pretensão de legitimação do direito, ao passo que mesmo a positividade jurídica pós-metafísica necessita de princípios justificados racionalmente e, dessa maneira, universais. Essa é uma tese que precisa ser considerada em tempos pós-metafísicos. Com isso, reforçamos a ideia de que a legitimidade da ordem jurídica existirá quando não contrariar princípios morais, ressaltando que na teoria do discurso o direito adquire uma relação com a moral, não significando ser uma subordinação à moral, no sentido de uma hierarquia normativa, mas uma relação de complementação.

Por fim, como quinta nota conclusiva da presente pesquisa sustentamos a tese de que a teoria do direito quântico ao ser analisada frente à pragmática universal parece apresentar elementos de caráter metafísicos, bem como de natureza solipsista, pois ao defender o direito quântico como direito natural, e ainda, ao sustentar que o juiz cria norma para o caso concreto a partir de uma escolha ante uma perspectiva dual, entendemos haver uma fragilização epistêmica no referido paradigma. A pragmática universal, ao sustentar uma teoria discursiva do direito e da moral, apresenta-se com maior coerência para a busca da legitimidade do direito positivo.

REFERÊNCIAS

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Tradução de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamiento postmetafísico**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Carmo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson. Direito quântico. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

VIANNA, T. L. Teoria quântica do direito: o direito como instrumento de dominação e resistência. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 109-129, jan./jun. 2008.

REGISTRO DE IMÓVEIS NA REGIÃO OESTE DO PARÁ: DIFICULDADES ENCONTRADAS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL E AS (IM)POSSIBILIDADES DE MITIGAÇÃO

Carlos Cândido da Silva Cyrne

Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul
cyrne@univates.br

Fernando O'Grady Cabral Junior

Universidade do Vale do Taquari (Univates), Rio Grande do Sul
fernandoograd@hotmai.com

Resumo: Este artigo tem como objetivo geral identificar os obstáculos que o poder público enfrenta para efetuar, com eficácia, a regularização fundiária sustentável na região oeste do Pará. Os objetivos específicos são: identificar as leis que regulamentaram, ao longo da história, a regularização fundiária no Pará; identificar os principais fatores que têm impedido as autoridades de fiscalizar com eficácia as terras; apontar as possíveis medidas legais e administrativas necessárias, indicando aspectos ambientais, econômicos e sociais, positivos e negativos da regularização fundiária. Para tanto, no que diz respeito à metodologia, para além do levantamento bibliográfico, aplicou-se um questionário para cinco servidores públicos que trabalham com o cadastro de terras da região Oeste do Pará. O referencial teórico possui aporte, essencialmente, em Harvey (1996), Castells (1980) e Albuquerque (2000). Ao final deste trabalho, conclui-se que a principal dificuldade, na maioria dos municípios dessa região, é a falta de interesse das gestões municipais em executar e desenvolver as políticas públicas de regularização, emissão de títulos, cadastramento e mapeamento, conforme a lei. Ademais, pensar nesse cenário implica trabalhar com políticas favoráveis que garantam a estabilidade e a equidade social, cultural, política e econômica das comunidades humanas.

Palavras-chave: Regularização. Gestões municipais. Poder público.

Property registration in the western region of Pará: difficulties encountered in sustainable land regularization and the (im)possibilities of mitigation

Abstract: This article has a general objective to identify the obstacles that the public authorities face to effectively carry out the sustainable land regularization in the western region of Pará and mitigation proposals. The specific objectives are: to identify the laws that have regulated, throughout history, land tenure regularization in Pará; identify the main factors that have prevented authorities from effectively overseeing land; point out the possible legal and administrative measures necessary, indicating environmental, economic and social, positive and negative aspects of land title regularization. Therefore, with regard to the methodology, in addition to the bibliographic survey, a questionnaire was applied to five public servants who work with the land registry in the western region of Pará. The theoretical framework is essentially based on Harvey (1996), Castells (1980) and Albuquerque (2000). At the end of this work, it is concluded that the main difficulty, in most municipalities in this region, is the lack of interest of municipal admin-

istrations in executing and developing public policies for regularization, issuance of titles, registration and mapping, according to the law. Furthermore, thinking about this scenario implies working with favorable policies that guarantee the stability and social, cultural, political and economic equity of human communities.

Keywords: Regularization. Municipal administrations. Public Power.

INTRODUÇÃO

O Estado do Pará possui uma situação complexa no que concerne à regularização fundiária. A região amazônica é conhecida nacional e internacionalmente pelo crescente desmatamento e queimadas, pelo número de propriedades irregulares, pela falta de fiscalização e monitoramentos irregulares e ineficazes. De acordo com os dados oficiais acerca das queimadas, monitoradas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), com o Cadastro Ambiental Rural (CAR), as propriedades rurais de médio e grande porte responderam, em 2019, por 72% dos focos de calor nas quatro áreas mais críticas da Amazônia (INPE, 2019).

A Lei de Proteção da Vegetação Nativa, conhecida como Novo Código Florestal (Lei Nº 12.651/2012), prevê normas para proteção da vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente, exploração florestal e assuntos interligados (BRASIL, 2012). Ademais, é importante destacar que o CAR instituído por esta Lei, trata-se de um registro georreferenciado das informações ambientais das propriedades bem como posses rurais em terras brasileiras. O CAR tem como finalidade aprimorar a fiscalização dos órgãos ambientais, visto que eles poderão utilizar as informações cadastrais e identificar quaisquer modificações no patrimônio natural das propriedades registradas. Além disso, será possível efetivar o acompanhamento, periodicamente, de queimadas e desmatamentos ilegais em UC's (unidades de conservação) (BRASIL, 2012).

O CAR é um registro que permite verificar, por meio eletrônico, os imóveis rurais, sua situação ambiental, além de apresentar informações sobre o atendimento ou não à legislação referente às Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal, entre outras informações de grande relevância. A criação deste cadastro é importante, contudo, ainda existem áreas que não foram cadastradas e nem sequer há fiscalização por parte do poder público, acarretando em vários imóveis em condições irregulares. Nas áreas de floresta ainda há a necessidade de registrar o Termo de Manejo Florestal, caso o imóvel possua um cadastro de plano de manejo para o extrativismo de madeira aprovado pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente.

De acordo com UNGER (2008), de todos os problemas existentes na Amazônia o maior consiste na ausência da regularização fundiária. Acredita-se que se trata de uma ação fundamental para evitar um caos fundiário, que resulta em prejuízos, ocorrendo, inclusive violência, consagrando cada vez mais a grilagem e a sobreposição de terras e registros em duplicidade em decorrência de atividades fraudulentas.

Na região Oeste do Pará, a partir do exercício profissional da delegação da função registral torna possível verificar que, há propriedades que não constam no registro de imóveis, o que impossibilita o cadastramento da propriedade no CAR, as propriedades que não possuem o registro dos imóveis estão na informalidade, não podem solicitar licenciamento ambiental ou financiamentos para investirem na produção agrícola e extrativismo, por exemplo.

Vale ressaltar que os projetos sobre a regularização, seguida da submissão e análise do CAR, possibilitará a adesão aos Planos de Regularização Ambiental – (PRA). Além disso, a Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, estabelece normas gerais sobre a Proteção da Vegetação Nativa,

incluindo Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de Uso Restrito; a exploração florestal e uso alternativo do solo (BRASIL, 2012).

É relevante entender as questões jurídicas ligadas à regularização fundiária, ambiental e social da região Oeste do Estado do Pará, além de suas dificuldades e entraves administrativos, jurídicos, que obstaculizam o processo de fiscalização das mesmas. O município de Prainha no Estado do Pará, onde foi realizada a pesquisa, dispõe da Lei nº101/2019 que trata da regularização fundiária no município, contudo não foi colocada em execução. É importante destacar que a regularização fundiária é considerada como um recurso que abarca medidas jurídicas, ambientais e sociais, com o intuito de regularizar os assentamentos nas cidades, neste caso, no estado do Pará. Desta forma, trata-se de uma ação relevante para atuação nas áreas irregulares.

Os assentamentos irregulares são caracterizados pela precariedade oferecida pelo poder público em relação aos serviços essenciais, previstos em lei, pela presença de população que tem menor renda e baixo grau de escolaridade, ocorrendo de maneira desordenada e densa, em terrenos de propriedade alheia ou situados em áreas de proteção ambiental

Ademais, a ilegalidade da ocupação de terras e a ausência de regularização fundiária ou a fiscalização precária impedem os prestadores de serviços públicos de oferecer as condições essenciais, como de saneamento básico e, assim, os moradores recorrem a formas de moradia precárias, trazendo sérios riscos à saúde e poluição ambiental.

Logo, acredita-se que a regularização fundiária sustentável é uma das alternativas para a problemática apresentada, uma vez que esta poderá viabilizar a sustentabilidade das cidades por meio de ações que busquem a proteção além da recuperação do meio ambiente e, ao mesmo tempo, ocorrerá a inserção social dos habitantes com a aplicação de medidas públicas e participação social no processo de gestão das áreas, além de ações que façam com que estes habitantes permaneçam no local e, assim, previne a formação de novos assentamentos irregulares. A regularização é uma peça-chave para o planejamento dos espaços e ocupações, assim, esta pesquisa também se debruça sobre os impactos sociais, ambientais e econômicos da sociedade.

No rol do cenário descrito, problematiza-se: de que modo as percepções de servidores públicos, acerca da regularização fundiária denuncia a regularização sustentável na região oeste do Pará? Tem-se como objetivo geral identificar os obstáculos que o poder público enfrenta para efetuar, com eficácia, a regularização fundiária sustentável na região oeste do Pará e propostas de mitigação. Enquanto objetivos específicos encontra-se: i) Identificar as leis que regulamentaram, ao longo da história, a regularização fundiária no Pará; ii) Identificar quais os principais fatores que têm impedido as autoridades de fiscalizar com eficácia as terras; iii) Apontar as possíveis medidas legais e administrativas necessárias, indicando aspectos ambientais, econômicos e sociais, positivos e negativos da regularização fundiária.

1 A QUESTÃO DE DOMÍNIOS DE TERRAS NO PARÁ

Para que se possa compreender como se dá o processo de ocupação de terras, mais precisamente no Pará, faz-se necessário abordar o contexto histórico do processo de colonização neste estado. O território paraense como um estado, originalmente, pertencia aos povos nativos e, posteriormente, definidos pelo Tratado de Tordesilhas como de propriedade da Espanha. Os portugueses iniciaram a exploração e, desta forma, fundaram um território que ficou, na época, sob seu domínio, mais conhecido como “Maranhão e Grão Pará” e acabaram expulsando os demais estrangeiros que estavam na região naquela época (MARÉS, 2003).

Nota-se que o Pará já era cobiçado desde aquela época em virtude das suas riquezas naturais. Assim, nota-se que desde o século XVI há a presença de colonizadores, responsáveis pelos ciclos da economia da região. O estado do Pará é uma situação extremamente peculiar, é um Estado extenso em território, contudo sem a presença do Poder Público com situações preocupantes no que tange ao descaso das autoridades sejam municipais, estaduais e federais que não prestam o devido ao assessoramento, fiscalização e monitoramento de terras (GADELHA, 2002).

Os municípios são imensos sem a presença de polícia, fiscais tributários e ambientais. O estado é carecedor de infraestrutura básica de esgotos, saneamento, malha viária, habitacional, saúde, não tem política de remoção de resíduos sólidos e nocivos etc. O Estado do Pará é constantemente vilipendiado por traficantes de animais e de flora, desmatamento irregular e queimadas, tráfico de menores, garimpeiros ilegais e extração de minérios clandestinos (FRIAS, 2019).

O Estado do Pará é extenso em território e maioria dos municípios de difícil acesso, contudo a concentração dos recursos fica restrita à capital, e a maioria das cidades do interior ficam entregues à própria sorte. A presença do Estado como presença do governo estadual não se visualiza na maioria dos municípios, desta maneira a população depende da prefeitura e recursos municipais para o seu desenvolvimento social e cultural.

A maioria da população não tem registro da propriedade, e na área urbana somente 5% dos imóveis são regularizados, desta maneira inviabiliza a inclusão social e o fomento da economia local e a geração de uma economia sustentável respeitando o meio ambiente.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para Teizen Júnior (2004), a palavra propriedade provém do latim *proprium* e significa aquilo que me pertence, abarca todos os direitos que formam o nosso patrimônio, ou seja, todas as situações jurídicas que envolvem a pecúnia sobre os quais um titular pode ter ingerência socioeconômica e ambiental. Cabral (1997, p. 23) traz um conceito da função social do imóvel rural como “o princípio, que regulamenta a atividade agrária dos rurícolas, os direitos e obrigações no âmbito social, econômico, trabalhista e ambiental, objetivando a satisfação das necessidades materiais daqueles e o bem-estar da coletividade”. Na legislação brasileira, este princípio está previsto no Art.170 da CF/88.

A questão de propriedade é uma ideia bastante complexa, pois não apenas se refere ao domínio do titular sobre um determinado bem, como também resume as complexas relações jurídicas existentes entre o detentor do real e os não-proprietários. O Código Civil, em seu artigo 1228, adotou somente o termo “propriedade” (MELO, 2013), onde a propriedade é definida no âmbito jurídico como direito de propriedade é o direito de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem, e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo.

Entretanto, mesmo com o direito de usufruto e posse de um determinado bem, faz-se necessária a análise sobre a função social do mesmo que, segundo Albuquerque (2000) a função social está integrada, pois, ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública ou privada.

Portanto, verifica-se a necessidade de dois requisitos com a intenção de alcançar a função social da propriedade: deve atender aos interesses de ordem pública e privada. A lei deverá dispor acerca dos limites da função, neste caso, na Constituição Federal de 1988 no Art. 5º, incisos XXI

e inciso XXIV que faz referência ao direito de propriedade individual. Vale ressaltar que a Constituição dispõe, especificamente, nos incisos XXVII a XXXI, a proteção ao direito autoral, à propriedade industrial e de marcas, bem como o direito de herança (CRUZ, 2020).

A função social da propriedade é essencial para uma qualidade de vida saudável de toda a sociedade, e a geração de renda, trabalho, geração de riquezas e sustentabilidade social e ambiental em conjunto com os atores sociais e o Poder Público, como ente fiscalizador, e respeitada a harmonia com o meio ambiente social e regional como um sistema harmônico e equilibrado. A propriedade é base do nosso sistema econômico, político, ambiental na sociedade organizada e evoluída na atualidade.

Silva (1997, p. 84) ensina sobre este tema que a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Já a CF também apresenta algumas normas sobre essa temática no Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei.

Caso a função social da propriedade rural não seja atendido, a Constituição prevê sanção, no Art. 184 por meio da desapropriação de interesse social. Observa-se a importância de atender as exigências previstas em legislações para que seja alcançada a função social, com base no artigo 182, § 2º, CF. “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor municipal”.

Assim, o titular da propriedade tem como obrigação o atendimento relacionado à função social e ambiental da propriedade, para o bem-estar de todas as pessoas - objetivando a esfera social como um todo - e para a proteção ambiental. Lima (1992, p. 89-90) traz, a respeito da posse agrária, que a legitimação de sua figura, no entanto, está direcionada ao cumprimento da função social da propriedade, que, na verdade, é o cumprimento da função social da terra, não o fazendo, o proprietário se sujeita a diversas sanções. Afinal de contas, em que momento a propriedade realiza a sua função social? Pode-se encontrar a resposta na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, conhecida como Estatuto da Terra, sendo recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Em seu art. 2º §1º.

Mediante as inúmeras barreiras de se limitarem os direitos de propriedade, diferentes juristas reforçaram a autonomia da categoria jurídica da posse, diante da propriedade. Conforme afirma Ana Albuquerque (2000, p.35), a função social da propriedade corresponde às limitações fixadas levando em consideração o interesse público e tem como finalidade instituir uma conceituação dinâmica da propriedade, com as exigências sociais e, por outro lado, a função social da posse faz referência a uma realidade que se manifesta indispensável, de maneira jurídica, a expressão da necessidade do ser humano.

Segundo Albuquerque (2000), a posse não é subsidiária à propriedade, muito menos forçosamente destinada a protegê-la, podendo, assim, opor-se a ela como uma espécie de direito real, com uma função social específica que visa proteger os interesses vitais dos indivíduos. Desta forma, a categoria jurídica da posse integra o fato social à norma, suscitando não apenas relevantes consequências jurídicas, e também modificando o fato em si da posse num verdadeiro direito (GONÇALVES, 2009).

Além disso, a atual seleção de legitimar a posse, sem sequer passar pela inscrição dos títulos de propriedade, demonstra a conscientização atual acerca da importância da situação factual da posse em relação aos direitos inscritos no conceito da propriedade privada; o emprego do título de inscrição da ocupação na Secretaria do Patrimônio Federal, previsto pelo artigo 7º da

Registro de imóveis na região oeste do Pará: dificuldades encontradas na regularização fundiária sustentável e as (im)possibilidades de mitigação

Lei 11.481, de 31 de maio de 2007. Trata-se, desta forma, de um ato administrativo precário que pode ser suprimido a qualquer momento e que pressupõe a utilização efetiva dos terrenos federais pelo ocupante, entretanto reconhece como é a realidade da ocupação dos habitantes.

Os trâmites de registro dos imóveis são complexos nos cartórios e bloqueiam os projetos de regularização fundiária no Brasil, além de outros países. Comby (2007) destaca que o insucesso da implementação do cadastro é notável, principalmente em cidades africanas, sendo que em parte explicitado pela imposição de um sistema de gestão de terras que demorou muito tempo para que fosse consolidado nos países ocidentais.

A estrutura cartorária de registro de imóveis no Brasil merece inúmeras reformas, com o objetivo de simplificá-las, torná-las eficazes e transparentes, a solução para aperfeiçoar os projetos de regularização fundiária não se encontra, na retirada completa de toda tentativa de registrar o solo das favelas. Um conceito que

É preciso, não obstante, que os cartórios sejam cada vez mais permeáveis às especificidades próprias da urbanização do Brasil, em que a informalidade se transformou em um elemento estruturante da urbanização brasileira, além da América Latina (GONÇALVES, 2009).

A MP n.459/2009, apresentada pela Câmara dos Deputados, previu a demarcação urbanística, e foi instituído o título de legitimação da posse para assegurar aos ocupantes de terrenos privados, isentos de litígios, a obtenção de um título fundiário de legitimação da posse que pode ser, ao final de cinco anos, convertido, assim, em um título de propriedade privada, sem ser preciso nenhum trâmite duradouro e penoso no Poder Judiciário com elevados custos e despesas com advogados, além de taxas judiciais.

Nesse cenário, as etapas de legalização de terrenos precisam combinar a segurança fundiária, trazida pelo CAR, com as particularidades que fazem parte da gestão do solo no interior das favelas. Segundo Le Roy et al. (1996) sob o ponto de vista dos casos africanos, trata-se de solidificar uma visibilidade externa pelo registro do conjunto da área que compõe a favela, observando as especificidades ligadas à apropriação do solo no interior destas áreas.

As exigências são diversas para se regularizar um imóvel assim como exigências no âmbito municipal, estadual e federal. contudo a ausência de órgãos e entidades estaduais e federais na maioria dos municípios brasileiros e especialmente no Estado do Pará dificulta a muito esse processo seja para o recolhimento de tributos e taxas devidos, ou seja, para a realização de cadastros exigidos como georreferenciamento, cadastro de terras, expedição de títulos, fiscalização de áreas ambientais, as florestas áreas de preservação ambiental e monumentos naturais.

Logo, o emprego das ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social), a concessão de utilização ou às formas coletivas de usucapião, o novo instrumento de demarcação urbanística, assim como o fortalecimento da figura da posse se revestem, certamente, dessa lógica.

Inicialmente, é preciso realizar um conceito da política pública de regularização. Segundo Alfosin (2007, p. 78):

Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Ao se pensar em uma visão mais econômica da regularização de assentamentos irregulares, de inclusão da população com menor poder aquisitivo aos mercados formais, com a intenção de que a inserção de uma nova realidade financeira de ganho de capital dê uma nova dinâmica a esses mesmos mercados. Suas proposições ocasionam em novos programas de regularização

fundiária com base em titulação em grande escala de habitantes irregulares, no Peru, que do dia para a noite se tornaram proprietários de bens fundiários e imobiliários (SOTO, 2001).

Outra perspectiva da questão da regularização fundiária é da dignidade do ser humano. Pode-se afirmar que a regularização fundiária é de interesse da sociedade e, assim, é uma ação considerada importante para fornecer segurança jurídica às posses exercidas para fins de moradia por pessoas de baixo poder aquisitivo.

Outro objetivo é o de fazer a integração de assentamentos precários à cidade, melhorando não só as edificações usadas como habitação, contudo todo o seu entorno (melhoramento urbano, principalmente as vias de circulação, no sistema de drenagem das águas pluviais e lacustres, nos equipamentos sociais, etc.). As dificuldades de acesso à moradia digna, regular, legalizada, especialmente pelas pessoas de baixa renda, geraram inúmeros assentamentos subnormais, como por exemplo, favelas, ocupações em áreas de risco e/ou de preservação do meio ambiente e evitam desastres (MPPR, 2015).

Dessa maneira pode-se verificar, que inúmeras cidades possuem o desafio de realizar a integração dessas porções territoriais irregulares e efetivar a inclusão desses moradores, por meio de processos de regularização fundiária, urbanística e ambiental. Vale a pena ressaltar que esse processo não deve se limitar somente à questão da titulação do direito real que fornece suporte ao exercício da moradia. Para ser completo e ter êxito, deve abranger as dimensões social, ambiental, urbanística e jurídico-dominial do problema. É um processo de inclusão social, de dignidade da pessoa humana, de integração à cidade e, logo, a função social da propriedade.

Portanto, a regularização fundiária é uma das formas de se garantir o direito à moradia, ao direito ao meio ambiente equilibrado, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, o direito a cidades sustentáveis, democráticas e socialmente justas.

Os aspectos informais e ilegais do acesso à moradia nas favelas e habitações irregulares invadidas sofreram diversas modificações ao longo dos anos. Apesar da precariedade da lei ainda há o impedimento da entrada do grande capital imobiliário nas favelas, das práticas imobiliárias nos interiores dessas localizações assemelham-se cada vez mais àquelas que existem nos bairros ditos formais e informais.

O Projeto de Lei federal nº 3.057 de 2000, no dia 30/11/2004, foi aprovado, enfocando esta problemática, ressaltando o caráter sustentável que deve objetivar toda política de regularização fundiária. De acordo com artigo 2º, inciso II deste projeto de lei, a regularização fundiária sustentável é o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, realizadas pelo Estado por motivos de interesse social, que busca realizar adaptações para as aglomerações informais conforme previsto em lei, de forma a garantir o direito social à moradia, ao desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e ao direito ao meio ambiente saudável equilibrado.

Ademais, o artigo 81 deu destaque à regularização fundiária sustentável, sendo que esta deve priorizar a permanência, na área ocupada, das pessoas desfavorecidas, assegurando melhores condições de sustentabilidade urbanística, ambiental, social e os níveis adequados de habitação.

O projeto de lei citado prioriza a integração socioespacial dos habitantes, estimulando, assim, a articulação da regularização fundiária com demais políticas urbanas, amplamente, como as que são relacionadas tanto com a mobilidade urbana quanto com o saneamento básico e demais infraestruturas básicas. Neste contexto Carvalho (2011; p.56) aborda o Estatuto da Cidade dizendo que:

O Estatuto da Cidade reafirma os princípios básicos estabelecidos pela Constituição da União, preservando o caráter municipalista, a centralidade do plano diretor como instrumento básico da política urbana e a ênfase na gestão democrática. Nessa perspectiva, o Estatuto da Cidade, ao regulamentar preceitos constitucionais estabelecidos no contexto das discussões acerca do papel do Estado nos anos 80, retoma a centralidade da função do poder público na regulação das relações sociais em matéria urbana. Os institutos jurídicos e urbanísticos regulamentados são as condições institucionais necessárias $\frac{3}{4}$ sem que sejam obrigatoriamente suficientes $\frac{3}{4}$ oferecidas ao poder público municipal para a produção de bens públicos e o cumprimento de funções sociais.

O Estatuto da Cidade mantém a divisão de competências entre os três níveis de governo, concentrando na esfera municipal as atribuições de legislar em matéria urbana. A permanência desse quadro significa, em outras palavras, circunscrever o tratamento e a proposição de soluções às questões urbanas nos limites do território municipal, pois compete aos poderes executivo e legislativo municipais equacioná-las. O reverso dessa orientação expressa-se na ausência de instâncias decisórias legalmente instituídas para o tratamento de muitos dos problemas urbanos que extrapolam os limites de municípios, configurando as áreas metropolitanas e as aglomerações urbanas.

Sem romper a inviolabilidade do direito de propriedade privada, reconhecido em sentido individual, o Estatuto da Cidade, tal como contido na Constituição Federal de 1988, estabelece que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas" (artigo 39). O direito de uma dada propriedade urbana passa, desta forma, a ser reconhecido a partir de regras legais municipais definidoras de suas potencialidades de uso, e o seu conteúdo econômico é atribuído pelo Estado mediante a consideração dos interesses sociais envolvidos durante o processo do plano diretor. Logo, a abrangência atribuída ao plano diretor é que determinará a concepção de propriedade social que será adotada. Em vez de um direito com conteúdo predeterminado, o direito de propriedade poderá transformar-se no direito à propriedade. Assim, com essa perspectiva, da propriedade é revista o sentido individual, e passa a ser definido por uma função socialmente orientada (FERNANDES, 1995).

3 DIREITO COLETIVO URBANO

A seguir será discutido sobre o Usucapião como maneira de regularização fundiária e sócio ambiental, bem como sua aplicabilidade no contexto coletivo. Dessa maneira, entender-se-á a etimologia da palavra e seu funcionamento na sociedade.

A ação de usucapião ocorre em nome do próprio possuidor em caso de o mesmo ter capacidade plena, do contrário o mesmo é representado pela Funai ou curador especial no caso dos indígenas e demais que necessitam de representante legal. Quanto aos requisitos reais, poderão ser usucapidas as coisas corpóreas, que estão no comércio, capaz de ser prescrito e que podem ser alienados: bens móveis, imóveis e os direitos reais de fruição (servidão). Ainda há os requisitos formais que têm que estar presentes em qualquer ação de usucapião. São eles: *accessio possessionis* (posse), o tempo e o *animus domini* (intenção de ser dono). Há, também, os requisitos suplementares que são o justo título e boa-fé.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) introduz no ordenamento jurídico interno mais uma modalidade de usucapião, em seu artigo 10:

A áreas urbanas com mais de 250 duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e

sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Esta modalidade também é chamada de usucapião legal constitucional, previsto expressamente no Artigo. 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 residência ou um lugar chamado de lar, adquirir-lhe-á a propriedade, pela prescrição da decorrência do lapso temporal e os demais requisitos necessários a aquisição da propriedade por meio deste instituto.

A lei cria, desta forma, modalidade de usucapião coletivo, com a finalidade de atender à pressão social das ocupações urbanas. Além disso, possibilita que a coletividade regularize a ocupação, sem os obstáculos e o preço de uma ação individual de usucapião. A ocupação de terrenos é a modalidade mais usada pela população urbana. A legislação exige que a área tenha mais de 250 metros quadrados, com ocupação coletiva, sem identificação dos terrenos ocupados. Na prática, até os terrenos podem ser identificados. Acontece que essa identificação se mostra, na maioria das vezes, confusa ou inconveniente nesse emaranhado habitacional. A área deve ser particular, pois a Constituição Federal proíbe expressamente a usucapião de terras públicas (VENOSA, 2003).

Nesta modalidade temos alguns requisitos ocupação numa ação de Usucapião Especial Urbana Coletiva, bem como motivo plausível para a não transformação desta ação em uma usucapião especial urbana. Este estudo tem como premissas a boa-fé, a confiança e a segurança jurídica integral, na investigação para a comprovação da posse, na busca da titularidade, na propriedade de direito e, não mais, somente de fato.

4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Os instrumentos de regularização fundiária são variantes, isto é, cambiam conforme a política agrária do país, por exemplo, o conceito legal de regularização fundiária, que foi apresentado pelo artigo 46 da Lei nº 11.977/2009, foi revogado pela Medida Provisória nº 759/2016 e também pela Lei nº 13.465/2017.

Atualmente não existe sequer uma definição legal do que seja, de fato, regularização fundiária de uma forma mais ampliada, porém somente de sua modalidade urbana com a criação da chamada “Regularização Fundiária Urbana” – ReUrb, que consiste em “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”, com base no artigo 9º da Lei nº 13.465/2017.

Tem-se a Reurb-E e a Reurb-S, a segunda modalidade com características de áreas sociais menos favorecidas e características próprias e gratuidade das custas e emolumentos notariais e registrais em favor daqueles a quem for atribuído o domínio das unidades imobiliárias regularizadas, nos termos do decreto do artigo 5º, parágrafo 8º do Decreto 9.310/2018, e demais legislação aplicáveis ao caso concreto. Esse instrumento revelou-se em uma operação bastante complexa que atinge diversos atores urbanos. Através da descentralização administrativa, apresentada pela Carta Magna de 1988 e, ao menos, até a criação do Ministério das Cidades pelo presidente, Lula, na época, em 2003 e demais, a esfera municipal exerceu um papel central e, geralmente, solitário em benefício da regularização fundiária.

O desinteresse pela legalização do solo contribuiu para o fracasso de projetos sociais e ambientais. A finalização das políticas de remoções forneceu uma certa segurança da posse, o que fez reduzir, em várias ocupações irregulares, as reivindicações sociais para que fosse feita a regularização do solo. Essa segurança pode revelar-se como enganosa, como se nota na retomada atual do discurso, em prol da remoção das invasões.

O impacto do crescimento da violência sobre as atividades imobiliárias nas redondezas das favelas, somado à profusão de argumentos ecológicos sobre as ameaças ocasionadas por elas à natureza, tem servido para explicar as atuais críticas com relação às políticas de urbanização de favelas, e construções irregulares e em locais perigosos e com risco à vida da população. Desta forma, a regularização fundiária deve ser entendida não apenas como uma forma de aniquilar o *status* fundiário ilegal dos espaços favelados (HOSHINO; MEIRINHO; COELHO, 2017), todavia, sobretudo como uma forma de assegurar a inclusão socioespacial das populações faveladas no setor urbano.

Observa-se, pois, que o CAR pode ser efetivado, de forma unilateral, provisoriamente, pelo eventual possuidor ou, até mesmo, pelo responsável do imóvel. Contudo, além de não se definir de maneira inequívoca quem seria o responsável pelo imóvel apto a efetivar o cadastro, a documentação solicitada para comprovação de posse se afigura como frágil, na medida em que a Secretaria de Estado de Meio-Ambiente e Sustentabilidade – SEMAS/PA (PARÁ, 2013) permite, por exemplo, que qualquer certidão do órgão fundiário ou Sindicato, Associação ou Cooperativa seja aceita para tais finalidades.

Entretanto, não há nenhuma verificação documental com a finalidade de assegurar se, por exemplo, trata-se de área apropriável, permitindo a inscrição de posses em terras públicas, afrontando, assim, totalmente o ordenamento jurídico (MOREIRA, 2017). O CAR, apesar de um ótimo instrumento com dados cadastrais apresenta as suas fragilidades, pois é expedido unilateralmente por profissional contratado pelo possuidor ou proprietário do imóvel, e não tem a chancela de um órgão público. Acredita-se que a informalidade é a maior característica no Brasil até nos grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro e demais cidades chegando a quase 50% de seu território. A informalidade chega a superar 11% em alguns municípios segundo o IBGE - Instituto Brasileiro Geografia e Estatística - (IBGE, 2020). A promulgação da Carta Magna, em 1988, coroou o longo processo de democratização do Brasil que começou no final dos anos 1970.

A democratização do país foi o momento propício para que fosse feita uma reflexão mais acurada acerca da integração socioespacial das camadas urbanas mais desprotegidas, seja no plano jurídico seja no plano social. Mediante as pressões dos movimentos sociais urbanos, a Constituição Federal, na parte que trata sobre a política urbana, mais especificamente em seus artigos 182 e 183, abrangeu a propriedade e a própria cidade como uma efetivação de uma função social. Este mesmo dispositivo legal estabeleceu que o município exerce, a partir de então, um papel importantíssimo na formulação e na aplicação das políticas de desenvolvimento urbano local (GONÇALVES, 2009).

O instrumento de base dessa política é doravante o Plano Diretor Municipal, exigência constitucional a todas as cidades que possuem mais de 20 mil habitantes. Todas as disposições deste capítulo constitucional focalizam na instituição de medidas aptas a dissuadir a concentração especulativa do solo, assim como possibilitar a legalização das maneiras informais de acesso à moradia digna, à água encanada, saneamento básico, malha viária, transporte, energia, e outras infraestruturas básicas (BRASIL, 2019).

A área selecionada e delimitada objeto da regularização, alvo da regularização fundiária, precisa ser declarada como Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) por uma lei municipal. Tal

ferramenta jurídica prevê a possibilidade de flexibilizar regras urbanísticas diferentes, quando houver interesses sociais. O emprego das ZEIS coloca, então, fim à ideia, normalmente retomada pelas autoridades públicas, de que elas não poderiam instalar serviços públicos nas favelas, devido à ilegalidade urbanística e fundiária desses espaços. Ao declarar uma zona ZEIS, haverá uma permissão com relação a um controle mais restrito do poder público sobre a utilização desses espaços que são destinados, de forma prioritária, à habitação de interesse social e urbanístico (GONÇALVES, 2009).

Ainda de acordo com Gonçalves (2009), o artigo 183 da Carta magna de 1988 também prevê que todo ocupante de terrenos tem a possibilidade de adquirir a propriedade do solo pela UEU (Usocapião Especial Urbano), se ele nesta habita há mais de cinco anos, se o proprietário, durante este período, não interveio para recuperar o terreno, e há também a condição de que a superfície do imóvel não ultrapasse 250 metros quadrados.

Pode-se dizer que, conforme Compans (2003, p .51), tal abordagem buscou tornar muito mais simples os procedimentos administrativos e judiciais, contudo, ela mencionou outras questões e barreiras, com relação à complexa gestão destes condomínios nos interiores das favelas e invasões. Assim, verifica-se que a análise do alcance do instrumento jurídico é muito complexa.

Logo, a UEU legitimou várias de ocupações de terrenos urbanos, geralmente, conservados de maneira especulativa, fazendo valer o princípio da função social da propriedade, bem como os demais direitos inerentes a essa propriedade. Para avançar na solução do problema fundiário no estado do Pará, faz-se necessário planejar e coordenar esforços entre diferentes órgãos e níveis de governo. Não obstante, mesmo que o Terra Legal e outras instituições federais possuam jurisdição sobre várias questões fundiárias, sugere-se que o governo do Estado coordene uma avaliação sobre as diferentes demandas existentes no seu território, sobre as iniciativas em andamento para resolvê-las e, com base nisso, organize e articule parcerias que possam acelerar resultados e otimizar recursos (IMAZON, 2015).

O georreferenciamento também é um importante instrumento para o combate a grilagem de terras e sobreposição de terras como o mesmo título, desta maneira combate às fraudes de agentes e criminosos de má-fé que utilizam de instrumentos fraudulentos para falsificar e obstaculizar o processo de regularização fundiária rural. No Estado do Pará, o Código de normas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará regulamenta que propriedades acima de 100 hectares obrigatoriamente tem que averbar o georreferenciamento na matrícula do imóvel. E esse georreferenciamento deve ser cadastrado no INCRA, e confirmado no seu sistema de informações chamado SIGEF, e depois confirmados pelo Registro de Imóveis onde é localizado e pertence a sua submissão geográfica e legal. E os imóveis rurais com os títulos expedidos pelo Iterpa (Instituto de Terras do Estado do Pará) exigem a mesma sistemática e procedimento, o mapeamento de um imóvel rural referenciando os vértices de seu perímetro ao Sistema Geodésico Brasileiro, definindo sua área e sua posição geográfica. Serve para a regularização registral dos imóveis rurais, segundo a nova legislação (Lei 10.267/01 e Decretos 4.449/02 e 5.570/05).

Um instrumento muito eficaz e seguro que confere segurança a todo esse processo de regularização e cadastramento das terras com um mínimo de erro tendo em vista que sua localização é mapeada pelo satélite sem margens de erros ou sobreposição de terras e proprietários e demais envolvidos no processo. Um processo que deveria ser estendido às demais propriedades como um todo para proporcionar uma maior proteção e segurança jurídica e técnica no cadastro imobiliário brasileiro e estadual. O custo ainda está um pouco alto devido aos equipamentos e mão de obra especializada. O detentor do imóvel rural deve contratar um responsável técnico para realizar a demarcação georreferenciada da sua área. O profissional deve ser habilitado no

Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) e credenciado junto ao Incra. Os técnicos credenciados responsáveis pelo serviço de georreferenciamento acessam o Sigef na internet e enviam o arquivo digital com os dados cartográficos dos imóveis rurais. Se não houver inconsistências ou sobreposições – análise feita pelo próprio sistema – a certificação é obtida com a geração da planta e do memorial descritivo das áreas de forma automática. Os documentos, assinados digitalmente, podem ser impressos e levados ao registro de imóveis.

O Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) é o documento expedido pelo Incra que comprova a regularidade cadastral do imóvel rural. O certificado contém informações sobre o titular, a área, a localização, a exploração e a classificação fundiária do imóvel rural. Os dados são declaratórios e exclusivamente cadastrais, não legitimando direito de domínio ou posse. O CCIR é indispensável para legalizar em cartório a transferência, o arrendamento, a hipoteca, o desmembramento, o remembramento e a partilha de qualquer imóvel rural. É essencial também para a concessão de crédito agrícola pois é exigido por bancos e agentes financeiros.

Um pressuposto para emitir o CCIR é necessário que o imóvel rural já esteja regularmente cadastrado no Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR). A emissão do certificado é realizada via internet e o interessado também pode procurar uma unidade de atendimento da rede Incra e demais como o Cartório de Registro de Imóveis.

Um das finalidades da regularização é de mitigar parte do problema e permitir que o tempo e o esforço humano empreendidos numa região alcancem a melhoria das condições de vida no local. Não significa redimir o Poder Público da obrigação de atender as comunidades carentes (e de fiscalizar para evitar que novos casos de ruptura da ordem se estabeleçam), mas sim de ir atendendo aos poucos o que for possível.

No processo de regularização existem os impostos incidentes sobre a propriedade no qual podemos fazer um breve relato, seja pelo simples fato de ser proprietário assim como o imposto municipal IPTU (Imposto Territorial Urbano), caso o imóvel localizado na zona urbana, e o ITR(IMPOSTO TERRITORIAL RURAL), nas propriedades localizadas na zona rural e são impostos *propter rem*, ou seja próprios da coisa, a obrigação *propter rem* é uma relação entre o atual proprietário e/ou possuidor do bem e o obrigação decorrente da existência da coisa. Destaque-se que a obrigação é imposta ao titular adquirente da coisa, que se obriga a adimplir com as despesas desta. E no momento da transmissão também são pagos o ITBI (Imposto de transmissão inter vivos) pagos ao ente municipal, e o ITCMD (Imposto transmissão causa mortis e doação) pagos no caso de morte ou de doação no qual o ente tributante é o Estado federado.

O Brasil possui um instrumento legal de proteção ambiental aplicado às propriedades rurais que, até onde sabemos, nenhum outro país da América Latina e do mundo possui algo semelhante: a Reserva Legal (RL). Embora diferentes propostas tenham sido desenvolvidas principalmente nos Estados Unidos, esse mecanismo evoluiu e se ajustou à realidade do Brasil. Em geral, a RL é uma área delimitada dentro da propriedade ou ocupação rural, que mantém as características desse bioma e, portanto, para seu uso econômico, o desmatamento ou modificação do bioma original é proibido, mas permite o uso sustentável. Com sua origem no Novo Código Florestal Brasileiro (NCF) de 1934, mas com referências de sua época imperial, a RL recebe seu nome na CF de 1965 e é reafirmada na atual CF.

A RL torna-se um elemento polêmico devido aos distintos posicionamentos frente a essa figura de proteção nas propriedades rurais ao longo de sua história. Em geral as cifras de proteção são restritivas, limitam o tipo de atividade e a intensidade com que podem se desenvolver onde está decretado. Uma figura de proteção, no Brasil conhecida como Unidades de Conservação (UC), pode variar de justificativa, intenção, escala, intensidade, uso, entre muitos outros. Embora o RL seja um instrumento de proteção, não é tradicional. A diferença é que as UCs são decretadas

em área pública, via de regra, e são delimitadas por ato do poder público sob as considerações necessárias para o país, estado ou município. Por sua vez, a RL em sua totalidade é produto de um único instrumento legal (CF) que a localiza em propriedades rurais limitando seu uso agropecuário. Assim, certos tipos de atividades são restritos em parte da propriedade rural, mas outros são permitidos por critérios sociais, ambientais e, claro, econômicos. Desta forma, o RL e o UC são gerenciados de forma diferente.

A aplicação da RL responde a três parâmetros: (1) a lógica da diversificação entre preservação e conservação, (2) a conotação geopolítica e (3) a singularidade territorial, biológica e sociocultural. O Brasil é um país que atua na dualidade preservação-conservação, entendida a primeira como a ação de não intervenção econômica de um espaço e a segunda como a utilização de recursos sob parâmetros de sustentabilidade. O RL está na segunda categoria.

Por fim, dadas suas características espaciais e de biodiversidade, as políticas brasileiras geraram pressões nacionais e internacionais para aumentar a proteção e a variedade de suas áreas. Isso explica, em parte, os diferenciais nos percentuais de RL de acordo com os biomas. Em todos esses aspectos, o Brasil entendeu que a RL era uma ferramenta que poderia atender a esses elementos. Independentemente do parecer sobre este instrumento, é inegável que a RL do Brasil tem desempenhado papel relevante na manutenção da cobertura vegetal e conectividade entre fragmentos em um país onde o setor do agronegócio corresponde a 21% do PIB em 2019. Adequadamente adaptado a particularidades locais, este instrumento pode ser útil para outros países interessados em conservar seus recursos naturais fora das áreas protegidas tradicionais.

Isso vem sendo considerado por alguns autores um aspecto negativo na dinâmica produtiva das áreas, o que tem causado atrasos na aplicação desta, mesmo desde o período imperial, quando uma figura primitiva da RL foi estabelecida.

5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa de periódicos, obras sobre o assunto abordado e aplicação de questionário a cinco funcionários que trabalham com o cadastro de terras da região Oeste do Pará e procuram o cartório em busca de legalização de terras ou para esclarecimento de dúvidas.

O presente trabalho de pesquisa foi realizado com base nas experiências práticas com a problemática tratada e análise de exemplos que estimulam o entendimento do trabalho e a comparação entre a teoria, realidade na região estudada, e a prática que tem sido utilizada conforme os costumes da região.

Nesta pesquisa, a natureza exploratória se evidencia por meio da fase de levantamento bibliográfico para aprofundamento dos conceitos e legislações existentes, as leis existentes em âmbito federal como a REURB, A Lei Federal nº 13.465/2017, de 11 de julho de 2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018. A revisão da literatura, foi crítica, meticulosa e ampla.

No início do questionário, os sujeitos deveriam apenas colocar suas iniciais a fim de não se identificarem totalmente, no entanto eles se recusaram a assinar pelo medo que sentiram da retaliação política, pois são cargos comissionados. Dessa forma, identificá-los-ei como sujeito 1, 2, 3 e assim por diante. Todos são do gênero masculino. Enquanto limitação para que se possa tomar esses dados como sendo definitivos, há de se considerar o baixo grau de instrução dos respondentes e a sua baixa capacidade cultural sobre essas questões. Dessa forma, não foi possí-

vel ir além, porque esses sujeitos não estão, de certa maneira, aptos a responder com maior profundidade, inclusive aqueles que ocupam funções no poder público. Para a análise dos dados construíram-se quadros que sintetizaram as respostas obtidas junto aos Entrevistados (E).

6 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Quando questionados sobre a possibilidade de a regularização fundiária melhorar os serviços públicos essenciais, a partir das respostas, pode-se entender que todos os respondentes convergem para a ideia de que a regularização traz benefícios “sim, acredito que com a regularização traga mais recursos para o município (E3), “Sim, acredito que com a regularização a prefeitura poderá recolher mais verbas para a implementação dos serviços” (E5). Percebe-se um baixo nível de compreensão das possibilidades de ganho a partir da regularização, pois os sujeitos são muito superficiais nos seus relatos. Assim, é possível notar que eles não conseguem compreender com clareza quais são os benefícios que ali aparecem. Faltam também, por exemplo, conhecimentos sobre os direitos gerados ao longo do tempo pela própria tolerância e informações sobre os elevados custos absolutos e relativos dos programas de melhoramento. Ou até mesmo em relação à ocupação informal acompanhada por uma crescente convicção tanto das autoridades quanto da opinião pública de que os assentamentos consolidados devem ser melhorados por meio da introdução de infraestrutura, fornecimento de serviços urbanos básicos e equipamentos.

No entanto, quando se questionou sobre as vantagens da regularização fundiária, há um movimento consideravelmente distinto. Foram apontadas como vantagens o “melhoramento urbano” (E1), “A inclusão social e reconhecimento do direito de propriedade e linhas de financiamento com juros baixos” (E2), “As vantagens da regularização são inúmeras, assim como a geração de maior recursos e investimentos na região e trazendo dignidade e cidadania à população” (E4).

Nessas respostas, temos presente uma das dimensões de cunho social: a sustentabilidade. Outra perspectiva também foi acionada, debruçando-se sobre questões voltadas para a economia. Assim, a regularização fundiária passa a ter, para esses respondentes, o potencial de gerar benefícios econômicos ainda maiores do que aqueles que poderiam ser obtidos apenas com um aumento da segurança sobre a posse da terra. Isso reforça o que Gonçalves (2009) afirma sobre a razão disso ser que a regularização, ao concentrar e sistematizar informações relativas à propriedade, aumenta a certeza sobre as características sociais e econômicas de um espaço. Além disso, a regularização pode reduzir os conflitos de terra e, por meio de melhores informações cadastrais, pode resultar em um melhor sistema de administração de terras.

Embora todos esses pontos estejam entrelaçados nas respostas, parece haver uma falta de clareza de conteúdos nas falas dos sujeitos, isso porque, quando questionados mais pontualmente sobre o social-econômico, as respostas tornam-se extremamente superficiais: “sim” (E2), “com certeza” (E5). Aqui, percebe-se, como dito anteriormente, uma falta de explicação sobre o que foi perguntado. Mesmo que o enunciado não indique “justifique sua resposta” as perguntas feitas aos entrevistados os induziam a se posicionar mediante as perguntas. De modo geral todos afirmaram como a regularização se torna importante para o fomento ao desenvolvimento social e econômico da sociedade.

Uma questão central apresentada foi: o que dificulta o processo de regularização fundiária? Podem-se distinguir três tipos de políticas de regularização: i) aquelas cujo objetivo é sanear a situação do imóvel; ii) aquelas cujo objetivo é sanear a situação urbano-ambiental e iii) as integrais que articulam i) e ii). As experiências de políticas de regularização integral têm sido

escassas, como bem indicam os entrevistados. Geralmente, as políticas de regularização são implementadas de forma desarticulada, sendo as políticas do tipo i muito mais difundidas, como podemos notar nas respostas “A falta de vontade política de acesso e concretização de implementação da execução do processo regulatório.” (E3) e “O desinteresse da gestão do município e do Estado” (E4). Tal fato deveu-se a intervenção ser menos onerosa, ter maior visibilidade em termos políticos e ter recebido forte promoção de alguns organismos internacionais devido aos seus supostos efeitos multiplicadores.

Os posicionamentos demonstrados frente ao questionamento sobre o que pode ser realizado para a melhoria das condições da regularização fundiária, os posicionamentos manifestados apontam para uma responsabilização ao nível de governo ou autoridade em matéria do tratamento dos mais distintos recursos da regularização fundiária, “o gestor municipal executar o projeto” (E1), bem como a necessidade de estabelecimento de parcerias entre o público e o privado, “uma parceria entre o segmento público e privado para implementação” (E4), importante destacar que a regularização deve ser um objetivo tanto no urbano quanto no rural, pois permitiria direcionar a demanda por responsabilidade com melhores resultados ou cobrar prestação de contas das autoridades aos seus cidadãos. Os problemas surgem quando o município apresenta uma clara falta de capacidade institucional, o que se manifesta na não visualização ou priorização das obras públicas, na falta de recursos humanos e financeiros, no não cumprimento das suas obrigações para prestar o serviço sem qualquer penalidade ou responsabilidade ou com baixa eficiência na recuperação dos custos do serviço.

Sem dúvidas, dentre todas as perguntas, esta foi a mais técnica: Os municípios que realizaram o processo de regularização melhoraram os índices de desenvolvimento sustentável e respeito ao meio ambiente?, a ponto de exigir um certo conhecimento dos índices de desenvolvimento sustentável, o que, consequentemente, só poderia ser respondido, dentro das condições supracitadas, se houvesse um maior e constante estudo na área. Sendo assim, dois respondentes disseram que não sabiam (E3 e E4), e os demais afirmaram sem justificativa plausível e com dificuldade, por exemplo: “Sim. Porque com essa organização pode ser feita o estudo e implementação de bairros com toda a infraestrutura necessária” (E5). Dentro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável implementados pela ONU, os objetivos 6, 7 e 8 convergem com as propostas da regularização fundiária, como garantir a disponibilidade e gestão sustentável de água e saneamento, o acesso a energia acessível, confiável, sustentável e moderna, bem como se volta para a promoção do crescimento econômico, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos.

Diante desse cenário, cabe apontar uma crítica acerca da própria legislação da ReUrb, da Regularização Fundiária e do Código Florestal. Ressalta-se isso, porque há uma grande questão que permeia essa falta de conhecimento dos respondentes: a característica essencialmente técnica desses documentos torna-os incapazes de alcançarem igualmente a população, mesmo aquela que trabalha na área. Há uma grande dificuldade para compreender essas instruções formais, uma vez que muitos dos servidores não têm nem ao menos capacitação.

Quando questionados sobre quem é o principal responsável pela regularização fundiária, mais uma vez, vemos o poder municipal sendo acionado, “O poder público detentor das terras localizadas na área a ser regularizada” (E3), “A prefeitura é responsável pelo desenvolvimento do município e de sua população” (E5). No conceito de território o poder dos atores é um conceito transformador do mesmo, cujas interações e rotinas de contato criam o espaço.

Tradicionalmente, os esforços de regularização têm se concentrado na *titulação de um sujeito*, como se pode perceber com as respostas dos entrevistados. No entanto, o problema que persiste nas experiências resididas no Pará é a geração de áreas legalizadas com deficiências de

infraestrutura e equipamentos de serviço público e com condições territoriais deficientes, incluindo paisagismo. A partir dos instrumentos de políticas públicas e normativas, é possível identificar que o interesse do poder público em abordar os problemas que essas comunidades apresentam não é suficiente, é preciso que o Estado entre com uma maior condição de financiamento nesse processo.

Alguns autores como Harvey (1996) apontam que parte do problema espaço-tempo na regularização fundiária se deve ao fato de que esses processos de inovação provocam uma debandada de mudanças - não apenas de produtos, processos, formas de trabalhar e estilos de vida, mas também espaciais - que desintegram formas territoriais para criar novas, radicalizam a organização do espaço, fragmentam e polarizam a sociedade. Porque diante de uma proposta artificial de um espaço de redes e fluxos, persiste outro espaço mais real, onde se realiza o cotidiano, concreto e não virtual, indissociável da cultura e da história da região.

O problema, então, é que esse tipo de espaço de fluxos que se pretende construir tende a concentrar cada vez mais a riqueza e o poder regional, pois localiza e hegemoniza as funções de direção, gestão, controle, produção de conhecimento e inovação, tornando-se o centros governantes do modelo espacial, mas ao fazê-lo desconecta esses territórios não competitivos, excluindo-os do sistema dominante, uma vez que esses novos modelos territoriais apenas articulam e integram aqueles territórios de que necessita porque são funcionais e rentáveis para a acumulação de capital. Isso exclui os demais territórios e, portanto, seus habitantes, o que provoca uma contradição, um conflito, ou deixando-os como reserva de trabalho ou depósito de resíduos. Isso invariavelmente acaba se manifestando nas desigualdades, entre a riqueza e a pobreza.

Embora seja difícil prever as consequências se os atores marginalizados não forem levados em consideração, os conflitos atuais, como os observados nas respostas dos entrevistados, são um bom indicador de que comprometem seriamente o equilíbrio regional em todas as suas áreas. Por isso, é importante superar a visão convencional do capital na dinâmica econômica atual (valores de uso e troca, acumulação e transnacionalização do capital), destacando a importância da criação de capital humano (capacidades das pessoas), desenvolvendo o capital social (relações, redes, etc., que facilitem a governança e ampliem o acesso aos serviços básicos) e mantenham e valorizem o estoque de capital natural (base de recursos naturais) por meio do fortalecimento das capacidades culturais e políticas da sociedade desta região metropolitana. Portanto, essas organizações devem ser reconsideradas como atores importantes.

Embora as abordagens das entrevistas pareçam relativamente simples de enunciar, não são na hora de aplicá-las, pois implicam em um ambiente e políticas favoráveis que garantam a estabilidade e a equidade social, cultural, política e econômica das comunidades humanas, o que significa um grande esforço político, forças para resolver seus problemas e diferenças.

CONCLUSÕES

Enquanto sujeito repleto de experiências vividas dentro do *locus* desta pesquisa, afirma-se que as condições de emergência para produções de saberes e para o trabalho com as materialidades dispostas no desenvolvimento da discussão teórico-analítica foi permeada por inúmeras dificuldades. Dentre elas, é possível citar a ausência de políticas, de financiamento, bem como a presença de impostos e outros dispositivos regulatórios e organizacionais situados nas relações entre quem pode falar, quem não pode falar e em que momento um discurso deve aparecer.

De uma forma geral, após aplicados os questionários, verificou-se que as respostas são coincidentes e convergem para um mesmo ponto em comum a falta de interesse e vontade política das atuais gestões da esfera municipais, tendo em vista que é um processo demorado e a longo prazo verifica-se a colheita de resultados e dos frutos semeados. As respostas indicaram, na sua imensa maioria, que o primeiro passo seria uma maior vontade política para executar o que já está previsto em lei na sua prática. E devido a crise da saúde em que nós encontramos os outros setores restaram esquecidos ou sem importância necessária para o momento. Os agentes públicos reconhecem a importância desse estudo e sua efetividade, contudo esbarram na falta de apoio ou escolha política do seu atual gestor.

A abordagem da pesquisa compreendeu entre comparação entre a literatura e uma pesquisa de campo realizada entre os principais atores que compõem esse o processo de regularização fundiária assim como: posseiros, proprietários, servidores públicos, registradores de imóveis, engenheiros ambientais e florestais, ocupantes, detentores de posse e ocupadores de posse. Um processo bem complexo que demanda um estudo da ampla legislação existente envolvendo os poderes públicos municipais, estaduais e federais.

Nesse trabalho de pesquisa identificamos uma ampla legislação envolvendo todos os registros públicos, entes cadastramento dos títulos de propriedade, os órgãos do Ibama, Secretaria do Meio Ambiente, Estaduais e Municipais. Um procedimento que vem trazer mais dignidade e cidadania a população. A legislação atual possui a REURB, A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (Reurb) é o processo que inclui medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais com a finalidade de incorporar os núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

As medidas jurídicas correspondem especialmente à solução dos problemas dominiais, referente às situações em que o ocupante de uma área pública ou privada não possui um título que lhe dê segurança jurídica sobre sua ocupação. É o aspecto da falta de um “documento” que dê a plena propriedade ao beneficiário direto da Reurb.

Em suma, no trabalho concluímos que a principal dificuldade na imensa maioria dos municípios dessa região é a falta de interesse das gestões municipais em executar e desenvolver as políticas públicas de regularização, emissão de títulos, cadastramento e mapeamento, conforme a lei, na maioria das vezes ficam em segundo plano em detrimento aos setores que o investimento é a curto prazo e trazem benefícios eleitorais na campanha eleitoral, e os demais projetos ficam esquecidos tendo em vista que o retorno é a longo prazo e mais moroso. Vale ressaltar que, uma vez realizada a regularização fundiária os benefícios são para todas as pessoas envolvidas e um maior acesso aos serviços públicos essenciais assim como: água encanada, saneamento, energia, coleta de lixo, tratamento de esgoto, educação, saúde, etc.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Função Social da Posse**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. Lei 4.504 de 30 de Outubro de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L4504.htm>. Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. Lei 11.481 de 31 de Maio de 2007. **Ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11481.htm. Acesso em set 2021.

Registro de imóveis na região oeste do Pará: dificuldades encontradas na regularização fundiária sustentável e as (im)possibilidades de mitigação

BRASIL. **Regularização Fundiária Urbana:** como aplicar a Lei Federal nº 11.977/2009/MP 459. Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos. Brasília, 2012.

BRASIL. Lei 3.057 de 30 de Novembro de 2000. **Lei de Responsabilidade Territorial.** Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2008/01/02/imported_10329/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei 10.257 de 10 de Julho de 2001. **Estatuto da Cidade.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei 11.977 de 7 de Julho de 2009. **Programa Minha Casa, Minha Vida PMCMV e a regularização fundiária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 12 out 2020.

BRASIL. Lei 13.465 de 11 de Julho de 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 12 out 2020.

BRASIL. MP 759 de 2016. **Reforma agrária e regularização das ocupações em Estados da Amazônia.** Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/127879>>. Acesso em: 12 out 2020.

BRASIL. Lei 9.310 de 15 de Março de 2018. **Estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm>. Acesso em: 12 out 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 23.793, DE 23 DE JANEIRO DE 1934.** Aprova o código florestal que com este baixa, Brasília, DF, jan 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CABRAL, Francisco Leite. **A função social do imóvel rural: princípio e aplicabilidade no Brasil.** Dissertação de mestrado – UFG, Goiânia, 1997.

CARVALHO, S. N. **Planejamento urbano e democracia: a experiência de Santos.** Tese de Doutorado. Campinas, Departamento de Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp, 1999.

CASTELLS, Manuel. **Cidade, democracia e socialismo.** São Paulo: Paz e Terra, 1980.

COMBY, J. Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne. **Etudes Foncières**, n.128. p. 38-44, 2007.

CRUZ, Leila Rodrigues da. **A função social da propriedade e a Constituição Federal.** 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11420/A-funcao-social-da-propriedade-e-a-Constituicao-Federal>>. Acesso em: 28/11/2020.

FERNANDES, E. **Law and urban change in Brazil England.** New York: Avebury, 1995.

GADELHA, Regina Maria Fonseca. **Conquista e ocupação da Amazônia: a fronteira Norte do Brasil.** Amazônia Brasileira, v. 16, n. 45, p. 63-80, 2002.

GONÇALVES, Rafael Soares. **Repensar a regularização fundiária como política de integração socioespacial.** Cidade e exclusão, v. 23, n. 66, p. 237-250, 2009.

HARVEY, David. **Do gerenciamento ao empresariamento: a transformação da administração urbana no capitalismo tardio.** Espaço e Debate, n. 9, p. 48-65, 1996.

HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro; COELHO, Luana Xavier Pinto; MEIRINHO,

Bruno César Deschamps. **A usucapião especial urbana como instrumento de regularização fundiária plena: desafios para um giro hermenêutico rumo à nova ordem jurídico-urbanística.** Revista de Direito da Cidade, v. 9, n. 3, p. 972-1001, 2017.

IBGE. **Informalidade supera 50% em 11 estados do país, diz IBGE.** 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/02/informalidade-atinge-recorde-em-19-estados-e-no-df-diz-ibge.shtml>>. Acesso em: 19 de março de 2020.

LE ROY, Étienne *et al.* Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité. In: SACCO, Rodolfo (ed.). **Le nuove ambizioni del sapere del giurista:** antropologia giuridica e traduttologia giuridica. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1996.

LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. **Direito agrário.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função Social da Terra.** Porto Alegre: Editora Fabris, 2003.

MPPR, Ministério Público do Paraná. **Regularização Fundiária.** 2015. Disponível em:

<http://www.urbanismo.mppr.mp.br/pagina-22.html>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

MOREIRA, Eliane. **O cadastro ambiental rural: a nova face da grilagem na Amazônia?** 2017. Disponível em: <<https://abrampa.org.br/site/?ct=noticia&id=230>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

MELO, José Mário Delaiti de. **A função social da propriedade.** 2013. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

PARÁ. **Governo do Estado do Pará.** 2011. Disponível em: <http://www.pa.gov.br/O_Para/opara.asp>. Acesso em 10 out 2021.

SOTO, Hernando. **O mistério do capital:** por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UNGER, Mangabeira. **Regularização fundiária é o maior problema na Amazônia, diz Mangabeira.** 2008. Entrevista concedida à Agência Brasil. Disponível em: <<https://www.blogquartopoder.com.br/search?updated-max=2008-09-22T08:15:00-07:00&max-results=20&reverse-paginate=true&start=60&by-date=false>>. Acesso em: 13 de março de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Usucapião coletivo no novo Código Civil.** 2003. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/944/usucapiao-coletivo-no-novo-codigo-civil>>. Disponível em: 18 de abril de 2020.

EXCLUSÃO DIGITAL NA AMAZÔNIA E SEUS IMPACTOS NA ORDEM GLOBAL

Brychtn Ribeiro de Vasconcelos

Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Amazonas.
brychtn@gmail.com

Resumo: O artigo discute o atual cenário da sociedade digital, explanando sobre os excluídos digitais e as consequências na ordem social, política e cultural. Como aporte metodológico utilizou-se o método de abordagem dedutivo, propiciando uma visão ampla acerca das TICs e suas implicações, já quanto ao método de procedimento utilizou-se da análise quali-quantitativa para mapear a situação da exclusão digital no Norte do Brasil.

Palavras-chave: Tecnologias; Sociedade digital; Internet; Exclusão Digital.

Digital exclusion in Brazilian Amazon and its impacts on the global order

Abstract: The article discusses the current scenario of digital society, explaining about the digitally excluded and the consequences on social, political and cultural order. The deductive approach method was used, providing a broad view on ICTs and its implications. The methodological procedure used the qualitative and quantitative analysis to map the situation of digital exclusion in Northern Brazil.

Keywords: Technologies; Digital society; Internet; Digital exclusion.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos são um dos elementos amplamente destacadas e utilizados na atual sociedade, proporcionando novas descobertas a cada minuto. A revolução digital transformou nossas vidas e sociedades com velocidade e escala sem precedentes, oferecendo imensas oportunidades e desafios.

O crescimento acelerado e a democratização dos meios digitais permitiram que fossem utilizados em toda parte, tornando a vida mais fácil. Isso possibilitou a comunicação e o acesso rápido a qualquer parte do globo de forma instantânea, gerando aumento na produtividade econômica, entre outros.

Os avanços digitais geraram riqueza em tempo recorde, mas essa riqueza foi concentrada em torno de um pequeno número de indivíduos, empresas e países. Sob as políticas e regulamentações atuais, é provável que essa trajetória continue, contribuindo ainda mais para o aumento da desigualdade.

Keen (2015) explica muito bem as analogias que o mundo contemporâneo digital pode ocasionar quando distribuído de maneira desigual. Em vez de promover justiça econômica, pode ser a razão central para o crescente abismo entre os ricos e pobres. Em vez de tornar a população mais rica, o capitalismo distribuído da nova economia digital pode tornar a maioria mais pobre. Em vez de gerar mais trabalho, esta interrupção digital pode ser a principal causa da crise estrutural de desemprego (Keen, 2015).

Por isso, o mundo digital exigirá uma gama de habilidades novas e diferentes, uma nova geração de políticas de proteção e inclusão social. O investimento em educação, enraizado não

apenas no aprendizado, mas também no fornecimento de acesso ao longo da vida com oportunidades de aprendizado para todos.

Variações entre e dentro dos países nos níveis de conectividade digital e disponibilidade para se beneficiar da economia digital estão criando preocupações para os governos, especialmente nos países em desenvolvimento. Devemos trabalhar para impedir a exclusão digital, onde mais da metade do mundo tem acesso limitado ou inexistente à Internet. A inclusão é essencial para a construção de uma sociedade digital para todos (UNCTAD, 2019).

A realidade de países como o Brasil deve ser considerada ao se pensar no uso das novas tecnologias digitais, pois assimetrias e desigualdades regionais no uso das novas formas de conhecimento levam à exclusão digital.

Hoje, 70% dos brasileiros usam a Internet. Porém a região Norte apresenta os piores indicadores quanto à infraestrutura, qualidade e oferta da Internet. De acordo com Santos (2006) as causas da desigualdade digital no Brasil são as mesmas que fazem do país um dos líderes no *ranking* mundial em termos de desigualdade social, concentração de renda e persistência do latifúndio, surgindo os excluídos digitais.

É necessário encontrar soluções que permitam que mais países aproveitem a economia digital de modo que a sociedade digital e os fluxos de *know-how* tecnológico se difundam cada vez mais pelo mundo. Segundo Barbosa (1979) o *know-how* é o corpo de conhecimentos técnicos e de outra natureza, relativamente originais e escassos, que permitem, a quem os detenha, uma posição privilegiada no mercado.

O que procuramos discutir no presente trabalho é o cenário contemporâneo da sociedade digital, marcada pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet e o caso daqueles que ainda encontram-se à margem de todo esse contexto, ou seja, fora do âmbito de participação digital, resultando em processo de exclusão digital. O que se ressalta, em particular, é o caso dos excluídos digitalmente na região da Amazônia e seus prejuízos na ordem global.

1 SOCIEDADE DIGITAL

A Revolução Industrial modificou os parâmetros técnicos de produção até então existentes e vislumbrou um crescimento exponencial na utilização de tecnologias como desenvolvimento, ampliando os meios de estruturas de produção e comercialização econômica, marcando os séculos subsequentes com uma série de inovações e conquistas tecnológicas, sobretudo das TICs e da Internet (Barros et al., 2016; Verszto, 2008).

De acordo com Keen (2015), hoje a revolução digital representa o que Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee (2014) chamaram de “segunda revolução industrial”.

Uma tendência dominante nos dias atuais é a transformação em direção à “sociedade do conhecimento”, termo que segundo Werthein (2000) passou a ser utilizado como substituto para “sociedade pós-industrial” transmitindo o novo paradigma técnico-econômico. Esse novo paradigma é tendência dominante tanto nos países industrializados, como em países em desenvolvimento, transformando a economia e sociedade.

A rápida evolução das tecnologias da informação provocou mudanças profundas na estrutura da nossa sociedade, transformando o cenário social da vida humana e oferecendo vantagens como um vasto volume de informação nos mais variados níveis de conhecimento, transformando assim, não apenas a organização do modelo econômico, mas também a participação po-

lítica e a interação social (Gomes, 2002; Balboni, 2007). Segundo Castells (1999, p. 49), as tecnologias da informação abrangem “o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (software e hardware), telecomunicações/rádiodifusão, e optoeletrônica”.

Essa revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começa então a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado. Castells (1999) explica que esse novo sistema de comunicação universal digital promove a integração global da produção e distribuição de palavras, sons e imagens, com novas redes de computadores crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação a cada dia.

De acordo com Zuboff (2015) somente a tecnologia da informação tem capacidade para automatizar e informar. Neste sentido, destaca-se uma extraordinária indução aos meios tecnológicos, onde diversos Estados desenvolveram estratégias de modo a levar os seus cidadãos a ter acesso a possibilidades democráticas virtuais, criando uma rede de indivíduos conectados e interlocutores das mais diversas demandas e pautas, sejam elas políticas, sociais ou culturais (Barros et al., 2016).

Essa democratização no acesso aos meios tecnológicos e digitais é conduzida pela “liberdade de informação e os correlatos direitos à informação⁴ e de acesso à informação, além de direitos humanos e fundamentais de alta relevância, que representam técnicas democráticas de alta densidade na conformação das relações humanas numa determinada comunidade política e social” (Sarlet; Molinaro, 2014).

Van Dijk; Hacker (2018, p. 3) aponta alguns tópicos relevantes com base na democracia digital:

1. A democracia digital melhora a recuperação e o intercâmbio de informações políticas entre governos, administrações públicas, representantes, organizações políticas e comunitárias e cidadãos.
2. A democracia digital apoia o debate público, a deliberação e a formação da comunidade.
3. A democracia digital aumenta a participação na tomada de decisões políticas dos cidadãos.

O desenvolvimento e as transformações tecnológicas revolucionaram a sociedade do conhecimento e, como mencionado por Polido (2018: 20):

A Internet constitui-se, antes, autêntico “espaço transnacional de comunicação e informação”, no qual o conhecimento pode ser construído, a ciência pode avançar, e, acima de tudo, as interações humanas tendem a evoluir ou involuir, dependendo justamente das abordagens e escolhas que se adotem. Ela também deve [...] estar em sintonia com os avanços que a humanidade alcançou em distintos estágios civilizacionais e emancipatórios, chegando à afirmação de constituições, códigos, leis e, acima de tudo, dos direitos humanos.

Essa sociedade global de conhecimento possibilita a convivência com formas variadas e simultâneas de interação humana. Porém, segundo Sacristan (2001), a globalização acelera e fortalece o processo de comunicação entre as culturas, porém ao mesmo tempo, é capaz de impor ideias e comportamento de forma desigual entre as diferentes civilizações.

Grandes mudanças no mundo ocorreram com movimentos em direção à democratização e à globalização. A globalização e a expansão da sociedade digital estão obviamente relacionadas, mas a política de ambas permanece incerta (Van Dijk; Hacker, 2018).

Quando a comunicação se rompe “surge uma alienação entre os grupos sociais e indivíduos que passam a considerar o outro um estranho, finalmente uma ameaça. Nesse processo, a

fragmentação social se propaga, à medida que as identidades se tornam mais específicas e cada vez mais difíceis de compartilhar” (Castells, 1999, p. 41).

A falta de acesso, ou acesso marginal, aos meios digitais incide no processo de exclusão digital e conseqüentemente a exclusão social. Numa democracia, significa exclusão política (Van Dijk; Hacker, 2018).

2 EXCLUSÃO DIGITAL

A incorporação desse novo conceito de universalização dos serviços digitais deve abranger a democratização, não privilegiando apenas a forma física, mas também o conteúdo (Gomes, 2002). A elaboração de políticas nos níveis nacional e internacional precisa mitigar o risco da digitalização ampliar as divisões existentes e criar novas lacunas.

Populações menos favorecidas, de países em desenvolvimento, se encontram com frequência, destituídas do uso e fruição dos serviços digitais. Sendo assim, são excluídas “digitalmente” e afastadas de recursos básicos de educação, ciência e tecnologia, que são a base para um funcionamento equitativo e aplicação da Internet (Polido, 2018).

O termo exclusão digital ou divisão digital (*digital divide*) tem sua origem na década de 1990 com a publicação de um artigo no jornal Los Angeles Times por Webber & Harmon (1995) de acordo com Larry Irving da Irvinfo.com.

Conceituar a exclusão digital é um processo complexo, de várias dimensões, contudo, Almeida et al. (2005: 56) a conceitua como “um estado no qual o indivíduo é privado da utilização das tecnologias de informação, seja pela insuficiência de meios de acesso, seja pela carência de conhecimento ou por falta de interesse”.

Em relação às questões de acesso à Internet e acesso a bens do conhecimento, Polido (2018: 60) acrescenta que:

O próprio Brasil, como se sabe, comporta regiões menos desenvolvidas e mais afastadas dos centros de fluxo de informação de base local, evidenciando as sutilezas do monopólio do conhecimento e da tecnologia no tempo e no espaço. Assimetrias e desigualdades regionais em termos geográficos e de desenvolvimento também prejudicam a concretização de direitos fundamentais relativos ao acesso à internet e aos bens do conhecimento.

É possível que a exclusão digital seja construída a partir de um processo dialético de inclusão e exclusão, semelhante à exclusão social. Portanto, entender as relações e correlações entre a exclusão digital e as formas de exclusão social é imprescindível para uma definição mais precisa (Sawaia, 1999).

Desta maneira, é averiguado que somente o incentivo ao desenvolvimento tecnológico não é suficiente para superar os desafios da exclusão digital. É necessário também incentivar a democratização da informação, ampliando o acesso do cidadão aos espaços públicos de produção e divulgação do conhecimento, bem como, melhorar a distribuição de renda, assim como o desenvolvimento dos recursos humanos locais e a construção de uma rede digital rizomática (Miranda; Mendonça, 2006). Além disso, políticas nacionais e internacionais efetivas são necessárias para garantir que os ganhos sejam distribuídos de forma equitativa entre e dentro dos países.

3 CENÁRIO DA EXCLUSÃO DIGITAL NO MUNDO E NO BRASIL

De acordo com Miranda; Mendonça (2006), o nível de exclusão digital dos países é medido em termos do número de telefones, computadores e usuários da Internet. Essa medição se faz ainda em termos de raça, gênero, idade, deficiência, localização e renda entre grupos específicos dentro de cada país.

O monitoramento do fosso digital continua sendo importante. Embora o número de usuários da Internet tenha crescido 60% entre 2010 e 2015, metade da população mundial permanece *offline* de acordo com o relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2019). A conectividade de banda larga nos países em desenvolvimento, quando disponível, tende a ser relativamente lenta e cara, limitando a capacidade das empresas e pessoas de usá-la produtivamente.

Apenas 16% da população adulta do mundo usa a Internet para pagar contas ou comprar itens. E enquanto mais de 70% da população em vários países desenvolvidos já compra bens e serviços *online*, a participação equivalente na maioria dos países menos desenvolvidos é inferior a 2%. Enquanto isso, a maioria das micro, pequenas e médias empresas nos países em desenvolvimento está mal preparada para tirar proveito da economia digital e, portanto, pode perder oportunidades para aumentar sua produtividade e competitividade (UNCTAD, 2017).

De acordo com relatório do Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI), na última década o Brasil apresentou um crescimento notável do número de usuários de Internet, saindo de 39% da população brasileira que usava a Internet, em 2009, para 70%, em 2018, representando uma estimativa de 126,9 milhões de indivíduos com dez anos ou mais conectados (CGI, 2019). De acordo com o relatório, a Internet passou a ser elemento fundamental de socialização e ferramenta básica para aqueles que entram no mercado de trabalho. Contudo, essa expansão não é uniforme, apresentando desigualdades regionais no acesso e no uso da Internet e de acordo com as diferentes regiões e classes sociais.

Entre as regiões do país, o Sudeste apresentou o maior percentual de domicílios com acesso à Internet (73%). Esse percentual também ficou acima da média nacional no Sul (69%). Enquanto as porcentagens de domicílios conectados à Internet nas regiões Centro-Oeste (64%) e Norte (63%) estavam próximas da média nacional, o Nordeste apresentou o menor percentual (57%). O Sudeste e o Nordeste são as regiões mais populosas do país e, portanto, contêm o maior número de domicílios com conexão à Internet – 22 milhões e 10,5 milhões, respectivamente, além de apresentar o maior número absoluto de domicílios não conectados (aproximadamente 8,2 milhões no Sudeste e 7,9 milhões no Nordeste) (CGI, 2019).

Apesar da região Norte do Brasil, manter a média nacional de domicílios ligados à Internet, pesquisa realizada pelo Núcleo de Informações e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) em conjunto com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que a região Norte possui os piores indicadores quanto à infraestrutura, à qualidade da Internet e oferta à população. Além disso, a velocidade de tráfego de dados é a mais baixa dentre as regiões do país.

Diante do exposto sobre a problemática referente à exclusão digital e suas consequências na ordem social, política e cultural, uma análise detalhada da região Norte é de extrema importância para apontar as causas e discutir melhorias.

4 EXCLUSÃO DIGITAL NA AMAZÔNIA E SEUS IMPACTOS NA ORDEM GLOBAL

As variáveis socioeconômicas entre as regiões do Brasil são um dos fatores que atuam nas disparidades das demandas tecnológicas e virtuais, as quais passam a compor o cenário de exclusão digital.

De acordo com os dados do IBGE (2015):

A Amazônia é a região compreendida pela bacia do rio Amazonas, a mais extensa do planeta, formada por 25.000 km de rios navegáveis, em cerca de 6.900.000 km², dos quais aproximadamente 3.800.000 km² estão no Brasil. Já a Amazônia Legal, estabelecida no artigo 2 da lei nº 5.173, de outubro de 1966, abrange os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, parte do Maranhão e cinco municípios de Goiás. Ela representa 59% do território brasileiro, distribuído por 775 municípios [...].

Com o advento da Revolução Industrial, muitas modificações ocorreram em todas as regiões do Brasil, sobretudo nas terras amazônicas, visto que o extrativismo e, em especial, a descoberta da vulcanização da borracha, a partir do látex, propiciaram o cenário ideal para o fluxo migratório na região.

Ratificando Barros et al. (2016: 668):

No fim do século XIX, com o advento da Revolução Industrial, muitas fábricas passaram a operar nas terras amazônicas. Desse modo, a Inglaterra demonstrou interesse pela floresta e lá encontrou a mais importante matéria-prima extraída dos seus seringueiros, a borracha. Tal extração ficou conhecida como a época do Ouro Negro, tendo em vista as oportunidades de trabalho, que levou cerca de trezentos mil nordestinos para aquela região, bem como homens vindos das mais diversas partes do mundo.

Na Segunda Guerra Mundial, a região voltou a ser intensamente explorada quanto à produção de borracha para as tropas e equipamentos dos Aliados (Loureiro, 2002).

Surgem assim os primeiros “povos da floresta”, que apesar de dividir seu território com outras nacionalidades, foram os pioneiros no processo de colonização da Amazônia, motivados pelas terras férteis e riquezas extrativas que tornavam aquele território um ambiente ecologicamente sustentável para os seus habitantes (Barros et al., 2016).

As populações contemporâneas da Amazônia são compostas de grupos sociais urbanos e rurais heterogêneos do ponto de vista da situação econômica; de sociedades e comunidades indígenas de distintos e diversos modos de adaptação e articulação histórico-cultural; de grupos isolados remanescentes de fricção interétnicas e de arranjos próprios de sobrevivência com a sociedade nacional; e, ainda, de grupos e contingentes populacionais deslocados para a região por mecanismos governamentais ou promovidos por fluxos de exploração econômica ou reajustes institucionais na Amazônia (Freitas, 2009: 23-24).

Como visto, apesar da grande superfície ocupada pela Amazônia – que representa 60% da superfície do Brasil – seus indicadores socioeconômicos são bem menores. O PIB não passa de 5%, reunindo apenas 10% da população urbana e 12% da população total (Théry, 2005). Segundo dados do IBGE (2015), os Estados do Amazonas e Roraima apresentam as menores densidades demográficas (hab./km²), com 2,23 e 2,01, respectivamente. Outro dado importante é sobre a educação e o percentual de pessoas alfabetizadas na região. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD contínua) em 2019, a taxa de analfabetismo das pessoas de 14 anos ou mais de idade na região Norte foi estimada em 5,7% (IBGE, 2019).

Todos esses fatores acarretam em impactos diretos sobre a disseminação e avanço das novas TICs e Internet na região. O relatório da pesquisa realizada pelo Centro de Estudos sobre

Tecnologias da Informação e da comunicação (CETIC, 2017) revelou que apenas 50% da região Norte tem acesso à Internet. Conforme os dados do CGI (2018) entre os domicílios sem acesso a Internet na região Norte, o principal motivo para a falta de internet foi o custo elevado do serviço (71%). A maior preocupação apontada pelo NIC.br está no acesso à Internet em escolas rurais, que no Norte é de apenas 14%.

Historicamente o norte do país é a região que menos possui cobertura de telecomunicações, leia-se serviço de telefonia fixa, celular, fibra óptica e acesso a internet. A deficiência deve-se ao fato de alto custo tecnológico de investimentos para a consolidação do setor na região. Argumento este apresentado, sobretudo, pelas empresas privadas de telecomunicações que atuam na Amazônia com a autorização do governo federal e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) (Fonseca, 2012: 8-9).

Essa clara exclusão digital impede as populações da Amazônia de ampliarem seu conhecimento, seja ele tecnológico ou não, refletindo em prejuízos de ordem global, pois induz sobre o sistema econômico, social e cultural, além dos aspectos relacionados aos direitos humanos.

No século XXI, o acesso à informação e ao conhecimento tem se tornado deliberativo para o desenvolvimento global, incluindo indivíduos, comunidades e nações (McNamara, 2000). A adoção das TICs abre novas possibilidades para países em desenvolvimento devido à possibilidade de absorverem experiências já testadas, reduzindo custos e aumentando a produtividade (Lopes, 2007).

Nesse sentido, Moura (2012) explana que a democratização das tecnologias digitais deve completar as inter-relações que coexistem em cada região, incluindo a análise dos determinantes do processo, o papel dos atores envolvidos e os deslocamentos atuais do conceito de inclusão digital.

Barros et al. (2016) aborda que a inclusão digital sob a ótica da Amazônia demanda enfoques que excedem a instalação da rede mundial de computadores e acesso à Internet, mas propõe-se ainda, respeitar e proteger física, geográfica e materialmente os valores e os direitos da população em defesa dos seus ideais.

Moura (2012: 68) esclarece que “negligenciar a inclusão de comunidades tradicionais da Amazônia ao acesso às TICs é destituí-las de sua condição de sujeitos, aprofundando a desigualdade, impedindo que atores sociais se estruturam e se organizem originando novas formas de resistências coletivas contra a opressão”.

As principais frentes de políticas públicas, no contexto tecnológico, que visavam à inclusão, ocorreram a partir de 2010. O Governo Federal lançou o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), criado pelo decreto n.º 7.175/2010, com objetivo de massificar o acesso à Internet em banda larga no país, com meta de atingir 40 milhões de domicílios até o ano de 2014. No entanto de acordo com Anatel, após seis anos o programa foi encerrado com o fim da vigência dos termos de compromissos assinados com as operadoras. Na prática, houve uma grande disparidade na área de cobertura. O programa beneficiou principalmente os estados com maior acesso e infraestrutura fixa (Rio de Janeiro e São Paulo), enquanto a região Norte teve menor quantidade de atendimentos.

Em 2015, os Ministérios da Defesa, Comunicação e Ciência, Tecnologia e Inovação, deram início ao Programa Amazônia Conectada, amparada pela Portaria Interministerial n.º 586/2015. Esse projeto visa expandir a infraestrutura de comunicações e contribuir com a conectividade na região. Porém entre os anos de 2017 e 2018 ainda se discutiam novas diretrizes de condução para implementação do projeto.

Nesse contexto é possível notar que a exclusão digital na Amazônia está longe de sua erradicação e que existe ainda um grande caminho a ser percorrido. A inclusão digital, antes vista

como modismo, hoje precisa ser implementada como algo emancipador para os povos da região Amazônica, no sentido de formar cidadão capazes de produzir e usufruir de bens culturais, sociais e econômicos (Moura, 2012).

Sendo assim, é necessário fomentar a universalização dos serviços digitais, ou seja, conceber soluções e promover ações que envolvam desde a ampliação e melhoria da infraestrutura de acesso até a formação do cidadão, para que este possa utilizar todos os serviços disponíveis pela sociedade digital (Gomes, 2002).

É claro que os ganhos de desenvolvimento inclusivo da economia digital não serão alcançados automaticamente pela simples expansão do acesso à conectividade de banda larga a preços acessíveis. No contexto atual, serão necessárias intervenções do governo em várias áreas de políticas relacionadas à digitalização para garantir resultados que possam apoiar os esforços e alcançar as metas de desenvolvimento sustentável (UNCTAD, 2019).

É importante fortalecer as capacidades dos países em desenvolvimento para se envolver e tirar proveito dos avanços da era digital. O escopo para criação e captura de valor em uma economia é significativamente aprimorado se os atores estatais e não estatais tiverem os recursos, habilidades e conscientização necessárias para transformar as oportunidades digitais em maior competitividade. Além disso, quanto maior for a democratização no acesso as TICs, maiores são as chances de repercussões positivas da introdução e adoção de tecnologias digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, já está claro que a era digital teve e continuará a ter impactos transformadores globalmente na maneira como vivemos, trabalhamos e desenvolvemos nossas sociedades e nossas economias. Aproveitar o grande poder das TICs pode ser uma das chaves para o sucesso, inclusive abrindo novos caminhos.

Ao mesmo tempo, sabemos que grande parte do mundo em desenvolvimento permanece desconectada da Internet e muitas pessoas não têm acesso as TICs. Essa clara exclusão digital impede as populações de ampliarem seu conhecimento refletindo em prejuízos de ordem global, pois induz sobre o sistema socioeconômico, cultural, ambiental e aos direitos humanos.

A elaboração de políticas públicas, que amplie o acesso dos cidadãos aos meios digitais é extremamente necessária para reduzir as lacunas da exclusão digital. Além disso, como o aumento da dependência de tecnologias digitais, que certamente influenciará a maioria dos setores e cadeias de valores globais, é essencial um planejamento contínuo de ampliação e democratização das TICs.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Lília Bilati et al. (2005). O retrato da exclusão digital na sociedade Brasileira. **Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 55-67.
- BALBONI, Mariana Reis. (2007). **Por detrás da inclusão digital: uma reflexão sobre o consumo e a produção de informação em centros públicos de acesso à Internet no Brasil**. Tese de Doutorado, Escola de Comunicação e Artes/Universidade de São Paulo.

BARBOSA, Denis Borges. (1979). Conceito jurídico de “**know how**”. Disponível em <https://www.researchgate.net/profile/Denis_Borges_barbosa/publication/237111485_Conceito_juridico_de_know_how/links/0deec5290a5af7f610000000.pdf>. Acesso em 21 nov. 2019.

BARROS, Bruno Mello Corrêa et al. (2016). As tecnologias informacionais e os excluídos digitais da Amazônia: o papel da jurisdição na consecução de direitos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 16, n. 3, p. 657-682.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Seção 1, p. 1, Brasília, Senado Federal.

BRYNJOLFSSON, Erik & ANDREW McAfee. (2014). **The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies**. First edition. New York: W.W. Norton & Company.

CASTELLS, Manuel. (1999). **A sociedade em rede**. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra.

CENTRO DE ESTUDOS SOBRE AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO. CETIC. (2017). **TIC domicílios**, 2017. Disponível em <https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2017_coletiva_de_imprensa.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL. CGI. (2018). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios - Indicadores**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil. Disponível em <<https://www.cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores>> Acesso em 26 nov. 2019.

COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL. CGI. (2019). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil. Disponível em <<https://cetic.br/pesquisa/domicilios/publicacoes>> Acesso em 26 nov. 2019.

FONSECA, Luca Milhomens. (2012). Ciberativismo na Amazônia: os desafios da militância digital na floresta. **Anais do 36º Encontro Anual da Anpocs**. Disponível em <<https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/36-encontro-anual-da-anpocs/gt-2/gt01-2/7828-ciberativismo-na-amazonia-apontamentos-sobre-os-desafios-da-militancia-digital-na-floresta/file>> Acesso em 18 nov. 2019

FREITAS, Marilene Côrrea da Silva. (2009). Políticas públicas, territórios, populações tradicionais e ambiente na Amazônia. In: Oliveira, José Admir & Scherer, Elenice (Org.). **Amazônia: territórios, povos tradicionais e ambiente**. Manaus: Adua, 2009, p. 23-24.

GOMES, Elisabeth. (2002). Exclusão digital: um problema tecnológico ou social? **Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 2, n. especial, p. 1-8.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. (2015). **Mapa integrado dos zoneamentos ecológico-econômicos dos estados da Amazônia Legal**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/mapas_doc5.shtm>. Acesso em 21 nov. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. (2019). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2019**. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=73086>> Acesso em 21 nov. 2019.

KEEN, Andrew. (2015). **The Internet Is Not The Answer**. New York: Atlantic Monthly Press.

LOPES, Cristiano Aguiar. (2007). Exclusão Digital e a Política de Inclusão Digital no Brasil – o que temos feito? **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, São Cristóvão, vol. IX, n. 2, p. 1-6.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. (2006). Amazônia: uma história de perdas e danos, um futuro a (re) construir. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 107-121.

MCNAMARA, Kerry S. (2000). **Why be Wired? The Importance of Access to Information and Communication Technologies**. TechKnowLogia: Knowledge Enterprise, Inc.

MIRANDA, Antônio & MENDONÇA, Ana Valéria Machado. (2006). Informação e desenvolvimento em uma sociedade digital. **Inclusão Social**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 53-57.

MOURA, Ricardo Damasceno. (2012). Múltiplos saberes da diversidade em rede: conexões interculturais no debate da inclusão digital. **Inclusão Social**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 62-72.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. (2018). **Direito Internacional Privado nas Fronteiras do Trabalho e Tecnologias: Ensaio e Narrativas na Era Digital**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

SACRISTAN, José Gimeno. (2001). **Educar y convivir em la cultura global**, 3ª ed. Madrid: Morata.

SANTOS, Edvalter Souza. (2006). Desigualdade social e inclusão digital no Brasil. Tese de Doutorado. Planejamento Urbano e Regional/Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SARLET, Ingo Wolfgang & MOLINARO, Carlos Alberto. (2014). Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, ano XIII, n. 42, p. 09-38.

SAWAIA, Bader. (1999) **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Rio de Janeiro: Editora Vozes.

THÉRY, Hervé. (2005). Situações da Amazônia no Brasil e no continente. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 53, p. 37-49.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. (UNCTAD). (2017). **Information Economy Report. Digitalization, Trade and Development**. New York: United Nations Publications.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. (UNCTAD). (2019). **Digital Economy Report. Value creation and capture: implications for developing countries**. New York: United Nations Publications.

VAN DIJK, Jan A & HACKER, Kenneth L. (2018). **Internet and Democracy in the Network Society**. London: Routledge.

VERASZTO, Estéfano Vizconde et al. (2008). Tecnologia: Buscando uma definição para o conceito. Prisma.com: Revista de Ciências e Tecnologias de Informação e Comunicação, Porto, nº. 7, p. 60-85.

WERTHEIN, Jorge. (2000). A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77.

ZUBOFF, Shoshana. (2015). Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, United Kingdom, v. 30, n. 1, p. 75-89.

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: COMBATE ÀS DEMANDAS PREDATÓRIAS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS AOS IDOSOS NO ESTADO DO TOCANTINS (BRASIL)

Wallyson Lemos dos Reis Oliveira

Escola Superior da Magistratura do Tocantins (ESMAT/TO), Tocantins.
wallysonreis@hotmail.com

Valter Moura do Carmo

Universidade Federal do Tocantins (UFT), Tocantins.
vmcarmo86@gmail.com

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira

Universidade Federal do Tocantins (UFT), Tocantins.
paschoal@uft.edu.br

Resumo: A disparidade de poder entre as instituições financeiras e os consumidores idosos é uma realidade preocupante, especialmente quando se trata de empréstimos consignados indevidos que comprometem a segurança financeira dos idosos. Essa vulnerabilidade é exacerbada pela falta de acesso à informação e pela pressão comercial exercida pelas instituições financeiras. Cenário este que justifica a proteção aos direitos das pessoas idosas, incluindo ações que garantam uma análise criteriosa e justa das demandas judiciais relacionadas a empréstimos consignados. O presente estudo tem como objetivo discutir a eficácia da jurisprudência defensiva no Tocantins como uma estratégia para combater demandas predatórias relacionadas a empréstimos consignados direcionados aos idosos. Serão examinados os impactos das decisões judiciais nesse contexto, considerando tanto a proteção dos direitos dos idosos quanto à garantia da integridade do sistema jurídico. A metodologia utilizada abrange o emprego de técnica indireta por meio de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, de natureza descritiva e abordagem qualitativa. Sugere-se que a jurisprudência defensiva não contribui de forma efetiva para a celeridade processual. Ao adotar uma postura excessivamente burocrática, não apenas dificulta a análise do mérito das demandas, mas também viola o princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Tal prática resulta em uma grave insegurança jurídica, impedindo a devida apreciação e resolução das questões, prejudicando assim a efetivação dos direitos dos cidadãos, especialmente dos idosos, e comprometendo a busca por uma justiça eficaz e equitativa.

Palavras-chave: Pessoa idosa. Empréstimo consignado. Acesso à justiça.

Defensive jurisprudence: combating predatory payroll loan claims against the elderly in the State of Tocantins (Brazil)

Abstract: The disparity in power between financial institutions and elderly consumers is a worrying reality, especially when it comes to undue payroll loans that jeopardize the financial security of the elderly. This scenario justifies the protection of the rights of the elderly, including actions that guarantee a careful and fair analysis of legal claims related to payroll loans. The present study aims to discuss the effectiveness of defensive jurisprudence in Tocantins as a strategy to combat predatory claims related to payroll loans aimed at the elderly. The impacts of judicial decisions in this context will be examined, considering both the protection of the rights

of the elderly and the guarantee of the integrity of the legal system. The methodology used includes theoretical, bibliographical and documentary research, of a descriptive nature and qualitative approach. It is suggested that defensive jurisprudence does not effectively contribute to procedural speed. By adopting an excessively bureaucratic stance, it not only makes it difficult to analyze the merits of claims. But also violates the constitutional principle of access to a fair legal order. This practice results in serious legal uncertainty, preventing the proper assessment and resolution of issues, thus jeopardizing the realization of citizens' rights, especially those of the elderly, and compromising the search for effective and fair justice.

Keywords: Elderly people. Payroll loans. Access to justice.

INTRODUÇÃO

Os empréstimos consignados tornaram-se populares no Brasil, e é inegável que trouxeram vantagens significativas para a economia, uma vez que contribuem para o aumento da circulação monetária, estimulando a produção de riquezas e impulsionando o desenvolvimento econômico. Essa modalidade de crédito, para as instituições concedentes, apresenta uma redução significativa no índice de inadimplência, visto que as parcelas são descontadas diretamente na folha de pagamento do tomador, antes mesmo que o salário ou benefício chegue às suas mãos. Já para os beneficiários existe a facilidade de acesso ao crédito e taxas de juros mais baixas em comparação com outras modalidades de empréstimos.

No entanto, é importante reconhecer que a facilidade de acesso aos empréstimos consignados também pode ser explorada por pessoas mal-intencionadas, que buscam cometer fraudes e obter vantagens ilícitas às custas dos beneficiários legítimos, contraindo empréstimos em nome de beneficiários sem o seu conhecimento ou consentimento; cenário em que desvela a importância da proteção da dignidade do idoso no contexto das relações contratuais de empréstimo consignado, reconhecendo a hipervulnerabilidade que muitos idosos enfrentam nessa conjuntura.

Essa vulnerabilidade pode ser atribuída tanto à dinâmica consumerista das transações, que frequentemente desfavorece o consumidor, quanto à possível falta de compreensão do idoso em relação aos termos do contrato, o que os torna mais suscetíveis a fraudes financeiras ou a serem induzidos a erro na contratação de serviços financeiros.

O aumento dos casos de empréstimos consignados indevidos representa não apenas uma ameaça financeira para os idosos, para muitos, suas aposentadorias representam o único meio de sobrevivência, e quando são comprometidas podem resultar em consequências negativas não só para essa faixa etária (com impactos em sua vida financeira e na qualidade de vida), mas também para o Poder Judiciário que tem enfrentado um aumento significativo no número de ações que buscam a declaração de inexistência de débitos relacionados a empréstimos consignados fraudulentos, o acesso à justiça pode ser complexo e demorado, e muitos idosos podem enfrentar dificuldades para encontrar assistência adequada e representação legal.

Nesse contexto, o Judiciário, ao adotar uma postura de jurisprudência defensiva para conter práticas predatórias, corre o risco de comprometer a eficácia da prestação jurisdicional em relação aos direitos dos idosos, falhando na proteção da dignidade destes. Isso ocorre quando estratégias para reprimir condutas predatórias de operadores do direito e instituições financeiras resultam na união de demandas que podem não ser necessariamente predatórias, misturando-as com outras de natureza semelhante. O que, por sua vez, prejudica a análise do mérito em situações em que os direitos legítimos dos idosos precisam ser devidamente considerados.

Nesse cenário, ponderando sobre a preocupação em relação à justiça e à proteção dos direitos dos idosos, especialmente em situações em que eles são alvos de cobranças indevidas e o mérito de suas demandas não é devidamente apreciado pelo Judiciário, esse estudo tem como objetivo discutir a eficácia da jurisprudência defensiva no estado do Tocantins como uma estratégia para combater demandas predatórias relacionadas a empréstimos consignados direcionados aos idosos. Serão examinados os impactos das decisões judiciais nesse contexto, considerando tanto a proteção dos direitos dos idosos quanto à garantia da integridade do sistema jurídico.

No que tange à metodologia, foi utilizada pesquisa teórica, bibliográfica e documental, de natureza descritiva, e abordagem qualitativa. A pesquisa bibliográfica ocorreu por meio de busca e análise de artigos publicados em revistas jurídicas que discutem a questão do empréstimo consignado para idosos, que abordam o acesso à justiça para essa população, focando nas dificuldades e soluções apresentadas. Ainda, selecionou e analisou-se trabalhos de conclusão de curso e dissertações que tratam da temática do empréstimo consignado para idosos, avaliando tanto o conteúdo teórico quanto os estudos de caso, em que há discussão sobre a jurisprudência defensiva, avaliando como essa prática influencia a justiça acessível para idosos.

A pesquisa documental foi baseada na análise de importantes documentos legislativos e normativos, incluindo: Constituição Federal, em que se analisou as disposições constitucionais que garantem direitos aos idosos, com foco na proteção social e econômica; legislações específicas como a Lei do Idoso (Estatuto do Idoso), Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre os direitos das pessoas idosas; Lei nº 14.423 de 22 de junho de 2022, disposições adicionais ou modificações na legislação referente aos idosos; Política Nacional de Proteção ao Idoso, instituída pela Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que estabelece diretrizes para a proteção e assistência aos idosos; Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, analisando suas aplicações nas relações de consumo que envolvem idosos; e, ainda, recomendações e normativas, como a Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022 que enfatiza a importância de se preservar o devido processo legal, assegurando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios fundamentais do direito constitucional brasileiro. Além disso, destaca a necessidade de evitar a limitação da liberdade de expressão, outro pilar essencial para a democracia e o Estado de Direito. Com isso, os tribunais são orientados a adotar medidas que promovam a eficiência na prestação jurisdicional, sem comprometer os direitos das partes envolvidas e sem permitir que práticas predatórias abalem a integridade do sistema judiciário

A escolha da abordagem qualitativa foi baseada na necessidade de compreender profundamente os fenômenos associados à jurisprudência defensiva e à aplicação do CDC nas relações entre idosos e instituições financeiras.

A pesquisa descritiva forneceu um panorama detalhado sobre os principais desafios, pontos negativos e positivos na aplicação da jurisprudência defensiva nos casos de oferta de empréstimos consignados a idosos. As etapas incluíram: descrição dos processos e procedimentos envolvidos na oferta de empréstimos consignados a idosos; análise das práticas jurídicas e financeiras que impactam essas ofertas; identificação e descrição das principais controvérsias jurídicas relacionadas à jurisprudência defensiva e à aplicação do CDC; e, por último, discussão sobre as implicações dessas controvérsias para a proteção dos direitos dos idosos e o acesso à justiça.

Na próxima seção, abordar-se-á a proteção jurídica das pessoas idosas contra práticas predatórias, com um enfoque particular no crédito consignado. Primeiramente, discutir-se-á os direitos das pessoas idosas dentro do contexto de hipervulnerabilidade, destacando a necessidade de proteção especial reconhecida pela legislação brasileira. Em seguida, examinar-se-á como o

crédito predatório afeta essa população vulnerável, evidenciando as práticas das instituições financeiras que exploram as pessoas idosas. Por fim, analisar-se-á a judicialização predatória, elucidando como o sistema jurídico pode tanto proteger quanto prejudicar os idosos em situações de litígio.

1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS IDOSAS CONTRA PRÁTICAS PREDATÓRIAS

A proteção à pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro encontra sua base na Constituição Federal de 1988. O artigo 230 estabelece a responsabilidade da família, sociedade e do Estado em assegurar os direitos da pessoa idosa, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, e protegendo-a de qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

A compreensão de que os idosos constituem um grupo vulnerável e necessitam de maior proteção do Estado é imprescindível, dado que com o avançar da idade, as pessoas podem se tornar mais suscetíveis a diversas formas de exploração, abuso e discriminação, tornando fundamental legislação que garanta os direitos desse grupo, como a Lei do Idoso, Lei nº 14.423 de 22 de junho de 2022, que tem como objetivo principal assegurar os direitos fundamentais dessa parcela da população, abordando diversas áreas, incluindo saúde, assistência social e proteção contra abusos.

Também a Política Nacional de Proteção ao Idoso, instituída pela Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que reforça o compromisso do Estado em garantir os direitos sociais das pessoas idosas. O artigo 3º dessa lei, estabelece os princípios fundamentais dessa política, que incluem a valorização do idoso como sujeito de direitos, a promoção de sua autonomia e integração na família e na comunidade, e a garantia de atendimento integral e prioritário em todos os setores. Ainda, a Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que trata pessoas com mais de 60 anos como vulnerável, buscando conferir proteção especial às pessoas idosas, estabelecendo diretrizes e mecanismos para garantir a equidade e a segurança nas transações comerciais, protegendo os consumidores de práticas abusivas por parte dos fornecedores.

O consumidor idoso, devido às suas características e circunstâncias específicas, é considerado hipossuficiente e vulnerável nas relações de consumo em que está envolvido, demandando, assim, uma proteção ampliada para assegurar a plena realização de seus direitos fundamentais diante de sua fragilidade. A vulnerabilidade do consumidor é um princípio fundamental subjacente a todos os direitos e garantias estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nas relações de consumo, segundo Schmitt (2017), o consumidor, por natureza, muitas vezes está em uma posição de desvantagem em relação aos fornecedores de bens e serviços, devido a disparidades de poder, informação e recursos. A intervenção estatal se torna essencial para equilibrar essa relação e garantir que os direitos dos consumidores sejam protegidos.

Quando adiciona-se a variável da idade avançada à equação, a vulnerabilidade do consumidor se intensifica ainda mais. As pessoas idosas podem enfrentar desafios adicionais, como dificuldades de compreensão, limitações físicas ou cognitivas, e até mesmo isolamento social, o que os torna ainda mais suscetíveis a práticas abusivas por parte de fornecedores inescrupulosos. Reforça o autor, quando afirma que “será, contudo, na seara contratual, que veremos exposta

uma intensa vulnerabilidade do consumidor idoso perante o fornecedor, daí falarmos em “hipervulnerabilidade” como um paradigma a ser adotado na proteção do indivíduo mais fragilizado (Schmitt, 2017, p. 94). Trata-se de um contexto em que o reconhecimento da hipossuficiência e da vulnerabilidade agravada do idoso ressalta a necessidade imperativa de uma proteção jurídica diferenciada, em consonância com os preceitos constitucionais e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A garantia dos direitos fundamentais desse grupo vulnerável é essencial para a promoção de uma sociedade justa e inclusiva.

Em se tratando de consumidor hipervulnerável, afirma Marques (2014, p.357):

[...] que define hipervulnerabilidade como a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) [...].

A hipervulnerabilidade dos idosos torna-os alvos de fornecedores que priorizam o lucro em detrimento da compreensão do consumidor sobre a natureza onerosa dos contratos. Muitas vezes, as instituições não fornecem informações claras e adequadas sobre todos os aspectos da transação, dificultando o real entendimento das consequências para o consumidor.

Nesse cenário desigual, o fornecedor, geralmente mais qualificado tecnicamente, detém o poder na relação comercial. Ao consumidor, muitas vezes, resta apenas confiar na boa-fé do fornecedor, o que pode resultar em decisões prejudiciais ou desvantajosas.

1.1 Crédito predatório: pessoas idosas vulneráveis

A crescente incidência de oferta predatória de crédito por parte das instituições financeiras é uma realidade inegável no mercado de consumo, em que essas instituições buscam lucrar às custas da fragilidade e da falta de entendimento desses consumidores. O uso de táticas agressivas de abordagem, como telefonemas incessantes e técnicas de comunicação manipuladoras, tem se tornado cada vez mais comum e perigosas.

Essas práticas ultrapassam os limites da razoabilidade, colocando os consumidores em situações vulneráveis que podem resultar em ciladas financeiras e até mesmo superendividamento. Além disso, essas abordagens desrespeitam a dignidade humana dos consumidores, manipulando suas decisões e explorando suas fragilidades, como falta de conhecimento financeiro ou pressão psicológica.

Nesse contexto, percebe-se que as prestadoras de serviços de crédito reduzem às pessoas, principalmente as idosas, em meros objetos de consumo e, quando as pessoas são reduzidas a isso, sua dignidade, um atributo inalienável de sua condição humana, muitas vezes, é desconsiderado pelas empresas em busca de lucro. Essa falta de consideração pela dignidade humana é evidente na escolha das informações veiculadas pelas prestadoras de serviços de crédito que concentram em condicionar a sociedade ao consumo, utilizando técnicas de marketing agressivas e manipuladoras.

Isso revela uma conexão íntima entre a sociedade do consumo e a sociedade da informação, em que há, como prática comum, o monitoramento constante sobre cada aspecto da vida das pessoas, frequentemente violando seus dados pessoais e sua privacidade. Essa violação não apenas compromete a autonomia e a liberdade dos indivíduos, mas também favorece a realização de

fraudes, e perpetua uma cultura de consumo desenfreado e superficial, em detrimento do bem-estar e da dignidade humanas (Arquette, 2022).

Segundo Arquette (2022), algumas instituições financeiras realizam o fornecimento de empréstimos a idosos sem sua solicitação prévia. Essa ação envolve o depósito de uma quantia na conta corrente do idoso, seguido pelo desconto das parcelas do empréstimo em seu benefício previdenciário ou na própria conta bancária, sem o consentimento expresso do consumidor; contexto em que a autora questiona se diante da ausência de declaração de vontade por parte do consumidor, pode-se considerar a existência de um contrato de mútuo. A falta de manifestação de vontade torna questionável a validade desse contrato, pois a vontade declarada é um elemento essencial para sua existência.

Importa realçar que o crescimento exponencial de ações relacionadas a empréstimos consignados, sobrecarrega o sistema judiciário e pode dificultar o acesso à Justiça para demandas legítimas. O aumento do número de processos nesse contexto reflete não apenas a frequência das práticas abusivas por parte das instituições financeiras, mas também a vulnerabilidade dos consumidores, especialmente os idosos.

1.2 Judicialização predatória

Segundo a juíza Acácia Regina Soares de Sá (2023), em entrevista ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, além das petições iniciais idênticas e genéricas, existem outros elementos que caracterizam as demandas predatórias da seguinte forma: “são caracterizadas ainda pela ausência de alguns documentos, a exemplo de comprovante de residência ou ainda da relação jurídica contestada, o que dificulta a análise do seu caráter predatório e, não raro, sem o conhecimento das partes autoras, além da captação ilegal de clientes”

Ainda segundo Sá:

Por outro lado, ainda que haja argumentos contrários a extinção de feitos em razão da classificação como predatória em sentido lato, sob o fundamento de que tal conduta praticada pelo Poder Judiciário pode tolher o direito de ação da parte, é necessário observar que tal classificação não é realizada de forma aleatória e sem critérios, ao contrário, procura-se analisar o potencial uso predatório do Poder Judiciário (Sá, 2023).

Na perspectiva da doutrinadora, é mister reconhecer que a classificação de uma demanda como predatória não implica automaticamente na negação do direito de acesso à justiça, mas sim na necessidade de uma análise mais aprofundada para garantir que os interesses legítimos das partes sejam adequadamente protegidos, sem permitir abusos ou manipulações do sistema judicial.

Além disso, um grande problema decorrente das ações em massa está situado no imbrólio que acomete o mérito das demandas. Isso ocorre pela necessidade de aumento no quantitativo no julgamento das demandas, para que se possa balancear os índices de percentuais de processos distribuídos e julgados. Em que pese na generalidade do mérito dessas demandas, o seu vultoso quantitativo ainda enseja a ausência de análise específica ao caso concreto, ocasionando diversas violações processuais e, ainda, violação de direito fundamental.

Atento ao cenário em tela, o Conselho Nacional de Justiça normatizou instruções que concedem diretrizes ao Poder Judiciário, para que os tribunais venham a adotar medidas de identificação, julgamento, prevenção e eventual existência de litigância de má-fé. Para tanto, foi editada a Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022.

A referida Recomendação além de precaver o judiciário e coibir a intensificação da judicialização predatória, visou coibir o cerceamento de defesa das partes e a limitação da liberdade de expressão. Além disso, a recomendação trouxe, de forma clara, a definição de demanda predatória, conforme se extrai do art. 2º:

Art. 2º Para os fins desta recomendação, entende-se por judicialização predatória o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão.

Em complemento, no voto do Relator da proposta de recomendação, o Ministro Luiz Fux, presidente do CNJ à época, ressaltou que, em relação ao crescimento das demandas predatórias, “tal fenômeno foi observado com bastante preocupação pelo Ministério Público Federal, que expôs a questão ao Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário”. Nesse contexto, exsurge da observação aos direitos humanos, a necessidade de uma atenção especial ao idoso, razão de seu estado de vulnerabilidade.

Para Azevedo (2019), a condição de vulnerabilidade, manifestada por um indivíduo ou grupo, é resultado de fatores históricos, sociais e culturais que propiciam uma predisposição ao risco, contribuindo para a violação de direitos humanos específicos. Essa condição muitas vezes gera situações de desrespeito, subjugação, desequilíbrio de poder ou restrição da cidadania, prejudicando a existência digna das pessoas envolvidas.

Nesse sentido, percebe-se que a vulnerabilidade está associada a uma condição que acomete o indivíduo, seja de forma permanente ou provisória, estando relacionada aos fatores, chamados de determinantes pelo autor. Isto significa dizer que é um estado inerente de risco suportado por uma pessoa, que o coloca em situação de desvantagem em relação aos demais.

Outrossim, comporta pontuar que, conforme expressa Marques e Miragem (2012, p.166), a vulnerabilidade tem relação íntima com o princípio da Igualdade, afirmando que:

A igualdade é uma visão macro do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas: aos iguais trata-se igualmente, aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada a qual apresenta traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos.

Note-se que, no documento oficial fixado na XIV Conferência Judicial Ibero-americana em Brasília, com o título: Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, foi estabelecido que são consideradas pessoas em estado de vulnerabilidade aqueles que: “por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico” (Conferência Judicial Ibero-americana, 14, 2008, p. 5).

Em outras palavras, consigna-se que a extrema vulnerabilidade do idoso, acrescida da ocasião do analfabetismo, consuma-se no conceito da hipervulnerabilidade da pessoa idosa, ocorrendo quando a escala de gravidade dos riscos está na extremidade do topo tolerável.

Com essa concepção, na seção seguinte, apresenta-se, de maneira crítica, uma discussão sobre os desafios enfrentados diante do aumento expressivo de demandas predatórias. Ao examinar a prática da jurisprudência defensiva, que implica na aplicação rigorosa de requisitos formais para o conhecimento de recursos, o texto investiga seus impactos no acesso à justiça e na eficácia das decisões judiciais. Adicionalmente, analisa-se como o Tribunal de Justiça do Estado

Jurisprudência defensiva: combate às demandas predatórias de empréstimos consignados aos idosos no Estado do Tocantins (Brasil)

do Tocantins tem se posicionado frente a esse cenário, adotando medidas para mitigar os efeitos das demandas predatórias e assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos.

2 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E DEMANDAS PREDATÓRIAS: O DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO TOCANTINENSE

O ministro Humberto Gomes de Barros (2008) muito bem delineou, quando afirmou que o aumento expressivo no número de processos levou a um aumento na frequência dos julgamentos no STJ, o que por sua vez aumentou a possibilidade de erros e tornou a jurisprudência menos confiável. O STJ se viu confrontado com um dilema difícil, em que tinha que escolher entre consolidar-se como líder e garantidor da segurança jurídica, ou se tornar uma mera terceira instância, apenas prolongando os processos e dificultando ainda mais a entrega da justiça.

Ao fazer sua escolha, o STJ optou pela segunda opção. O Ministro afirmou que, intoxicado pelos vícios do formalismo processual e enfraquecido pela falta de eficácia de suas próprias decisões, o tribunal se encaminha para se tornar essa terceira instância irrelevante. Ele deixou claro que essa opção foi feita para evitar esse destino lamentável, adotando o que ele denominou de "jurisprudência defensiva". Essa prática envolve o não conhecimento de recursos devido a uma adesão estrita aos requisitos formais e uma rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal. Isso resulta na supervalorização dos aspectos formais em detrimento do mérito dos recursos, refletindo uma visão utilitarista da função judiciária.

No âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, o cenário reflete o que se repete em todo o território nacional, ou seja, a intensificação de demandas predatórias. Essas demandas trazem consigo um caráter temerário, que abarrotam o Judiciário e comprometem o regular desempenho da atividade jurisdicional.

O aumento significativo do número de demandas que discutem a validade desses empréstimos destaca a importância de se ter uma jurisprudência consolidada para orientar os julgamentos. A evolução de uma jurisprudência defensiva por parte do TJTO é compreensível diante da necessidade de se combater demandas predatórias. No entanto, é importante ponderar que essa postura pode resultar na restrição do direito de petição e na dificuldade de acesso à prestação jurisdicional, especialmente para os idosos, considerados consumidores hipervulneráveis na relação de consumo.

Assim, é fundamental garantir que essa evolução jurisprudencial não comprometa o acesso à justiça, sobretudo para os grupos mais vulneráveis da sociedade. É necessário encontrar um equilíbrio entre a proteção dos interesses legítimos dos consumidores e a prevenção do abuso do sistema judiciário

As decisões judiciais, de início, mesmo diante da apresentação do contrato bancário pelo banco e da alegação dos idosos de que não estavam cientes de que se tratava de um contrato de empréstimo, tendiam a favorecer os idosos. O TJTO frequentemente declarava a nulidade do contrato, ordenava a restituição dos valores descontados dos benefícios previdenciários em dobro e ainda condenava o banco ao pagamento de indenização por danos morais, cujos valores variavam conforme o entendimento de cada magistrado, conforme jurisprudência a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FRAUDE. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE NEGATIVAÇÃO. VALOR ADEQUADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É evidente que com a anulação do contrato em litígio (nº. 123308676804) por fraude (ausência de contratação pela autora/apelante), o valor descontado mensalmente no benefício previdenciário da apelante deverá ser restituído em dobro, conforme artigo 42, parágrafo único, do CDC, pois a consumidora/apelante foi cobrada indevidamente por débito que não contraiu, tratando-se, portanto, de erro injustificável por parte do banco apelado.

[...]

(TJTO, Apelação Cível, 0000263-08.2019.8.27.2728, Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, julgado em 09/06/2020, juntado aos autos em 22/06/2020 18:35:15).

O caso envolve uma apelação referente a uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica, repetição de indébito e indenização relacionada a um contrato de empréstimo. A apelante alega fraude, argumentando que não contratou o empréstimo, resultando em descontos mensais indevidos em seu benefício previdenciário. O tribunal decidiu que os débitos são irregulares e determinou a restituição em dobro dos valores descontados, conforme o artigo 42, parágrafo único, do CDC. Além disso, o valor da indenização por danos morais foi aumentado para R\$ 10.000,00, considerando a gravidade do dano e a conduta do banco apelado (TJTO, 2020).

Essas decisões refletiam a preocupação do tribunal em proteger os idosos, considerados consumidores hipervulneráveis, na relação de consumo. O TJTO, ao adotar essa postura, buscava corrigir eventuais abusos cometidos pelas instituições financeiras e assegurar a integridade financeira e moral dos idosos que, muitas vezes, viam-se envolvidos em contratos que não compreendiam totalmente.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONTRATAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AOS DESCONTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Sem a prova da contratação, é correto o reconhecimento da ilicitude dos descontos feitos, em conta bancária, a título de cobrança de empréstimo consignado.

2. Configura dano moral e não mero aborrecimento, ter o consumidor inúmeros descontos, referentes a empréstimo consignado de que jamais contratou, eis que a privação de considerável quantia, subtraída de aposentadoria ínfima, recebida para sustento de pessoa idosa, gera ofensa a sua honra e viola direito de personalidade, na medida em que a indisponibilidade deste valor reduz ainda mais a condição de sobrevivência, necessitando de medicamentos e alimentos diários.

3. Em atenção aos princípios norteadores do instituto - razoabilidade e proporcionalidade e o valor descontado no benefício previdenciário (R\$ 328,1), a manutenção de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por danos morais visa a cumprir a dupla finalidade da espécie indenizatória em apreço, sem incorrer em enriquecimento ilícito.

4. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

(TJTO, Apelação Cível, 0002989-83.2022.8.27.2716, Rel. JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, julgado em 22/11/2023, juntado aos autos em 24/11/2023 14:39:03).

Após um período de decisões judiciais nesse sentido, houve, no Tocantins, uma mudança de entendimento que estabeleceu critérios específicos para a fixação do dano moral em casos relacionados a empréstimos consignados para aposentados. Segundo essa nova abordagem, se o desconto mensal no benefício do aposentado fosse de até R\$ 100,00, o dano moral seria arbitrado em R\$ 1.000,00. Já, se o desconto mensal ultrapassasse os R\$ 100,00, o dano moral seria arbitrado em R\$ 5.000,00.

Essa limitação de valores abre para a discussão sobre a adequação em relação ao dano efetivamente sofrido pela pessoa idosa. No entanto, entende-se que essa mudança de entendimento demonstra a capacidade do sistema jurídico em se adaptar às demandas e desafios enfrentados, buscando garantir a justiça e a proteção dos direitos dos cidadãos.

Em um novo cenário, valores de danos morais somente seriam estipulados, como os valores retromencionados, se o banco não apresentasse contrato nos autos; o TJTO julgava a demanda improcedente. Assim, a abordagem por condenação por danos morais passou a ser estipulada conforme critérios específicos. Regra que passou a ser aplicada apenas nos casos em que o banco não apresentasse o contrato nos autos. Ao estabelecer critérios claros para a fixação dos danos morais, o tribunal busca equilibrar a proteção dos direitos dos idosos com a necessidade de garantir a segurança jurídica e evitar decisões desproporcionais.

Observa-se que no recurso, um dos critérios foi base para proferir a decisão:

EMENTA: RECURSO INOMINADO. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM DANO MORAL. SERVIÇO NÃO CONTRATADO. DESCONTOS EM CONTA BANCÁRIA. AUSENCIA DE CONTRATO. COBRANÇA INDEVIDA CARACTERIZADA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Não restou demonstrado nos autos nenhuma prova apta a autorizar os descontos/cobranças realizados. 2. A inexigibilidade da cobrança dos serviços sem prova da contratação, com o reembolso em dobro dos valores indevidamente cobrados e efetivamente pagos é medida correta. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido. 4. Sentença reformada

(TJTO, Recurso Inominado Cível, 0003025-28.2022.8.27.2716, Rel. JOSÉ RIBAMAR MENDES JÚNIOR, SEC. 2ª TURMA RECURSAL, julgado em 25/03/2024, juntado aos autos em 01/04/2024 14:19:57).

Entretanto, nas palavras Liebman (1984), o principal problema decorrente da aplicação da jurisprudência defensiva reside na criação de critérios formais excessivamente rígidos para o conhecimento de recursos, indo além dos requisitos previstos em lei. Essa prática viola diretamente a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que a rejeição de recursos impede que as partes envolvidas tenham seus argumentos discutidos e julgados quanto ao mérito.

Nesse contexto de demanda predatória, os magistrados de primeiro grau – no intuito de combaterem a grande quantidade de demandas que estavam aportando no Poder Judiciário – começaram determinar que os aposentados apresentassem algumas informações que em outras demandas não são solicitadas, como por exemplo: procuração atualizada, procuração delimitando o tema, apresentação de extratos bancários comprovando os descontos mês a mês, comprovante de endereço atualizado, comprovante de tentativa de resolução de forma administrativa etc. Na ausência de cumprimento da determinação para regularizar, os magistrados estavam extinguindo as demandas sem resolução do mérito. No primeiro momento todas essas sentenças eram cassadas pelo TJTO por cerceamento de defesa. Após determinado tempo, o TJTO cassava apenas as sentenças nas quais os magistrados não oportunizavam a regularização, mantendo a extinção das demandas nos demais casos.

Posteriormente, a jurisprudência evoluiu para que, mesmo que o contrato não fosse apresentado pelo banco, a condenação seria apenas para declarar a nulidade do empréstimo, sem condenação por danos morais, determinando que o banco efetuasse a devolução dos valores descontados do benefício previdenciário em dobro. E mais adiante evoluiu para que a devolução ocorresse de forma simples, ou seja, devolvesse apenas o que foi descontado.

Ulteriormente, os magistrados começaram a extinguir as demandas por considerarem se tratar de demandas predatórias, com base em busca no sistema E-proc e observação das procu-rações apresentadas, que eram genéricas e idênticas em cada processo, mesmo com partes dife-rentes; além da verificação de que as petições iniciais eram idênticas alterando apenas o valor do desconto de cada parte. Tal tese se manteve em detrimento de uma resolução do NUGEPAC, que é o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas (NUGEPAC) no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, criado pela [Resolução N° 33, de 24 de novembro de 2021](#).

No contexto de demanda predatória, é possível identificar uma ineficiente utilização dos direitos fundamentais processuais, especialmente quando uma parte recorre ao ajuizamento de sucessivas ações com o único propósito de obter vantagens indevidas. Essa prática representa não apenas um abuso do direito de acesso à justiça, mas também uma deturpação dos princípios fundamentais do processo. Nesse sentido, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocan-tins, foi emitida a Nota Técnica nº 02/2021 – Presidência/NUGEP/CINUGEP, estabelecendo critérios de práticas na análise de demandas em massa, especialmente aquelas relacionadas a ações que alegam fraude na contratação de empréstimos consignados por beneficiários do INSS.

Conforme a orientação da Nota Técnica, o magistrado pode adotar práticas capazes de diminuir os impactos de demandas de cunho predatório, principalmente no que tange às inverossimilhanças das informações e ausência de documentos essenciais para a lide. “A análise em conjunto de diversos processos tendo como parâmetro processos ajuizados no período de 2018 a 2020, cujas alegações apontadas nas inici-ais são de fraude na contratação de empréstimos consignados, por beneficiários do INSS, selecionados por amostragem, permitiu identificar a prática reiterada das situ-ações, abaixo listadas, que podem configurar uso predatório da justiça, as quais po-deriam passar despercebidas se fossem analisadas individualmente” (Tribunal de Jus-tiça do Estado do Tocantins, não paginado, 2021).

A Nota Técnica emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins representa uma resposta proativa e pragmática diante das demandas de cunho predatório que têm sido identi-ficadas no sistema judiciário, especialmente no que se refere às ações que alegam fraude na con-tratação de empréstimos consignados por beneficiários do INSS. A análise conjunta de diversos processos, realizada com base em uma amostragem dos casos ajuizados no período de 2018 a 2020, permitiu identificar padrões recorrentes que sugerem uma utilização abusiva do sistema judicial.

Ao reconhecer esses padrões e inverossimilhanças nas informações apresentadas, bem como a ausência de documentos essenciais para a lide, a Nota Técnica oferece orientações espe-cíficas aos magistrados sobre como lidar com tais situações. Essas práticas visam diminuir os impactos das demandas predatórias, ao mesmo tempo em que garantem a efetividade do acesso à justiça e a proteção dos direitos dos beneficiários do INSS.

Sears em que menciona Vaughn (2016) que é inquestionável que os tribunais têm o dever de filtrar os recursos que lhes são direcionados, objetivando evitar movimentação desnecessária da máquina judiciária. No entanto, essa seleção não pode, em hipótese alguma, fundamentar-se em artifícios ilegítimos para dificultar o acesso, tanto formal quanto material, ao Poder Judiciá-rio. O objetivo primordial deve ser garantir que apenas as demandas legítimas e fundamentadas tenham prosseguimento, sem criar obstáculos artificiais que prejudiquem o direito de acesso à justiça dos cidadãos. Dessa forma, é essencial que os critérios de filtragem adotados pelos tribu-nais sejam transparentes, objetivos e estritamente alinhados com os princípios fundamentais do devido processo legal e da garantia do acesso à justiça para todos.

Na concepção de Moreira (2006), a busca por soluções à crise enfrentada muitas vezes leva o Poder Judiciário a adotar medidas que, em vez de facilitar, acabam por dificultar o acesso

à justiça e à tutela dos direitos dos cidadãos. A inadmissão de recursos com base em pretextos excessivamente formais, que não estão previstos na legislação, acaba gerando um sentimento de indignação e insegurança jurídica na população que busca na instituição judiciária a resolução de seus conflitos e, conseqüentemente, a proteção de seus direitos. Essa postura, ao invés de promover a efetividade do sistema judicial, pode criar obstáculos adicionais para os cidadãos, comprometendo a confiança no funcionamento do sistema de justiça. Portanto, cabe ao Poder Judiciário adotar uma abordagem mais flexível e acessível, que privilegie a substância das demandas e o acesso à justiça, em vez de se prender a formalidades excessivas que podem prejudicar os jurisdicionados (Moreira, 2006).

Reforça o renomado jurista que:

A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta - e altamente recomendável - toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando em razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento. Cumpre ter em mente que da opção entre conhecer ou não conhecer de um recurso podem advir conseqüências da maior importância prática [...]. (Moreira, 2006, p. 143-144).

Na perspectiva do autor, negar o conhecimento de um recurso é uma medida correta e altamente recomendável sempre que estiver clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. No entanto, os tribunais não devem exagerar na aplicação dessa medida, utilizando pretextos ou fundamentos não previstos de forma clara na legislação, ou interpretando de forma restritiva dúvidas suscetíveis de solução favorável ao recorrente. É fundamental ter em mente que a decisão de conhecer ou não um recurso pode ter conseqüências práticas, afetando diretamente os direitos das partes envolvidas no processo. Portanto, essa decisão deve ser tomada com base em critérios claros e objetivos, visando garantir a efetividade do acesso à justiça e a proteção dos direitos dos jurisdicionados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a eficácia da jurisprudência defensiva no Tocantins como uma estratégia para combater demandas predatórias relacionadas a empréstimos consignados direcionados aos idosos, acredita-se que essa abordagem apresenta limitações significativas. Embora seja importante para filtrar recursos e evitar a movimentação desnecessária da máquina judiciária, a jurisprudência defensiva pode, em certos casos, dificultar o acesso à justiça e violar princípios constitucionais fundamentais, como o direito ao acesso à ordem jurídica justa. Especialmente em situações que envolvem idosos, cuja vulnerabilidade é evidente, é essencial que os tribunais adotem medidas que, além de proteger os interesses das partes envolvidas, garantam a efetivação dos direitos fundamentais desses cidadãos considerados hipervulneráveis. Portanto, é necessário um equilíbrio entre a adoção de práticas defensivas e a preservação dos princípios de justiça e acesso à justiça, buscando soluções que, de fato, promovam a equidade e a segurança jurídica para todos os envolvidos.

Entende-se ser inquestionável a não igualdade de condições entre as instituições financeiras e o consumidor idoso. A vulnerabilidade do idoso frente às práticas abusivas dessas instituições é latente, especialmente quando se constata que sua aposentadoria foi comprometida por

meio de empréstimos consignados indevidos. Essa disparidade de poder econômico e informacional coloca o idoso em uma posição desfavorável, tornando-o alvo fácil para práticas comerciais injustas e predatórias.

Diante desse cenário, conjectura-se que a jurisprudência defensiva não contribui efetivamente para a celeridade processual. Ao adotar uma postura estritamente burocrática, ela não apenas dificulta a análise do mérito das demandas, mas também viola o princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Essa prática gera uma grave insegurança jurídica ao impedir que as questões sejam devidamente apreciadas e resolvidas, prejudicando, assim, a efetivação dos direitos dos cidadãos, principalmente do cidadão idoso, e a busca por uma justiça eficaz e equitativa. Portanto, entende-se que os tribunais devem evitar a adoção de uma postura defensiva excessiva e burocrática, garantindo que as demandas sejam tratadas com a devida diligência e respeito aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARQUETTE, Alinne. Crédito consignado: uma necessária análise sobre oportunidades, abusos e superendividamento dos hipervulneráveis. *In*: ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto; OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de (org.). **Novos estudos de direito bancário**. II. Curitiba: Íthala, 2022. p. 49-67.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002965830>. Acesso em: 31 out. 2024.

BARROS, Humberto Gomes de. O STJ necessita retornar ao rumo traçado pela Constituição. **Justiça & Cidadania**, p. 8-11, abr. 2008. Disponível em: stj_necessita_retornar_barros.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103260/codigo-civil-lei-10406-02>. Acesso em: 20 abr. 2024.

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, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.842**, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [L8842 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm). Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Resolução Nº 33, de 24 de novembro de 2021**. Institui o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas (NU-GEPAC) no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins Disponível em: [Resolução Nº 33, de 24 de novembro de 2021 \(tjto.jus.br\)](http://www.tjto.jus.br). Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.423**, de 22 de julho de 2022. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para substituir, em toda a Lei, as expressões "idoso" e "idosos" pelas expressões "pessoa

Jurisprudência defensiva: combate às demandas predatórias de empréstimos consignados aos idosos no Estado do Tocantins (Brasil)

idosa" e "pessoas idosas", respectivamente. Disponível em Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 02 abr. 2024.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 14, 2008, Brasília. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45322>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 127**, de 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <original17591220220217620e8cf0e759c.pdf> (cnj.jus.br). Acesso em: 05 abr. 2024.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. v. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 102. v. 386, 2006.

SÁ, Acácia Regina Soares de. Litigância predatória compromete garantia constitucional. **Consultor Jurídico**, 18 nov. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-nov-18/acacia-sa-demandas-predatorias-poder-judiciario#_ftn1. Acesso em: 20 jun. 2023.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” como desafio do consumidor idoso no mercado de consumo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)**, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 94-11, 2017. DOI: <https://doi.org/10.15210/rfdp.v3i1.11958>. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/11958>. Acesso em: 31 out. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Recurso Inominado Cível nº 0003025-28.2022.8.27.2716**. Relator: José Ribamar Mendes Júnior. Secretaria: 2ª Turma Recursal. Julgado em: 25 mar. 2024. Juntado aos autos em: 01 abr. 2024, 14:19:57. Disponível em: https://jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta.php?q=medicamentos%20idosos&fq_assuntos=DI-REITO%20DO%20CONSUMIDOR. Acesso em: 14 maio 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Apelação Cível nº 0000263-08.2019.8.27.2728**. Relatora: Angela Maria Ribeiro Prudente. Julgado em 09/06/2020. Disponível em: <http://tjto.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Apelação Cível nº 0002989-83.2022.8.27.2716**. Relatora: Jacqueline Adorno de la Cruz Barbosa. Julgado em 22/11/2023. Juntado aos autos em 24/11/2023 14:39:03.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Recurso Inominado Cível nº 0003025-28.2022.8.27.2716**. Relator: José Ribamar Mendes Júnior. Secretaria da 2ª Turma Recursal. Julgado em 25/03/2024. Juntado aos autos em 01/04/2024 14:19:57.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Nota Técnica nº 2/2021 - PRESIDÊNCIA/NUGEP/CINUGEP - TJTO** - Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/notas-tecnicas-do-tjto>. Acesso em: 10 abr. 2024.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A Jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso a justiça e a celeridade processual. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 339-373, abr. 2016.

DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO: TRADIÇÃO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Davi Mendes

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.

davi@davimendes.com.br

Resumo: Os relatos da crise do Direito são constantes. No âmbito do Direito Contratual brasileiro, haja ou não uma crise, certo é que novos fenômenos demandam uma readequação de institutos clássicos às novas necessidades sociais. Este artigo de propósito seminal visa a buscar subsídios para identificar quais os pontos nodais do contemporâneo Direito Contratual brasileiro. Para tanto, argumenta-se que o estudo da tradição romano-germânica é essencial para entender as transformações atuais, constituindo necessário ponto de partida para o seu exame. Aponta-se, ademais, que as perspectivas contemporâneas de colonização, recodificação e atualização do Direito Civil em geral se refletem no Direito Contratual e devem ser objeto de consideração pelo jurista ocupado de sua investigação. Conclui-se que para identificar as perguntas certas no âmbito do Direito dos contratos é necessário se recorrer às questões que são objeto da atuação criativa dos agentes econômicos e dos intérpretes-aplicadores do Direito na praxe contratual, pois são elas capazes de identificar os caminhos para a evolução e sistematização eficaz do Direito Contratual contemporâneo.

Palavras-chave: Direito contratual; Direito romano; Crise do direito.

Contemporary contract law: tradition, perspectives, and challenges

Abstract: The narratives of the crisis in Law are constant. In the realm of Brazilian Contract Law, whether or not there is a crisis, it is certain that new phenomena demand a readjustment of classical institutes to meet new social needs. This seminal article aims to seek support to identify the nodal points of contemporary Brazilian Contract Law. To this end, it is argued that the study of the Romano-Germanic legal tradition is essential to understand current transformations, constituting a necessary starting point for its examination. Furthermore, it is noted that contemporary perspectives of colonization, recodification, and updating of Private Law in general are reflected in Contract Law and should be considered by the jurist engaged in its investigation. It is concluded that to identify the right questions in the realm of Contract Law, it is necessary to resort to the issues that are the object of the creative action of economic agents and the legal professionals in contractual practice, as these are capable of identifying the paths for effective evolution and systematization of contemporary Contract Law.

Keywords: Contract Law; Roman Law; Crisis in Law.

À GUIA DE INTRODUÇÃO: HÁ UMA CRISE DO DIREITO DOS CONTRATOS?

A crise – ou sua anunciação – é lugar-comum do Direito.

Apenas nas últimas décadas, foram relatadas crises da codificação¹, da sistematização², da autonomia epistemológica³, do ensino⁴, da cultura⁵, da doutrina⁶ e da argumentação judicial⁷ no âmbito do Direito Privado brasileiro, embora as questões noticiadas também sejam frequentemente identificadas pelos autores citados em outras áreas e em outros ordenamentos.

No que se refere especificamente ao Direito dos contratos, Grant Gilmore, em obra mais citada do que lida⁸, anunciou há meio século a “morte do contrato”⁹. Ao fazê-lo, apontou que o desenvolvimento da teoria contratual nos sistemas de *common law* teria sido artificial e em grande medida alheia aos precedentes que lhe dariam substrato, do que resultaria sua natureza excessivamente abstrata¹⁰, e, por isso, inadequada para solucionar a contento os casos práticos que surgiam em um mundo que, já na década de 1970, notava-se cada vez mais complexo¹¹.

Apesar de a obra citada se tratar de análise voltada para o desenvolvimento do Direito Contratual nos ordenamentos de *common law*, e, particularmente dentre estes, o Direito americano, a provocação ressoou também nas ordens jurídicas de tradição romano-germânica¹² e atrai o questionamento: há uma crise do Direito dos contratos?

Podem sugerir uma resposta afirmativa os fenômenos – mais ou menos recentes e em maior ou menor medida estudados – da autoexecutoriedade dos contratos inteligentes¹³, da crescente autorregulação privada do Direito Contratual¹⁴, da formação fracionada, progressiva e, por

¹ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-6.

² AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, p. 233-243, jan./mar., 1994, p. 243.

³ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15-19.

⁴ MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Manual de introdução ao Digesto**. São Paulo: YK, 2017, p. 143.

⁵ REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 213-238, abr./jun., 2017, p. 214 e ss.

⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas essenciais – Direito civil – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I, p. 850 e ss.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no direito civil brasileiro: o “Reaparecimento” do movimento do direito livre em Terrae Brasilis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, p. 37-48, jul./set., 2016, p. 42-44.

⁸ Para uma análise compreensiva e exaustiva da obra de Grant Gilmore, Cf. WALKER, Marck Pickersgill. Grant Gilmore e a “morte do contrato”: o ciclo de vida da “clássica” teoria geral dos contratos estadunidense. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 20, p. 193-222, jul./set., 2019.

⁹ GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995, p. 1.

¹⁰ GILMORE, Grant. **The death of contract**, cit., p. 14 e ss.

¹¹ GILMORE, Grant. **The death of contract**, cit., p. 110-112.

¹² Como nota Otavio Luiz Rodrigues Jr., alguns **slogans** retirados da obra de Grant Gilmore povoam até hoje os textos de abertura de obras sobre Direito contratual brasileiro: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo...**, cit., p. 45. A título ilustrativo, Cf. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.

¹³ CARDOSO, Stephanie Trindade. **Smart contracts: caracterização e aplicação no direito contratual brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 112; CANTALI, Rodrigo Ustárriz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1531-1532; TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, p. 45-93, jul./set., 2023, p. 47-48.

¹⁴ MENDES, Davi Guimarães. **Negócio jurídico normativo: estrutura, espécies e âmbito operativo**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024, p. 112; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 1, p. 91-114, maio, 2019, p. 100. Examinando a temática da autorregulação sob outros prismas. Cf. MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 69 e

vezes, propositalmente lacunosa dos contratos¹⁵, da fragmentação da liberdade contratual¹⁶ e da massificação dos contratos¹⁷, bem como o renovado interesse no estudo das perturbações contratuais¹⁸ e dos institutos de revisão e de reequilíbrio contratual após o período pandêmico de COVID-19¹⁹.

Sem que haja pretensão de responder à provocação apresentada, vislumbra-se, ao menos como primeira hipótese de trabalho, que se está diante não de uma crise que promova ruptura em relação às bases nas quais está firmado o Direito Contratual brasileiro, senão de uma readaptação de institutos clássicos às novas necessidades sociais²⁰.

O que é indene de dúvidas é que, em razão das transformações econômicas, jurídicas, tecnológicas ou ainda de natureza diversa, existem importantes questões que pendem de resposta no âmbito do Direito dos contratos.

Neste artigo, cujo propósito é eminentemente seminal, não serão respondidas tais indagações, mas sim serão buscados subsídios para se identificar quais são as perguntas certas, a saber, quais os pontos nodais do contemporâneo Direito Contratual brasileiro, cujo estudo se mostra especialmente relevante por contribuir para a melhor sistematização desta matéria e com soluções práticas para as necessidades sociais constatadas.

Para tanto, segmenta-se a análise em três seções: tradição, perspectivas e desafios.

Em nenhuma delas será conduzida perquirição exauriente do tema, mas sim serão enunciados os pontos de partida e objetos de estudo que serão aprofundados em pesquisas futuras.

ss.; NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos. Autorregulação digital: da normatividade excludente para o diálogo normativo com o Estado. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 10, p. 1-27, 2022, p. 5-7.

¹⁵ MENDES, Davi Guimarães. **Contrato-quadro no direito privado brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 98 e ss.; FERREIRA NETO, Ermiro. **Funções e efeitos do contrato normativo no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 60; GRECCO, Renato. **O momento da formação do contrato: das negociações preliminares ao vínculo contratual**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 59 e ss.; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 303 e ss.

¹⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 264 e ss.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 117-123; LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990, p. 33; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O impacto do coronavírus (Covid-19) no inadimplemento contratual e suas consequências. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 34, p. 31-46, jan./mar., 2023.

¹⁹ FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 247, p. 1-24, 2021; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A Revisão Contratual no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a Pandemia do Coronavírus (COVID-19). *Revista de Direito do Consumidor*, v. 29, n. 129, p. 111-129, maio/jun., 2020.

²⁰ De modo similarmente cauteloso, já ponderava Vicente Ráo na década de 1950: RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, t. I, p. 11. “Ante o tumulto legislativo contemporâneo, os mais pessimistas proclamam o declínio do Direito. Mas, nem o Direito está em declínio, nem os seus princípios estruturais faliram. Quem ousa sustentar o contrário, confunde princípios, que são normas universais e abstratas, com regras, que são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada fase, de cada necessidade social. Por força de necessidades novas, novas regras são necessárias para a solução dos problemas de nosso tempo. Transforma-se, pois, o Direito, no sentido da maior extensão de seu poder normativo, mas, semelhante extensão não destrói, antes, confirma, dia a dia, a generalidade e a universalidade dos princípios gerais.”

Na primeira seção, serão apontadas, sem pretensão de esgotamento, as principais bases históricas e dogmáticas sobre as quais está fundado o Direito dos contratos brasileiro, etapa fundamental para que os problemas contemporâneos sejam examinados sob a ótica da tradição jurídica em que está inserido o Direito brasileiro.

Neste ponto do trabalho, a exegese das fontes romanas citadas foi realizado mediante consulta ao texto do *Corpus iuris civilis* na 15ª edição crítica de Theodor Mommsen e Paul Krüger²¹ e das Institutas de Gaio na 3ª edição crítica de Wilhelm Studemund e Paul Krüger²², recorrendo-se, a título de material de auxílio, às traduções do Conselheiro Vasconcelos, do Digesto para o português²³, de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, das Institutas de Gaio para o português²⁴, de Ildefonso García del Corral, do Digesto para o espanhol²⁵, de Henry Hulot, do Digesto para o francês²⁶, e de Fred Blume do *Codex* para o inglês²⁷.

Na segunda seção, será apresentado em que medida as perspectivas identificadas para o futuro do Direito Civil brasileiro se fazem refletir especificamente no Direito Contratual. Examina-se, neste tocante, em que medida se pode falar de sua colonização, recodificação e atualização.

Finalmente, na terceira seção, serão abordados os desafios concretos verificados no âmbito do Direito Contratual brasileiro. Sugere-se como identificar as perguntas certas – aquelas que dão ensejo a reflexões que proporcionam uma melhor sistematização da matéria e permitem antecipar soluções práticas para os desafios identificados – e, com base nisso, propõe-se questões que merecem especial atenção ao serem desenvolvidas em trabalhos futuros.

1 TRADIÇÃO: BASES HISTÓRICO-DOG MÁTICAS DO DIREITO DOS CONTRATOS BRASILEIRO

O Direito é realidade histórico-cultural²⁸, do que decorre que os sistemas normativos não existem na pura abstração – no vácuo –, senão em contato com uma experiência humana concreta²⁹, a qual se expressa em determinado contexto histórico e social, é dizer, em uma dada cultura³⁰.

A compreensão de que a experiência jurídica só pode ser compreendida se situada em certa sociedade e em certo momento histórico reforça a necessidade de estudo da tradição em

²¹ MOMMSEN, Theodor; KRÜGER, Paul. *Corpus iuris civilis*. 15. ed. Berlin: Weidmannos, 1928.

²² STUEMUND, Wilhelm; KRÜGER, Paul. *Gai institutiones*. 3. ed. Berlin: Weidmannos, 1891.

²³ VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e. *Digesto ou pandectas do Imperador Justiniano*. Tradução complementar, organização geral, adaptação e supervisão de transcrição por Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio R. Martins Rodrigues e Hélcio M. França Madeira. São Paulo: YK, 2018, v. III.

²⁴ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, v. 2.

²⁵ GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Molinas, 1892.

²⁶ HULOT, Henri. *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*. Metz : Imprimeurs-Libraires ; Paris : Dépôt des Lois, 1803.

²⁷ BLUME, Fred. *Annotated Justinian Code*. Disponível em: <<http://www.uwo.edu/lawlib/blume-justinian/ajc-edition-2/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

²⁸ REALE, Miguel. *O direito como experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 111-112.

²⁹ REALE, Miguel. *O direito como experiência...*, cit., p. 191.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 2. n. 4, p. 435-455, jun., 2004, p. 442.

que está inserida, pois dela decorre também a constatação de que a atual conformação normativa guarda relação direta com estruturas objetivadas em um processo histórico contínuo³¹.

É por isso que, ao se tratar de doutrina jurídica – comunidade de compreensões a respeito do Direito formuladas e expostas por seus estudiosos com finalidade interpretativa e criativa³² –, ressaltar é necessário chamar a atenção para o dever dos juristas de guardarem fidelidade com a estrutura historicamente objetiva – a tradição – a que se encontram vinculados³³, a qual não tolhe a atividade criativa do doutrinador, mas se apresenta como necessário ponto de partida de suas reflexões³⁴.

A tradição a que se faz menção não é, esclareça-se, o passado tão-só, mas o que restou deste mediante acumulação seletiva, isto é, aquilo que alcançou o presente ao formar a sua identidade estrutural e se projeta para o futuro ao direcionar o seu desenvolvimento³⁵.

Para expor a tradição jurídica a qual está vinculado o Direito Contratual brasileiro, recorre-se ao Direito Romano. A escolha se justifica por dois motivos³⁶, os quais, embora distintos, guardam relação entre si.

O primeiro é o de que, em um ordenamento de tradição romano-germânica como o brasileiro, verifica-se nas normas vigentes, sobretudo no âmbito do Direito Privado, a marca formativa das fontes romanas. Isso pode ser notado tanto diretamente, pela sobrevivência do regramento histórico na legislação atual³⁷, quanto indiretamente, por meio da contribuição para a formação de alguns de seus conceitos fundamentais³⁸.

O segundo é o de que a Dogmática Jurídica – estudo da teoria jurídica voltado à resposta prática³⁹, intermediando Teoria e *Práxis* do Direito⁴⁰ – se desenvolve sob relevante influência do pensamento jurídico romano⁴¹. Se é certo que a doutrina jurídica só é útil na medida em que se guia pelo rigor da dogmática⁴², também o é, em igual medida, que o estudo das fontes romanas

³¹ REALE, Miguel. **O direito como experiência...**, cit., p. 242-243.

³² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Dogmática e crítica da jurisprudência...**, cit., p. 841.

³³ REALE, Miguel. **O direito como experiência...**, cit., p. 242-243.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28-32. Embora realizando análise sob outra perspectiva, também Ronald Dworkin nota a importância da autorreferência na construção do pensamento jurídico ao formular a sua concepção de Direito como integridade, na qual este é comparado como um “romance em cadeia” no qual os juristas, similantemente a romancistas encarregados de escrever uma obra coletivamente, devem interpretar os capítulos já escritos para, em seguida, escrever os novos capítulos, objetivando sempre manter a integridade da narrativa, como se esta fosse escrita por um único autor. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 276.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Autoridade e utilidade da doutrina...**, cit., p. 30-32.

³⁶ Indicando diversas outras razões para o estudo do Direito Romano em geral, Cf. MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Manual de introdução ao Digesto**, cit., p. 141 e ss.

³⁷ Realizando um trabalho de comparação de dispositivos do Código Civil de 2002 com as fontes romanas, Cf. MARCHI, Eduardo César Silveira Vita; RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins; MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **As bases romanísticas do Código Civil Brasileiro: Traduções e estudo comparado**. São Paulo: YK, 2022, v. I; AMARAL, Francisco. As fontes romanas no novo código civil brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 19, n. 22, p. 49-63, jul./set., 2002; MOREIRA ALVES, José Carlos. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. **Diritto@Storia**, n. 5, 2006, disponível em: <<https://www.dirittostoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>. Acesso em: 25 out. 2024.

³⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Oxford: Oxford University, 1996.

³⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 92-95.

⁴⁰ DIETRICH, William Galle. **Metódica em Transformação: A Ponderação no Direito Civil Brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 48-49.

⁴¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**, cit., p. 25 e ss.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **Autoridade e utilidade da doutrina...**, cit., p. 32.

contribui para o desenvolvimento do raciocínio jurídico voltado à resolução de problemas, é dizer, para o pensamento dogmático.

Para fins de ilustrar⁴³ as contribuições romanísticas à formação do Direito Contratual brasileiro, com os seus acréscimos e transformações durante o Direito comum europeu⁴⁴ até a consolidação nas codificações e na doutrina civis modernas, expõe-se, a título exemplificativo, os processos de generalização das compreensões fragmentadas dos jurisconsultos romanos que levaram ao desenvolvimento da tradicional classificação dos elementos negociais e de requisitos de validade negocial previstos em diversas ordens jurídicas, inclusive a brasileira.

No que se refere aos elementos negociais, tem-se que os romanos, por haverem desenvolvido um sistema jurídico essencialmente casuístico⁴⁵, apenas se preocuparam com a compreensão dos elementos constitutivos de cada um dos atos típicos por eles reconhecidos, sendo-lhes estranha a noção abstrata de ato jurídico em geral⁴⁶, e, portanto, de elementos comuns à generalidade dos negócios jurídicos ou, mais particularmente, dos contratos⁴⁷.

Foi com base, todavia, nos elementos que os jurisconsultos romanos enunciavam para cada uma das espécies típicas de contratos que, em exercício de generalização, a doutrina romanística medieval segmentou os elementos negociais entre: 1) essenciais, aqueles que eram inafastáveis, sob pena de não existir negócio jurídico ou, ainda que existente, não consistir em um negócio específico; 2) naturais, aqueles que eram integrados mesmo sem manifestação expressa das partes, embora alguns deles pudessem ser afastados caso elas desejassem; 3) acidentais, aqueles que eram identificados apenas em casos particulares, sempre derivando do arbítrio dos negociantes⁴⁸.

Trata-se de segmentação que encontrou inequívoco sucesso, sendo reproduzida de modo geral pela doutrina especializada nos ordenamentos de tradição romano-germânica⁴⁹, mas que deve inspirar cautelas quando associada com outros conceitos correntemente empregados pela Civilística, notadamente a tricotomia dos planos negociais (existência, validade e eficácia)⁵⁰.

⁴³ Fala-se ilustrar, pois, conforme já antecipado na introdução, o presente trabalho não tem escopo exaustivo, mas tão somente de identificar os caminhos que deverão ser percorridos em trabalhos futuros.

⁴⁴ A respeito dos influxos do Direito romano no Direito comum europeu: CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**. Milano: Giuffrè, 1951; VINOGRADOFF, Paul. **Roman law in medieval europe**. Oxford: Harper & Brothers, 1909; CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴⁵ Ao se afirmar a natureza casuística do direito romano, não se pretende sugerir a sua inoperabilidade. Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Trad. Otavio Luiz Rodrigues Júnior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, p. 243-278, abr./jun., 2016, p. 251-252. “Apesar de tudo isso, o direito romano não era uma impenetrável floresta de detalhes. Os juristas romanos desenvolveram uma ampla gama de conceitos, regras e instituições jurídicas que constantemente buscavam coordenar e correlacionar intelectualmente entre si. Dessa forma, acabaram por criar uma espécie de sistema “aberto” que combinava coerência com certa flexibilidade. No processo, os juristas romanos eram guiados por uma série de valores, ou princípios fundamentais, tais como liberdade, bona fides, humanitas e a proteção dos direitos adquiridos, principalmente o direito de propriedade.”

⁴⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. **O novo Código Civil brasileiro...**, cit., s.p.

⁴⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico: existência validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

⁴⁸ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. 14. ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 82-84.

⁴⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations...**, cit., p. 234.

⁵⁰ A própria tricotomia dos planos negociais, embora largamente prevalecente no Brasil, não encontra paralelo em outras ordens jurídicas, nem está imune de considerações críticas. A esse respeito, Cf. MEDINA, Francisco Sabadin. O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? **Revista de Direito Privado**, v. 17, n. 71, p. 179-222, nov., 2016; SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 3, n. 5, jan./abr., 2014.

Em vocabulário jurídico técnico, elemento é tudo que compõe o plano da existência de um fato jurídico – ou seja, diz respeito a todos os acontecimentos, estados, atos, omissões, silêncios e até mesmo outros fatos jurídicos que constituem o seu suporte fático⁵¹.

Trazendo a questão para o âmbito dos negócios jurídicos, e, conseqüentemente, dos contratos, tem-se que elemento é “tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”⁵². Os elementos são os entes mínimos indivisíveis⁵³ – os átomos, por assim dizer – que compõem o contrato – a molécula, seguindo no exemplo⁵⁴.

Entretanto, há quem faça referência a elementos essenciais tanto para se referir aos elementos sem os quais não existe o negócio jurídico – ao menos enquanto determinado tipo negocial – quanto para citar os seus requisitos de validade⁵⁵.

Outros, ainda, inserem todos os elementos no plano da eficácia. Afirmam, por exemplo, que elementos essenciais são aqueles sem os quais o negócio jurídico não produz efeitos, ao passo que os elementos naturais dizem respeito aos efeitos decorrentes da ordem jurídica e elementos acidentais são os oriundos da vontade das partes⁵⁶.

Os elementos naturais também podem gerar perplexidades, pois, contrariamente ao apontado, não se situam no plano da existência, mais se assemelhando a efeitos – alguns afastáveis, outros não – do negócio jurídico, de modo que seria mais adequado inseri-los no plano da eficácia⁵⁷.

As críticas apontadas não devem levar ao abandono da classificação comentada, mas sim atrair a cautela de quem a emprega em razão, de um lado, da má sistematização por vezes realizada quando ela é associada a outros conceitos jurídicos⁵⁸, e, de outro, da polissemia da expressão “elementos do negócio jurídico”⁵⁹, a qual pode ser utilizada tanto em sentido estrito, para fazer referência a elementos constitutivos do negócio, como o são os elementos essenciais e acidentais, como de modo mais amplo, para aludir a certos efeitos negociais, caso dos elementos naturais, os quais decorrem da incidência de certo regime jurídico.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1970, t. I, § 1, 4, p. 4.

⁵² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 31. No mesmo sentido, Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos – Conteúdo. Contratos de Troca**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018, v. 2, p. 15.

⁵³ DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 408-409.

⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 111.

⁵⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 383. “Rigorosamente, elementos do negócio deveriam ser as realidades sem as quais o negócio não chegaria sequer a ter existência material – não chegaria sequer a constituir-se. Nesta perspectiva, elementos do negócio seriam a declaração, os sujeitos (na medida em que não estejam – e parece não estarem – implícitos na própria noção de declaração) e o conteúdo. Sendo, porém, o negócio jurídico um acto que só desempenha a sua função na medida em que for válido, não vemos razão para afastar a sistematização tradicional que considera elementos essenciais de todo e qualquer negócio jurídico os requisitos ou condições gerais de validade de qualquer negócio.” Em sentido semelhante, Cf. GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 4. ed. Paris: Rousseau, 1906, p. 441.

⁵⁶ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 240. No mesmo sentido: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**, cit., p. 83-84.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1970, t. III, § 258, 1, p. 66. Enumerando as críticas a essa imprecisão, Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36, nota de rodapé 40.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Geral – Validade, Nulidade, Anulabilidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1970, t. IV, § 356, 4, p. 6.

⁵⁹ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**, cit., p. 240; DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**, cit., p. 79.

Além da classificação apresentada, outras tantas, propostas por diversos autores e com as mais diversas estruturas, intentam organizar os elementos constitutivos dos negócios jurídicos.

Delas não se ocupará o presente trabalho, por fugirem aos seus propósitos, fazendo-se menção, contudo, à perspectiva de Antonio Junqueira de Azevedo, cujos propósitos foram manifestamente corretivos das possíveis confusões terminológicas e conceituais indicadas.

O autor citado identifica elementos gerais, categoriais e particulares dos negócios jurídicos, em uma ordenação elaborada com vistas ao seu grau de abstração⁶⁰.

Elementos gerais são os mais abstratos, compreendendo aqueles “indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio”⁶¹.

Reduzindo o nível de abstração, tem-se os elementos categoriais. Estes são os elementos característicos de categorias específicas de negócios jurídicos, desde aquelas ainda algo abstratas, a exemplo da categoria dos contratos em geral ou dos contratos bilaterais, até aquelas mais concretas, como é o caso dos tipos contratuais específicos⁶². Dentre os elementos categoriais, há os que são inderrogáveis, e, se afastados, impedem a recondução a determinada categoria⁶³, e os que são derogáveis, podendo ser excluídos sem prejuízo da qualificação negocial⁶⁴.

Chegando ao nível mínimo da escala de abstração conjecturada estão os elementos particulares, existentes apenas em negócios jurídicos concretos, sem que sejam próprios de todos os negócios ou de certos tipos negociais⁶⁵. São coincidentes com os elementos acidentais, expressão que é abandonada nesta classificação, entretanto, por dar a conotação de que consistiriam em elementos menos importantes, quando, muito pelo contrário, são muitas vezes os pontos fulcrais de uma relação contratual concreta⁶⁶.

Percebe-se, portanto, que uma concepção específica do Direito Romano – a de que, sem que se cogitasse ainda de uma categoria negocial geral, cada tipo específico do que hoje são espécies desta categoria, teria certos elementos característicos – foi, mediante exercício de abstração, generalizada ao ponto de refletir o fenômeno negocial e contratual como um todo, restando, portanto, no Direito Contratual contemporâneo.

O mesmo processo de generalização de concepções fragmentárias pode ser observado em outras matérias, como os requisitos de validade negocial.

Tome-se como exemplo o requisito da possibilidade de determinação do objeto negocial, previsto atualmente no art. 104, II, do CC/02⁶⁷, proveniente da abstração de uma análise realizada em atenção especificamente ao elemento preço (*pretium*) da compra e venda (*emptio venditio*) romana⁶⁸.

⁶⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 32.

⁶¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 32-35.

⁶² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 35-38.

⁶³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 35-38.

⁶⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 35-38.

⁶⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 38-40.

⁶⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**..., cit., p. 39. “Os elementos particulares coincidem com os chamados **accidentalia negotii** da classificação tradicional; todavia, o abandono da expressão elementos acidentais justifica-se não só porque esta não tem a conotação que interessa na classificação dada para os elementos do negócio jurídico e segundo a qual se desce do geral ao particular, como também o adjetivo acidentais, dela constante, pode levar, nas línguas latinas, os menos avisados a pensar que se tratam de elementos de secundária importância.”

⁶⁷ Art. 104 do CC/02. A validade do negócio jurídico requer: [...]

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]

⁶⁸ Em razão dos propósitos deste artigo, foi resumido o procedimento de exegese das fontes romanas. Para um exame mais amplo da matéria da fixação do **pretium** da **emptio venditio**, inclusive com a transcrição e tradução dos trechos

Similarmente ao Direito Contratual contemporâneo, o preço no Direito Romano, ao menos em seu período clássico, era elemento essencial da compra e venda, sobretudo para lhe distinguir da permuta, espécie contratual que lhe foi precedente em termos históricos e a partir da qual se desenvolveu⁶⁹, notadamente após a propagação do uso da moeda em Roma, ao tempo da República⁷⁰.

Ilustrando a importância do preço, tem-se lição atribuída a Ulpiano, na qual é esclarecido que não há de se cogitar de compra e venda na ausência de preço⁷¹. Contudo, em decorrência da natureza consensual do contrato em comento, o jurista sustenta, no mesmo trecho, que é relevante para sua formação somente o acordo quanto ao preço, sendo de desnecessária a sua entrega⁷².

Deste ensinamento é possível se deduzir aquele que, segundo Antonio Guarino, é o mais relevante requisito do elemento preço para que se considerasse validamente formada a *emptio venditio*: a certeza⁷³, pressuposto expressamente destacado por Gaio, em suas *Institutas*⁷⁴.

As dúvidas surgiram exatamente nos casos limítrofes, em que não estivesse clara a definição do preço.

Nas fontes romanas se constata, por exemplo, a solução de casos atinentes à fixação *per relationem*, a qual era admitida⁷⁵, ilustrativamente, nas hipóteses de compra e venda em que o preço era “o mesmo pelo qual o vendedor comprara o bem” ou “por aquilo que o comprador possui em caixa”, citadas por Ulpiano⁷⁶.

Controvérsia que persistiu, contudo, por longo período entre os romanos⁷⁷, foi a referente à validade da compra e venda quando os contraentes escolhessem, como critério de fixação do preço, o arbitramento por um terceiro⁷⁸.

Identifica-se entendimento de Labeão e Cássio de que, por ser necessária a determinação do preço para a formação da compra e venda, não seria dado aos contraentes designarem um terceiro para fixar este elemento. Em sentido contrário, Ofílio e Próculo sustentaram a posição de que também nessa hipótese seria válido o contrato.

Prevaleceu, já no Período Pós-Clássico, a opinião daqueles que argumentaram pela validade do contrato de compra e venda nos casos em que a fixação de seu preço era atribuída a terceiro.

Em constituição imperial de Justiniano, determinou-se que, nas hipóteses mencionadas, haveria venda condicional, sujeita ao efetivo arbitramento do preço pelo terceiro designado⁷⁹.

analisados, Cf. ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. A fixação do pretium da *emptio venditio*: exegese das fontes romanas e comparação com o direito civil contemporâneo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 61-86, out./dez., 2018.

⁶⁹ D. 18, 1, 1, pr. Paulus **libro XXXIII ad Edictum**.

⁷⁰ BURNETT, Andrew. **Coinage in the roman world**. London: Seaby, 1987, p. 3.

⁷¹ D. 18, 1, 2, 1. Ulpianus. No mesmo sentido, Cf. Gai. 3, 140.

⁷² D. 18, 1, 2, 1. Ulpianus **libro primo ad Sabinum**.

No mesmo sentido, Cf. Gai. 3, 139.

⁷³ GUARINO, Antonio. **Diritto privato romano**. 12. ed. Napoli: Jovene, 2001, p. 886.

⁷⁴ Gai. 3, 140.

⁷⁵ TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 585.

⁷⁶ D. 18, 1, 7, 1. Ulpianus **libro vicensimo octavo ad Sabinum**.

⁷⁷ C. 4, 38, 15, pr. **Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.**

⁷⁸ Gai. 3, 140.

⁷⁹ C. 4, 38, 15. **Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.**

Estabeleceu-se que, nos casos em que a determinação do preço incumbisse a terceiro, seria válido o contrato de compra e venda, não importando sob qual forma fora celebrado, contanto que os demais requisitos legais pertinentes à sua conclusão e execução também houvessem sido obedecidos.

Em casos tais, contudo, a venda estaria sujeita a condição, qual seja, o efetivo arbitramento do preço. Se o terceiro não desejasse ou não pudesse, por qualquer motivo, fixar este elemento da compra e venda, esta seria nula.

Apesar de se aludir à nulidade do contrato nas hipóteses em que não ocorre o arbitramento – terminologia que foi replicada por algumas legislações contemporâneas⁸⁰ e por estudiosos do Direito Romano⁸¹ –, mais apropriado com a terminologia técnica corrente seria situar tal circunstância no plano da eficácia do contrato de compra e venda⁸².

Por meio desses entendimentos, constata-se que, no Direito Romano, a orientação consolidada ao longo do tempo foi aquela segundo a qual o requisito da certeza do preço não impunha a sua determinação desde o momento da conclusão do contrato, mas tão somente que fosse determinável.

Da análise dos fragmentos citados, pode-se reconhecer a compreensão dos romanos de que, para se considerar juridicamente certo, o preço deveria ser, pelo menos, determinável mediante critérios suficientemente objetivos⁸³, mas não necessariamente deveria ser determinado, quando da celebração do contrato de compra e venda.

Esta conclusão alcançou a modernidade, e não limitada à compra e venda, abrangendo os negócios jurídicos, e, por conseguinte, os contratos em geral.

Um requisito de validade que era originalmente vislumbrado especificamente para a *emptio venditio* romana foi generalizado para toda a categoria dos negócios jurídicos⁸⁴, na forma da exigência de que o objeto do negócio seja determinado ou determinável⁸⁵.

Nesse sentido, estabelecem como requisito de validade do negócio jurídico ou do contrato – a depender do grau de abstração considerado em cada ordenamento – que o objeto seja determinado ou determinável, as legislações brasileira⁸⁶, portuguesa⁸⁷, italiana⁸⁸ e francesa⁸⁹. No âmbito dos contratos internacionais, esta também é a orientação prevalecente na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁹⁰, cujo artigo

⁸⁰ É o caso, ilustrativamente, do art. 1.349 do Código Civil Italiano de 1942.

⁸¹ GLÜCK, Christian Friedrich von. **Commentario alle pandette**. Trad. Umberto Grego. Milano: Leonardo Vallardi, 1981, t. XIX, p. 125-126.

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das obrigações – Compra e venda**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1972, t. XXXIX, § 4.268, 6, p. 41-42.

⁸³ VIAFORA, Filippo. **I contratti speciali**. Napoli: Vincenzo Cavaliere, 1899, p. 264.

⁸⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. **The civil law in European codes**, cit., p. 50-51.

⁸⁵ ESPINOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 45.

⁸⁶ Art. 104, II, do CC/02.

⁸⁷ Art. 280º do Código Civil Português de 1966.

⁸⁸ Art. 1.346 do Código Civil Italiano de 1942.

⁸⁹ Arts. 1.128 e 1.163 do Código Civil Francês.

⁹⁰ A respeito do âmbito de aplicabilidade e da interpretação das disposições da convenção, a qual vigora no Brasil desde 2014, Cf. SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimaraes; TRIPODI, Leandro (Coord.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

14⁹¹ dispõe ser suficiente para a validade do contrato a possibilidade de seu objeto ser determinado no futuro⁹².

Nos dois pontos brevemente expostos – a classificação dos elementos e os requisitos de validade do negócio jurídico – é possível se verificar um processo comum e que permeia toda a tradição jurídica romano-germânica no âmbito do Direito Privado brasileiro, e, mais especificamente, do Direito dos contratos.

Trata-se da tendência de generalização e abstratização de conceitos formulados de forma fragmentada pelos jurisconsultos romanos ao longo do Direito comum europeu e aprofundada, sobretudo, pela pandectística alemã⁹³, a qual, mais que interpretar o Direito Romano, buscou, de modo criativo, soluções para os novos problemas surgidos mediante a abstração e sistematização de conceitos gerais decorrentes das lições dos jurisconsultos⁹⁴, em procedimento que pode ser resumido pela fórmula de Jhering: “pelo Direito Romano, mas além dele”⁹⁵.

Ao se aludir à tradição jurídica à qual está vinculado o Direito Civil e Contratual brasileiros, é este o aspecto fundamental que deve guiar o jurista moderno: as bases históricas e dogmáticas, longe de paralisarem a doutrina contemporânea, fornecem-lhe o necessário ponto de partida e as ferramentas, mediante sua rica sabedoria registrada, para a solução dos problemas que se apresentam hodiernamente.

2 PERSPECTIVAS: COLONIZAÇÃO, RECODIFICAÇÃO E ATUALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DOS CONTRATOS BRASILEIRO

A tradição deve ser, consoante demonstrado, o ponto de partida do estudo jurídico. Ela não o esgota, entretanto, motivo pelo qual também devem ser contempladas as perspectivas atuais da matéria jurídica cujo estudo é pretendido.

A menção às “perspectivas” da temática faz referência aos movimentos – mais ou menos organizados – que propõem transformações – por vezes contidas, por vezes de ruptura ou refundação – a respeito de aspectos diversos da temática, sejam metodológicos, decisórios ou legislativos.

Em se tratando de Direito Contratual, o que se verifica, geralmente, é a influência de correntes cujas propostas se direcionam mais amplamente ao Direito Privado em geral, e cujos reflexos se fazem sentir, em maior ou menor medida, no estudo dos contratos, apresentadas também peculiaridades em relação à matéria.

⁹¹ Artigo 14. (1) da CISG.

⁹² STEINER, Renata Carlos; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Ensaio sobre a formação do contrato na CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 181.

⁹³ ZIMMERMANN, Reinhard. The civil law in European codes. In: MACQUEEN, Hector; VAQUER, Antoni; ESPIAU, Santiago Espiau. **Regional private laws and codification in Europe**. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 47-51.

⁹⁴ SACCO, Rodolfo. Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien. **Revue internationale de droit comparé**, v. 28, n. 2, p. 225-234, 1976, p. 227.

⁹⁵ JHERING, Rudolf. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. 2. ed. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1866, t. I, p. 14.

Com objetivo de ilustrar⁹⁶ tais perspectivas, segmentou-se a análise nos movimentos ora identificados de colonização, recodificação e atualização do Direito Civil, em geral, e, especificamente, do Direito Contratual brasileiros.

No que se refere ao processo – ou, em certos casos, projeto – de colonização do Direito Civil, há de se justificar, inicialmente, o termo adotado, o qual carrega consigo admitida carga crítica.

Conforme se passa a expor, sob o guarda-chuva da expressão “colonização” serão tratados os movimentos de constitucionalização do Direito Civil que pressupõem o enfraquecimento ou mesmo superação da metodologia própria da área⁹⁷ ou a irrefletida e assistemática adoção de institutos estrangeiros.

Em ambos os casos, o que se constata, como se verá, é uma proposta de tomada – metodológica, doutrinária ou legislativa – do Direito Civil brasileiro por outras áreas do Direito ou por experiências jurídicas estrangeiras, de modo que a terminologia adotada se mostra justificada⁹⁸, sendo também adotada por outros autores⁹⁹.

Um primeiro movimento de colonização é aquele que sustenta haver uma superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado¹⁰⁰, e, mais do que isso, a tomada deste por aquele, mediante imposição de sua metodologia e incidência direta de suas normas¹⁰¹.

Quanto a isso, é importante diferenciar quais compreensões, dentre aquelas abrangidas pelo extremamente amplo movimento teórico do Direito civil constitucional¹⁰², refletem-se na perspectiva de colonização citada, e por qual motivo tantas outras não são tratadas neste artigo de modo similar, por não haver controvérsia suficiente a seu respeito capaz de lhes aproximar das perspectivas tratadas nesta seção do trabalho – as quais, rememore-se, constituem perspectiva de transformação do Direito Civil brasileiro, em geral, e do Direito dos contratos, em específico.

Não se identifica a citada perspectiva de colonização, por exemplo, quando a doutrina civil constitucional enuncia a supremacia hierárquica da Constituição Federal, e, em decorrência dela, a necessidade de que a interpretação da legislação infraconstitucional, inclusive do Direito Privado, guie-se pelas normas constitucionais¹⁰³.

⁹⁶ Fala-se ilustrar, pois, conforme já antecipado na introdução, o presente trabalho não tem escopo exaustivo, mas tão somente de identificar os caminhos que deverão ser percorridos em trabalhos futuros.

⁹⁷ Ressalta-se, por cautela, p. 19 e ss.; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19 e ss.; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set., 1993, p. 24 e ss.

⁹⁸ No Dicionário Houaiss, “colonizar” pode assumir as seguintes acepções, as quais bem se aplicam à situação tratada:

1. **fig. alastrar-se**: espalhar-se, invadir, propagar-se, tomar.

2. **assentar**: habitar, povoar.

3. **conquistar**: dominar, invadir, submeter.

⁹⁹ A título de exemplo, Cf. LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. **Revista da EMERJ**, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago., 2020, p. 94.

¹⁰⁰ É o que defendem textualmente, dentre outros: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Trad. De Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 52 e ss.; TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19 e ss.; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set., 1993, p. 24 e ss.

¹⁰¹ Tratando de modo amplo desta temática, Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁰² Tratando das variadas acepções com que a expressão “constitucionalização do Direito Civil” é empregada, Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**..., cit., p. 167 e ss.

¹⁰³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**..., cit., p. 4 e ss.

Trata-se de compreensão admitida há mais de um século na Civilística brasileira¹⁰⁴, não se aproximando, portanto, das perspectivas contemporâneas de que se pretende tratar.

Também não é a isto que se refere – colonização do Direito Privado pelo Direito Público – quando a doutrina civil constitucional enuncia outras tendências contemporâneas, a exemplo: (i) da técnica legislativa das cláusulas gerais, a qual não guarda relação com a constitucionalização do Direito Civil¹⁰⁵; (ii) do processo de descodificação¹⁰⁶, este último, como se verá, uma perspectiva contemporânea em si própria relevante no âmbito do Direito Contratual brasileiro, mas sem relação necessária com a perspectiva ora examinada¹⁰⁷; ou (iii) da simples elevação formal de institutos de Direito Civil ao texto constitucional¹⁰⁸, a qual não desnatura a sua natureza¹⁰⁹.

Ao se tratar de perspectiva de colonização do Direito Civil brasileiro pelo Direito Constitucional, faz-se referência: (i) à compreensão de que os direitos fundamentais teriam eficácia direta – sem intermediação das normas infraconstitucionais – nas relações entre particulares¹¹⁰, ao menos nos termos em que prevalece na doutrina brasileira¹¹¹, bem como (ii) ao entendimento, muito associado a essa eficácia direta, de que técnicas decisórias formuladas para resolver situações de colisão de princípios, a exemplo da técnica de ponderação¹¹², poderiam ser indiscriminadamente adotadas na resolução de conflitos entre particulares, mesmo quando identificadas regras cuja subsunção seria possível¹¹³.

Nos termos em que tem sido admitida predominantemente¹¹⁴ no Brasil¹¹⁵, a eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares justifica que, independentemente da existência de normas de Direito Privado capazes em tese de resolver certo caso, e, embora não demonstrada a incompatibilidade destas com a Constituição Federal, seria admissível – e, mais do

¹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**..., cit., p. 169-173.

¹⁰⁵ Apontando defensores dessa perspectiva e ressaltando seus equívocos, Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**..., cit., p. 187 e ss., notadamente nota de rodapé 632.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar., 1999, p. 102 e ss.

¹⁰⁷ Refutando, inclusive, que a ideia de descodificação e de formação de microssistemas seria compatível com a doutrina civil constitucional, Cf. TEPEDINO, Gustavo. O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363.

¹⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 85; RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A passagem do direito civil “tradicional” para o direito civil-constitucional: uma revisão de literatura. **Revista Videre**, v. 12, n. 25, p. 252-276, set./dez., 2020, p. 267-268.

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**..., cit., p. 172.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais**, cit., p. 363-364.

¹¹¹ A formulação alemã da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares e a forma como esta é recepcionada e replicada no Brasil são muito diversos. A esse respeito, Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**..., cit., p. 271 e ss.

¹¹² Dissertando acerca do emprego atécnico da técnica de ponderação no âmbito do Direito Civil brasileiro, notadamente pela corrente doutrinária civil constitucional: DIETRICH, William Galle. **Metódica em Transformação**..., cit., **passim**, especialmente p. 197 e ss.

¹¹³ Essa flexibilização do processo de interpretação-aplicação do Direito seja talvez o maior consenso dentro do difuso movimento civil constitucional. Apenas a título ilustrativo: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**..., cit., p. 3; TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais**, cit., p. 361; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**, cit., p. 106.

¹¹⁴ Apresentando farta coleta bibliográfica e revisão da literatura a respeito da temática, Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**..., cit., p. 291 e ss.

¹¹⁵ Em sentido contrário, defendendo a teoria da eficácia direta, mas criticando a acepção apresentada, inclusive refutando a nomenclatura de “Direito Civil-Constitucional”, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilística: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 1, n. 1, p. 1-30, 2012, p. 9-10.

que isso, aconselhável – recorrer à ordem objetiva de valores insculpida na Constituição Federal para colher, no caso concreto, a solução mais adequada em atenção à norma maior¹¹⁶.

Frequentemente admitida como uma consequência inafastável da teoria da eficácia direta, são importadas para o âmbito do Direito Privado, em prejuízo de sua metodologia própria de interpretação-aplicação do direito, técnicas de ponderação e de sopesamento de princípios ou de valores¹¹⁷, não raras vezes mediante sincretismos metodológicos que ignoram os modelos teóricos formulados pelos próprios autores citados¹¹⁸, com efeitos sobretudo no campo decisório¹¹⁹.

Associados, tem-se que o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares e a adoção indiscriminada de técnicas de ponderação ou sopesamento de normas, ao menos nos termos em que tais teorias são replicadas no Brasil, representam uma ruptura em relação à metodologia do Direito Privado mediante transplante de elementos do Direito Público¹²⁰.

Em relação ao Direito Contratual brasileiro, a colonização por parte do Direito Constitucional se faz sentir especialmente em fenômenos vagamente anunciados de relativização da autonomia privada e de valorização da noção de justiça contratual, com deslocamento do enfoque dos contratos da consecução dos interesses individuais das partes para a realização dos interesses sociais proclamados na Constituição Federal¹²¹.

Inserem-se, portanto, em um movimento de colonização, o qual, por figurar como importante perspectiva do Direito Civil brasileiro contemporâneo, em geral, e, do Direito Contratual, em específico, pode receber adesão ou ser afastado, merecer elogios ou estar sujeito a críticas, mas não ser ignorado.

Esse transplante exógeno de elementos, alcunhado, neste trabalho, de colonização, sofrido pelo Direito Privado brasileiro não se vislumbra, contudo, apenas em relação ao Direito Constitucional.

Também se verifica em relação ao Direito estrangeiro, seja sob a forma de incorporação legislativa direta de institutos formulados em outros ordenamento – aquilo que se chama de *legal*

¹¹⁶ Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006, p. 75-76; TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**, cit., p. 18; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil...**, cit., p. 5; MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 167-168; RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **A passagem do direito civil “tradicional” para o direito civil-constitucional...**, cit., p. 270-271

¹¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais**, cit., p. 361; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**, cit., p. 106.

¹¹⁸ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, n. 143, p. 43-66, 2011, p. 59-60.

¹¹⁹ REIS, Thiago. **Dogmática e incerteza normativa...**, cit., p. 223-226; LEAL, Fernando. **Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional**, cit., p. 103 e ss.; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo...**, cit., p. 221-224.

¹²⁰ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**, cit., p. 64.

¹²¹ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**, cit., p. 172 e ss.; FA-CHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiera Andressa. Apontamentos sobre aspectos na reforma do Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. **Doutrina: edição comemorativa – 25 anos**, p. 141-184, 2014, p. 156 e ss.

*transplant*¹²² –, seja mediante interpretação-aplicação do Direito brasileiro segundo os contornos próprios da experiência jurídica estrangeira¹²³.

Ambos os fenômenos, embora não sejam novidades históricas¹²⁴, ganham especial relevância no contexto do Direito Contratual brasileiro contemporâneo, sobretudo em um contexto de globalização de mercados¹²⁵, o qual se reflete especialmente em matérias jurídicas com forte conexão econômica, como é o caso do Direito dos contratos¹²⁶.

Uma vez mais, é necessário estremar outros fenômenos e práticas da perspectiva de colonização ora apontada.

Não constitui aquilo que se nomeia neste trabalho colonização do Direito Contratual brasileiro pelo Direito estrangeiro o estudo do Direito comparado, respeitadas as preocupações metodológicas que lhe são inerentes¹²⁷.

Faz-se referência, por outro lado, à aplicação de institutos desenvolvidos em ordens jurídicas estrangeiras sem a preocupação de intermediá-los com o sistema de Direito Privado brasileiro, o que pode decorrer tanto da má incorporação legislativa quanto da aplicação sem que haja nem mesmo previsão normativa dos institutos no ordenamento nacional.

No âmbito legislativo, essa tendência pode ser exemplificada pela aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados, cujo conteúdo foi em larga medida transposto da regulamentação europeia sobre a temática¹²⁸. Trata-se de legislação que guarda consideráveis intersecções com o Direito dos contratos, as quais podem dar azo a incongruências interpretativas, por exemplo, no que atine àquilo que se reputa consentimento suficiente para fins da legislação de proteção de dados¹²⁹.

Talvez mais relevantes, em razão de sua peculiaridade, sejam as incorporações de institutos sem que haja nem mesmo previsão legislativa, mediante aplicação direta do Direito estrangeiro, como se vigente fosse no ordenamento jurídico brasileiro.

¹²² MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Manual de introdução ao Digesto**, cit., p. 147. Criticando a terminologia, por considera-la enganosa: LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 9, n. 1, p. 11-39, 2014.

¹²³ MEDINA, Francisco Sabadin. Resenha a “Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien – Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive – Zugleich in Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering”, de Benjamin Herzog. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, p. 395-414, abr./jun., 2016, p. 410.

¹²⁴ MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Manual de introdução ao Digesto**, cit., p. 147-148; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar., 1988, p. 171-172.

¹²⁵ MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 157-190, fev., 2019, p. 162.

¹²⁶ ROPPO, Vincenzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 22-24.

¹²⁷ Bem expondo tais diferenças, Cf. MIRAGEM, Bruno. **A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro...**, cit. A título meramente ilustrativo, exemplificando aquilo que **não** se confunde com o fenômeno de colonização tratado neste trabalho, Cf. PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 796-826, set./dez., 2017.

¹²⁸ DÉRBLI, Ludimila Santos. O transplante jurídico do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”) para o Direito brasileiro. **E-legis**, n. 30, p. 181-193, set./dez., 2019.

¹²⁹ GIANNELLINI, Luiz Fernando Salles. **O consentimento previsto na LGPD e sua aplicação nos contratos eletrônicos: desafios para sua validação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

É o caso da defesa de aplicabilidade da indenização punitiva¹³⁰ no âmbito do Direito Contratual brasileiro – excepcional mesmo nos ordenamentos em que originalmente formulada¹³¹ –, a qual é articulada sob uma diversidade de fundamentos, seja por meio da frágil intermediação do princípio da boa-fé objetiva¹³², seja de modo geral nos casos de danos extrapatrimoniais¹³³, seja ainda sem que se apresente qualquer fundamento normativo no Direito nacional¹³⁴.

Constata-se, portanto, que nesses casos também sofre o Direito Contratual brasileiro um processo de colonização – de ordem legislativa ou doutrinária –, mas em face do Direito estrangeiro, de modo que também se justifica a atenção do estudioso da matéria para que analise as questões contemporâneas levando em consideração essa perspectiva.

Superando essa questão, resta tratar de dois movimentos que se manifestam de modo mais pontual, mas que ainda assim merecem ser considerados nos estudos contemporâneos de Direito dos contratos, inclusive pelas conexões que guardam um com o outro.

O primeiro é o da ideia de recodificação do Direito Privado.

Essa perspectiva parte, necessariamente, de um outro movimento teórico: o da descodificação do Direito, concepção originalmente atribuída a Natalino Irti, em obra cuja primeira edição é datada de 1979¹³⁵. O autor italiano sustentou que a Era das Codificações – o Século XIX – estaria encerrada e a própria ideia de codificações teria entrado em crise em razão de suas insuficiências, de modo que o Código Civil perderia o seu caráter de centralidade no sistema de Direito Privado em favor de legislações especiais, cuja maior facilidade de mutação permitiria uma melhor adaptação às necessidades sociais modernas¹³⁶.

A ideia de descodificação – de que o Código Civil estaria sendo paulatinamente esvaziado por legislações especiais – foi acolhida por parcela majoritária¹³⁷ da doutrina nacional¹³⁸, apontando-se usualmente o seu triunfo ao tratar de diplomas legislativos como Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a Lei de Locações (Lei nº 8.245/1991). Mais recentemente, poder-se-ia apontar como exemplo a Lei de Contrato de Seguro, aprovada para concentrar o regramento de referido tipo, o qual antes estava esparsos no Código Civil, no Decreto-Lei nº 73,

¹³⁰ Destacando a inaplicabilidade da indenização punitiva no Direito brasileiro, salvo nos excepcionais casos em que expressamente admitida, veja-se anterior trabalho que contou com nossa coautoria: ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 12, p. 211-252, jul./set., 2017.

¹³¹ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao Direito Contratual norte-americano. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 1, p. 525-572, 2012, p. 552.

¹³² SÁ, João Daniel Macedo de; ACÁCIO, Bruno Lucas Silva. Punitive damages e boa-fé contratual: o dano contratual no formalismo jurídico de Ernest Weinrib. **Civilista.com**, v. 11, n. 2, 2022.

¹³³ MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 246 e ss.

¹³⁴ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 964, fev., 2016.

¹³⁵ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

¹³⁶ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**, cit., p. 29-30.

¹³⁷ Deve-se chamar a atenção, todavia, para as vozes dissonantes que apontaram desde o momento inicial as incongruências do movimento de descodificação. Nesse sentido, Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**, cit., p. 180.

¹³⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 152-153; p. 6; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**, cit., p. 102; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 1, p. 73-74; GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 43 e ss.

de 21 de novembro de 1966, e em uma série de atos infralegais emitidos pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Não é esta, contudo, a nova perspectiva a guiar o estudo do Direito Contratual brasileiro, mas sim aquela que lhe é oposta: a concepção de recodificação do Direito Civil.

Conforme apontado pelo próprio idealizador da noção de descodificação, este movimento perdeu vivacidade criativa e dinamismo interior, sendo certo que, na sociedade contemporânea, às voltas com multifacetadas crises, o Código Civil assume um importante papel ao conferir continuidade e estabilidade no regramento das relações sociais¹³⁹.

Ganha força, por outro lado, a linha de pensamento que identifica atualmente um processo de recodificação do Direito Privado¹⁴⁰, movimento segundo o qual o Código Civil é compreendido como estrutura central do sistema de Direito Privado, estando acompanhado por subsistemas ou microssistemas que com ele dialogam de modo interdisciplinar¹⁴¹.

Esse movimento de recodificação se verifica na tendência de, ao invés de fragmentar ou abandonar as codificações civis, atualizar o seu conteúdo, seja em novas codificações – caso da Argentina, da China e da Rússia –, seja em normas de atualização dos códigos vigentes – exemplos são os casos da França e da Alemanha.

O exame das questões controvertidas em matéria de Direito Contratual deve levar em consideração, portanto, a perspectiva contemporânea de recodificação do Direito Privado, tanto sob o prisma da perda de fôlego dos movimentos de fragmentação das codificações quanto sob a perspectiva de compreensão do Código Civil como estrutura central de um mais amplo sistema de Direito Privado.

Finalmente, associada à noção de recodificação¹⁴² – ao menos pela via comparativa da experiência estrangeira –, tem-se, no Brasil, a recente proposta de atualização do Código Civil.

Fruto de uma Comissão de Juristas instituída pelo Ato nº 11/2023 da Presidência do Senado Federal, foi proposto em abril de 2024 um Anteprojeto de Lei para Revisão e Atualização do Código Civil brasileiro de 2002¹⁴³.

Uma proposta compreensiva de atualização legislativa seria, por si só, suficientemente relevante para constituir perspectiva essencial para o estudo da matéria objeto de revisão. Neste caso, todavia, em razão de o anteprojeto promover mais modificações legislativas do que o Código Civil de 2002 promoveu em relação ao de 1916, chega-se a falar em uma nova codificação¹⁴⁴, o que apenas faz aumentar a relevância de sua perscrutação.

¹³⁹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, cit., p. 10.

¹⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, n. 10, p. 6417-6453, 2012, p. 6449-6453; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A descodificação do Direito Civil: microssistemas e outros modismos. *Revista Jurídica Logos*, v. 8, n. 8, p. 11-36, 2015, p. 17-19.

¹⁴¹ MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018, p. 26 e p. 150.

¹⁴² Criticando essa noção, por apontar que o anteprojeto, em razão de sua falta de sistematicidade e pelo rompimento com a codificação atual, não poderia ser identificado com um movimento de recodificação: FRADERA, Vera Jacob de. *O anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro, codificação ou recodificação, eis a questão!* Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxv/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

¹⁴³ O relatório final da Comissão de Juristas pode ser acessado no seguinte sítio eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf>. Acesso em: 25 out. 2024.

¹⁴⁴ NEUSTEIN, Fernando Dantas. *Novo Código Civil e retrocesso*. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/novo-codigo-civil-e-retrocesso>>. Acesso em: 25 out. 2024. Em sentido contrário, apontando que, por sua ausência

Especificamente em relação ao Direito Contratual, são apontadas significativas alterações, a exemplo: (i) da maior relevância conferida à distinção entre contratos paritários e não paritários¹⁴⁵, a qual passa a ser essencial para a definição de seu regime jurídico¹⁴⁶; (ii) de novos cânones interpretativos para os contratos, os quais guardariam, em teoria, relação com a distinção entre contratos paritários e não paritários¹⁴⁷, sendo criticados, todavia, por sua ausência de coesão temática¹⁴⁸; (iii) da diferenciação legislativa entre a exceção de contrato não cumprido e da exceção de insegurança, bem como da previsão expressa do instituto da resolução por inadimplemento antecipado¹⁴⁹, com o criticável regramento conjunto dos institutos¹⁵⁰; (iv) do novo regramento do contrato de seguro, inclusive com a previsão de um controverso prazo decadencial¹⁵¹ de aviso do sinistro¹⁵²; (v) de um novo livro no Código Civil, destinado especificamente ao regramento do Direito Digital¹⁵³, o qual causa perplexidades¹⁵⁴ por fragmentar o regramento dos contratos digitais dentro do próprio código¹⁵⁵.

de suficiente sistematização, não se poderia falar de um novo código, Cf. FRADERA, Vera Jacob de. **O anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro...**, cit.

¹⁴⁵ O art. 421-C do anteprojeto é o ponto central de tratamento da distinção:

“Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais. [...]”.

¹⁴⁶ SILVA FILHO, Osny da. Paridade e simetria no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 193-205, 2024, p. 194; TRINDADE, Marcelo. **A reforma do código civil e os contratos**. Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxii/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

¹⁴⁷ Os cânones interpretativos citados figuram, sobretudo, no § 1º do art. 421-C do anteprojeto, cujo caput foi transcrito na nota de rodapé 145.

¹⁴⁸ CARBONAR, Dante O. Frazon. Regras de interpretação dos contratos no Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro: artigos 421-C, 421-D e 421-E. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 193-205, 2024, p. 107.

¹⁴⁹ A proposta do anteprojeto é de regramento dos três institutos em uma mesma seção inserida no capítulo referente à extinção do contrato:

“CAPÍTULO II

Da Extinção do Contrato

[...]

Seção III

Da Exceção de Contrato não Cumprido, da Exceção de Insegurança e da Quebra Antecipada do Contrato

[...]”.

¹⁵⁰ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Anteprojeto de Reforma do Código Civil: da exceção de contrato não cumprido, da exceção de insegurança e da quebra antecipada do contrato. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 166-175, 2024, p. 169-170.

¹⁵¹ A nova redação conferida pelo anteprojeto ao art. 771 do CC/02 é o ponto central da discussão:

“Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, no prazo de quinze dias de sua ciência inequívoca, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. [...]”

§ 2º A ausência do aviso do sinistro não implicará perda do direito à indenização, se o segurado provar que não tinha razoáveis condições de tê-lo feito, situação que não poderá superar o prazo de sessenta dias, contados da data da ciência inequívoca do sinistro. § 3º Transcorrido o prazo de sessenta dias da data da ciência inequívoca do sinistro, sem comunicação ao segurador, o segurado perderá o direito à indenização. [...]”.

¹⁵² OLIVEIRA, Inaê Siqueira de; GIANNOTTI, Luca. O capítulo sobre contrato de seguro no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 153-165, 2024, p. 162-163.

¹⁵³ O anteprojeto situa o Direito Digital no Livro VI do Código Civil.

¹⁵⁴ Citando a incongruência de previsão de um Livro VI no Código Civil destinado a regular especialmente o Direito Digital, tem-se Antônio Menezes Cordeiro, o qual aponta que isto faria tanto sentido quanto prever um livro para reger o “Direito da escrita” no código: FRITZ, Karina Nunes. **Entrevista: Antônio Menezes Cordeiro**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/415359/entrevista-antonio-menezes-cordeiro>>. Acesso em: 25 out. 2024.

¹⁵⁵ DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na reforma do Código Civil**. Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxvii/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

A dimensão desta atualização – ou, quem sabe, deste “Novo Código Civil” – a torna uma perspectiva cuja consideração é imprescindível para o estudo do Direito Contratual brasileiro contemporâneo, sendo certo que os desafios que se apresentam nesta matéria devem ser analisados também sob uma ótica comparativa entre a legislação vigente e o anteprojeto apresentado, inclusive para permitir o seu aprimoramento.

Tecidas tais considerações, é possível constatar que, apesar de muito diversos entre si, os fenômenos da colonização, da recodificação e da atualização do Direito Civil têm em comum a importância para a compreensão do panorama geral que situa os debates no âmbito do Direito Contratual brasileiro.

Se, de um lado, estabeleceu-se que a tradição jurídica deve ser o ponto inicial da análise do jurista moderno, tem-se, de outro, que tais perspectivas contemporâneas precisam ser consideradas para que as discussões travadas, ainda que situadas especificamente no campo do Direito Contratual, não percam de vista os movimentos de reconfiguração do Direito Civil, e, mais amplamente, do Direito Privado brasileiros.

3 DESAFIOS: COMO IDENTIFICAR AS PERGUNTAS CERTAS NO ÂMBITO DO DIREITO DOS CONTRATOS BRASILEIRO?

Nas seções anteriores deste trabalho, foram firmadas as premissas de que a análise dos pontos nodais do Direito Contratual brasileiro deve: (i) partir das suas bases históricas e dogmáticas, em atenção, sobretudo, às ferramentas e ao raciocínio jurídico provenientes da rica tradição romano-germânica; e (ii) levar em consideração certas tendências contemporâneas mais amplas, em razão de sua grande relevância na compreensão dos fenômenos estudados, sendo notáveis, nesse sentido, as perspectivas de colonização, recodificação e atualização do Direito Civil.

Resta perquirir quais são esses pontos nodais do Direito Contratual brasileiro que demandam investigação – é dizer, quais são as perguntas certas a serem formuladas nesta área.

Alinhado com os propósitos seminais deste trabalho, voltados a preparar o campo para pesquisas futuras, e não para encontrar, neste momento, respostas para os problemas enfrentados, não se indicará propriamente quais são esses desafios, mas sim se indicará os caminhos que se reputa serem adequados para identificá-los.

Identifica-se que, nos ordenamentos de tradição romano-germânica em geral, e, portanto, também no Direito brasileiro, a chave-mestra para detectar os desafios centrais do Direito Contratual é o papel único da atuação criativa dos agentes econômicos e jurídicos na construção de seu regramento.

A menção a uma valorização da atividade criativa dos agentes econômicos e jurídicos, isto é, aos atos pelos quais estes inovam a ordem jurídica, é preferível à simples menção à valorização da vontade dos sujeitos contratuais. Não é propriamente – ou apenas – a importância concedida à vontade dos sujeitos de direito que figura como nota distintiva do Direito Contratual, senão o prestígio que essa vontade assume ao, vertida em declarações, converter-se em verdadeiro regramento – criativo, inovador, engenhoso – de interesses, primeiramente na realidade social e, depois, descoberto e (re)criado na realidade jurídica.

Quanto ao papel da atuação criativa dos agentes econômicos no âmbito do Direito Contratual, veja-se, ilustrativamente, o reconhecimento concorrente e interconectado, de modelos tipológicos contratuais legais e sociais.

Caso apenas fossem admitidos tipos contratuais legais, não se atenderia a importante necessidade de adaptação dos contratos à realidade econômico-social¹⁵⁶, a qual se constata especialmente em sociedades modernas.

Não é isso, contudo, que se verifica, porque, ao lado dos tipos contratuais positivados pelo legislador, nomeados de legais ou legislativos, tem-se modelos consagrados pela prática reiterada na realidade social e jurídica, ditos tipos sociais¹⁵⁷, sócio-jurisprudenciais¹⁵⁸ ou extra-legais¹⁵⁹, cuja formação se dá em velocidades cada vez maiores, na medida em que também a sociedade se transmuda mais rapidamente¹⁶⁰.

Se, de um lado, a construção dos tipos contratuais legais a partir da realidade social e jurídica¹⁶¹ se dá com a atuação intermediária do legislador, que o ajusta ao sistema jurídico, de outro, a apreensão dos tipos contratuais sociais também se dá por mediadores, os intérpretes-aplicadores do Direito – estudiosos e órgãos jurisdicionais – que, mais do que descrever os tipos sociais, têm uma semelhante função de acomodá-los na ordem jurídica vigente¹⁶².

O modelo socialmente típico não é, portanto, mero fato ou realidade bruta, mas verdadeira “regulação social, a qual, na medida em que envolve uma conexão ou um ‘jogo concertado’ de elementos, forma uma estrutura dotada de sentido”¹⁶³.

Se, de um lado, certamente é possível arguir que os tipos legais padecem de certa imobilidade, tardando até serem atualizados às novas demandas sociais pelas próprias vicissitudes do processo legislativo, essa avaliação não é condizente, de outro, com os tipos sociais, que se beneficiam de grande flexibilidade para se ajustarem às mutações sobrevindas na sociedade.

Esse reconhecimento simultâneo dos modelos tipológicos contratuais legais e sociais revela a valorização – notável, incomparável e necessária – da atuação criativa dos agentes econômicos e jurídicos na construção do direito contratual.

¹⁵⁶ Esta temática reflete a sempre atual discussão acerca de em que medida é possível atender as exigências de que a ordem jurídica seja dotada de certeza e objetividade e se adapte constantemente às transformações sociais. Quanto a isto, Cf. BAGOLINI, Luigi. Direito e valores no pensamento de Miguel Reale. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, p. 207-223, 1952.

¹⁵⁷ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 77; MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil – Direito das Obrigações – Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, t. VI, p. 439-441.

¹⁵⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6; ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 421.

¹⁵⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 61-66; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 667.

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado...**, cit., t. III, p. 47.

¹⁶¹ Afirma-se que essa construção se dá a partir da realidade social e jurídica por se tratar de **regra**, não se podendo olvidar a **excepcional** possibilidade de haver tipificação legal sem atenção a este ponto de partida. Foi o caso, no Brasil, da tipificação da alienação fiduciária em garantia.

¹⁶² Os modelos socialmente típicos se reputam aquilo que vulgarmente é nomeado indistintamente de “usos e costumes”, sendo, portanto, também fontes do direito. Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**, cit., p. 64; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado...**, cit., t. III, p. 63-64; RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**, cit., v. 1, p. 285-298.

¹⁶³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**, cit., p. 10.

Qualifica-se a citada valorização de notável, pois, em ordens jurídicas que, a exemplo da brasileira, valorizam a autonomia privada¹⁶⁴, e, consecutivamente, a liberdade contratual¹⁶⁵, o desenvolvimento do direito dos contratos depende de interferências complexas da atividade criativa humana. Chega-se a apontar que o papel do Direito Contratual moderno seria conferir uma esfera mínima de proteção aos efetivamente vulneráveis, sem que se vulnere ou diminua o núcleo da liberdade contratual, essencial para o desenvolvimento de soluções econômico-sociais¹⁶⁶.

É possível afirmar, nesse sentido, que o Direito dos contratos opera em ao menos três “velocidades”.

Esta compreensão, esmiuçada em obra que precedeu este trabalho¹⁶⁷, tem caráter mais exemplificativo e didático que propriamente científico, mas bem ilustra a importância do reconhecimento da atuação criativa dos agentes econômicos no âmbito do Direito Contratual.

Em uma primeira velocidade, mais célere que as demais, as constantes transformações da realidade social impulsionam os agentes econômicos a elaborarem, em atividade especialmente inventiva e descentralizada, novos arranjos para suas operações.

A segunda velocidade, intermediária, situa-se já na realidade jurídica, ao passo que os operadores do direito, também em franca atividade criativa, elaboram estruturas contratuais inéditas, destinadas a se ajustar às particularidades de operações econômicas que progridem de forma até então desconhecida.

Por fim, em terceira velocidade, necessariamente mais lenta que as demais, os intérpretes-aplicadores do Direito – estudiosos e julgadores – e o legislador, diante dessas inovações sociais e jurídicas, em atividade de descoberta, mas também de criação¹⁶⁸, do Direito, buscam adequar as novas estruturas ao sistema jurídico, assim construindo novos modelos contratuais social e/ou legalmente típicos.

A importância da atuação criativa na construção do Direito Contratual é, ainda, incomparável, ao menos no contexto do direito patrimonial¹⁶⁹, pois a complexidade com que se dá não encontra paralelo nas demais áreas do direito.

¹⁶⁴ Entende-se por autonomia privada o poder conferido ao indivíduo de autorregurar os próprios interesses – patrimoniais ou extrapatrimoniais –, cuja origem remonta ao indissociável direito de liberdade individual humana e cuja expressão se dá primeiramente no âmbito social – no qual, muito embora ainda não tenha ingressado no mundo jurídico, já é relevante para o direito – e, só empós, na ordem jurídica. Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese (Professor Titular em Direito Civil), Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 4-27; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set., 2004, p. 123-127; BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**, cit., p. 44-54;

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 162.

¹⁶⁶ SCHWAB, Dieter. Liberdade contratual e formação de contratos ‘ex vi legis’. Trad. Peter Walter Ashton. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 14, n. 39, p. 16-36, mar., 1987, p. 36. “[...] a exigência jurídico política deve dirigir-se no sentido de examinar criticamente, do ponto de vista conceitual, o direito das obrigações e dos contratos, tendo em vista a proteção do consumidor, sem, no entanto, lesionar ou diminuir o núcleo da liberdade de contratar.”

¹⁶⁷ MENDES, Davi Guimarães. **O contrato-quadro no direito privado brasileiro**, cit., p. 37 e ss.

¹⁶⁸ Fala-se em atividades de descoberta e de criação do direito em referência a dois momentos: um inicial, no qual são reconhecidas as práticas sociais e as regulações delas advindas, e um segundo, no qual esta regulação é incorporada ao direito (perceba-se: incorporada ao direito, e não positivada, pois desse processo não se exclui a construção de modelos socialmente típicos), sendo acomodadas, alteradas e, por fim, (re)criadas na ordem jurídica. Cf. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Dogmática e crítica da jurisprudência...**, cit., p. 841.

¹⁶⁹ A ressalva é necessária, pois a autonomia privada não se esgota na esfera patrimonial dos indivíduos, abrangendo toda a expressão de suas personalidades, de modo que, em matérias extrapatrimoniais, também chamadas existenciais, identifica-se, em igual ou maior escala, a sua atuação criativa e inovadora na construção do direito. Nesse sentido, Cf.

Isso não quer dizer, é claro, que apenas no âmbito do Direito dos contratos as práticas sociais recorrentes e a consciência popular sejam relevantes na construção da ordem jurídica, ou que outras esferas jurídicas sejam, necessariamente, impassíveis às transformações da sociedade.

O que se sucede é que, em outras áreas, a margem de atuação do particular no regramento das novas situações surgidas da vida social é menor¹⁷⁰, verificando-se, conseqüentemente, uma concentração acentuada nos órgãos legislativos do papel de adaptação social do Direito.

Reputa-se, finalmente, ser necessário o destaque conferido à atuação direta e criativa dos sujeitos contratuais sobre a formação da disciplina jurídica que lhes é aplicável, em razão, sobretudo, da ambivalência econômica e jurídica desta.

Ora, por constituir-se o contrato em estrutura de particular importância tanto à Economia quanto ao Direito, e em se tratando do instrumento de concretização por excelência da autonomia privada no âmbito do Direito patrimonial, é essencial que a construção de seus regramentos confira especial relevância à atuação inventiva dos agentes econômicos e jurídicos que dela participam diretamente.

É em virtude do poder criativo decorrente de sua autonomia privada que os agentes econômicos, na posição de sujeitos contratuais, são capazes de responder às necessidades práticas advindas da vida social e econômica por intermédio da criação de novas estruturas contratuais as quais, acaso bem-sucedidas e replicadas no meio social e jurídico, ultimarão esse processo por meio de sua tipificação social e, posteriormente, legal, a depender do juízo de conveniência que o legislador fizer da temática.

Demonstrada a sua relevância e imprescindibilidade para a formação do Direito Contratual brasileiro, cumpre explicitar por qual motivo se entende que a atuação criativa dos sujeitos contratuais é o melhor indicativo para a definição de quais são as perguntas que mais clamam por respostas no âmbito da área examinada.

No espaço de criação do Direito dos contratos pelos agentes econômicos e pelos operadores do direito estão situados, a um só tempo, os novos desafios surgidos da realidade social e econômica, enfrentados na praxe contratual, quanto as questões persistentes que revelam a necessidade de atuação dos intérpretes-aplicadores para fins de melhor sistematizar a matéria estudada.

Deste modo, é na primeira e na segunda velocidades do Direito Contratual que se encontram os pontos nodais a serem desatados pelo jurista contemporâneo, pois são nos problemas aí identificados que se demanda uma atividade que vai além da resposta casuística ou pontual – cuja relevância não se nega, mas cuja dimensão de contribuição científica não pode ser comparada – e alcança mesmo uma atuação de efetiva descoberta e criação do Direito dos contratos.

É em relação a estas questões que, embora muitas vezes ausente um suporte normativo específico, mostra-se particularmente imprescindível o recurso ao instrumental proveniente da tradição jurídica a que se filia o Direito Contratual brasileiro, e é no panorama de discussão delas que, usualmente, reclama-se a adoção de uma posição em relação às perspectivas contemporâneas do Direito Civil pátrio.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72-75.

¹⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado...**, cit., t. III, p. 59. “No direito das obrigações é onde ocorre mais largo auto-regramento da vontade”.

Não se deve confundir, é importante frisar, as questões efetivamente inseridas no âmbito de atuação criativa dos sujeitos contratuais e dos operadores do Direito – reitera-se, aquelas inseridas na primeira e na segunda velocidades do Direito Contratual – com aquelas que não pas-sam de modismos, nem se deve entender o aqui sustentado com uma aversão ao estudo de temas clássico no âmbito desta matéria.

Isso se deve à circunstância de que, no mais das vezes, é exatamente no contexto dos temas clássicos que surgem as mais pronunciadas controvérsias situadas no espaço de criação do Direito Contratual.

Ilustrando o ora sustentado, tome-se como exemplo um tema clássico: o das perturbações no cumprimento da prestações contratuais.

Caso se fizesse uma indevida equivalência entre o que se compreende por “atuação criativa dos sujeitos contratuais” com os “temas do momento”, poder-se-ia acreditar que essa questão apenas cresceu em relevância quando, mais recentemente, sobreveio uma crise sem precedentes por ocasião da pandemia global de COVID-19.

Nada mais equivocado. Trata-se de tema cuja inequívoca importância já era reconhecida e estudada há muito pela doutrina nacional¹⁷¹ e estrangeira¹⁷², embora inegável o aumento de interesse a seu respeito com o período pandêmico¹⁷³.

Isso porque esta se trata de matéria que, mesmo antes, era intensamente vivenciada na praxe contratual: a perturbação na execução das prestações contratuais sempre foi objeto de preocupação, de medidas preventivas e de reações dos agentes econômicos e dos operadores do direito, motivo pelo qual o seu regramento prático e as compreensões a seu respeito sempre estiveram em franca transformação.

São estes, portanto, os desafios que mais merecem ser enfrentados no contexto do Direito Contratual brasileiro contemporâneo: aqueles que, clássicos ou atuais, são objeto de descoberta e de criação por parte daqueles que primeiro atuam perante os problemas contratuais – os agentes econômicos e os intérpretes-aplicadores do Direito.

Estas são as perguntas adequadas, por contribuírem para o aprimoramento sistemático do contemporâneo Direito Contratual brasileiro, as quais devem ser enfrentadas mediante recurso à tradição jurídica romano-germânica e em atenção às perspectivas que permeiam o sistema de Direito Privado pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esteja o Direito Contratual brasileiro assolado ou não por uma crise, certo é que ele enfrenta um cenário de transformações profundas, impulsionadas por evoluções sociais, econômicas e tecnológicas.

¹⁷¹ Exemplificativamente, Cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

¹⁷² Exemplificativamente, Cf. STOLL, Heinrich. *Die Lehre von den Leistungsstörungen: Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht*. Tübingen: Mohr, 1936; PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos: I. Perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2020;

¹⁷³ Exemplificativamente, Cf. MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*, cit.; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O impacto do coronavírus (Covid-19) no inadimplemento contratual e suas consequências*, cit.

Neste artigo, objetivou-se mapear as tradições, perspectivas e desafios que moldam o panorama atual do Direito dos contratos no Brasil.

Na primeira seção do trabalho, foi destacada a importância do estudo e consideração das bases histórico-dogmáticas do Direito Contratual brasileiro para responder aos problemas atuais.

Pontuou-se que a tradição romano-germânica, com sua rica herança de conceitos e princípios, continua a influenciar fortemente a estrutura normativa vigente. Este legado histórico não apenas fornece continuidade, mas também oferece as ferramentas essenciais para a interpretação e aplicação das normas contratuais frente aos novos desafios.

Na segunda seção do trabalho, foram exploradas as perspectivas contemporâneas que impactam o Direito Civil brasileiro, em geral, também afetando o Direito dos Contratos.

Indicou-se, neste particular, os movimentos de tentativa de colonização do Direito Privado por institutos e pela metodologia própria do Direito Constitucional e do Direito estrangeiro, a tendência de recodificação do Direito Civil, mediante reposicionamento do Código Civil como marco normativo central do sistema de Direito Privado, e as propostas de atualização legislativa, cuja extensão faz mesmo questionar se se está diante de uma reforma à legislação vigente ou de uma nova codificação.

Na terceira seção do trabalho, foi buscado o parâmetro para identificação dos principais desafios do Direito Contratual brasileiro, assim considerados aqueles que não resultariam em contribuições estritamente casuísticas, mas sim ao aprimoramento da sistematização da área.

Alcançou-se, neste particular, o critério da atuação criativa dos agentes econômicos e dos intérpretes-aplicadores do Direito, o qual se revela como chave-mestra para definir quais os pontos nodais cujo desate permitirá uma ampla contribuição ao Direito dos contratos. A capacidade de inovar e se adaptar, para além de ser essencial para que o Direito Contratual possa responder adequadamente às transformações sociais e econômicas, é o que permite aferir quais temas, clássicos ou atuais, são especialmente relevantes nesta área.

Uma vez identificadas as perguntas certas, tem-se que a sua resposta dependerá do constante diálogo entre a tradição e a inovação, entre a teoria e a prática. Só assim o Direito dos contratos seguirá relevante para responder às transformações sociais e econômicas, e, caso sobrenham as sempre anunciadas crises, não se precisará preparar o velório do Direito Contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos – Conteúdo. Contratos de Troca**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018, v. 2

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, p. 233-243, jan./mar., 1994.

AMARAL, Francisco. As fontes romanas no novo código civil brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 19, n. 22, p. 49-63, jul./set., 2002.

- AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. 14. ed. Napoli: Jovene, 2006.
- BAGOLINI, Luigi. Direito e valores no pensamento de Miguel Reale. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, p. 207-223, 1952.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A Revisão Contratual no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a Pandemia do Coronavírus (COVID-19). **Revista de Direito do Consumidor**, v. 29, n. 129, p. 111-129, maio/jun., 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.
- BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Anteprojeto de Reforma do Código Civil: da exceção de contrato não cumprido, da exceção de insegurança e da quebra antecipada do contrato. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 166-175, 2024.
- BLUME, Fred. **Annotated Justinian Code**. Disponível em: <<http://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/ajc-edition-2/>>. Acesso em: 25 out. 2024.
- BURNETT, Andrew. **Coinage in the roman world**. London: Seaby, 1987.
- CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune: uma introdução à história do direito comum do Medieval à Idade Moderna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**. Milano: Giuffrè, 1951.
- CANTALI, Rodrigo Ustároz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022.
- CARBONAR, Dante O. Frazon. Regras de interpretação dos contratos no Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro: artigos 421-C, 421-D e 421-E. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 193-205, 2024.
- CARDOSO, Stephanie Trindade. **Smart contracts: caracterização e aplicação no direito contratual brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
- CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 1, p. 91-114, maio, 2019.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, v. 2.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar., 1988.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DÉRBLI, Ludimila Santos. O transplante jurídico do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”) para o Direito brasileiro. **E-legis**, n. 30, p. 181-193, set./dez., 2019.

DIETRICH, William Galle. **Metódica em Transformação: A Ponderação no Direito Civil Brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024.

DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na reforma do Código Civil**. Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxvii/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPINOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uíara Andressa. Apontamentos sobre aspectos na reforma do Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. **Doutrina: edição comemorativa – 25 anos**, p. 141-184, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA NETO, Ermiro. **Funções e efeitos do contrato normativo no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

FRADERA, Vera Jacob de. **O anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro, codificação ou recodificação, eis a questão!** Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxv/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 247, p. 1-24, 2021.

FRITZ, Karina Nunes. **Entrevista: António Menezes Cordeiro**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/415359/entrevista-antonio-menezes-cordeiro>>.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. **Cuerpo del derecho civil romano**. Barcelona: Molinas, 1892.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 964, fev., 2016.

GIANNELLINI, Luiz Fernando Salles. **O consentimento previsto na LGPD e sua aplicação nos contratos eletrônicos: desafios para sua validação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 4. ed. Paris: Rousseau, 1906.

GLÜCK, Christian Friedrich von. **Commentario alle pandette**. Trad. Umberto Grego. Milano: Leonardo Vallardi, 1981, t. XIX.

- GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GRECCO, Renato. **O momento da formação do contrato: das negociações preliminares ao vínculo contratual**. São Paulo: Almedina, 2019.
- GUARINO, Antonio. **Diritto privato romano**. 12. ed. Napoli: Jovene, 2001.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.
- HULOT, Henri. **Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien**. Metz : Imprimeurs-Libraires ; Paris : Dépôt des Lois, 1803.
- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- JHERING, Rudolf. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. 2. ed. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1866, t. I.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese (Professor Titular em Direito Civil), Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico: existência validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A descodificação do Direito Civil: microssistemas e outros modismos. **Revista Jurídica Logos**, v. 8, n. 8, p. 11-36, 2015.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. **Revista da EMERJ**, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago., 2020.
- LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 9, n. 1, p. 11-39, 2014.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar., 1999.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O impacto do coronavírus (Covid-19) no inadimplemento contratual e suas consequências. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 34, p. 31-46, jan./mar., 2023.
- MARCHI, Eduardo César Silveira Vita; RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins; MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **As bases romanísticas do Código Civil Brasileiro: Traduções e estudo comparado**. São Paulo: YK, 2022, v. I.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 2. n. 4, p. 435-455, jun., 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set., 1998.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEDINA, Francisco Sabadin. O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? **Revista de Direito Privado**, v. 17, n. 71, p. 179-222, nov., 2016.

MEDINA, Francisco Sabadin. Resenha a “Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien – Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und post-moderner Perspektive – Zugleich en Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering”, de Benjamin Herzog. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, p. 395-414, abr./jun., 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Davi Guimarães. **Negócio jurídico normativo: estrutura, espécies e âmbito operativo**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

MENDES, Davi Guimarães. **Contrato-quadro no direito privado brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2023.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, lex mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil – Direito das Obrigações – Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, t. VI.

- MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 157-190, fev., 2019.
- MOMMSEN, Theodor; KRÜGER, Paul. **Corpus iuris civilis**. 15. ed. Berlin: Weidmannos, 1928.
- MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Manual de introdução ao Digesto**. São Paulo: YK, 2017.
- MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia**. São Paulo: YK, 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set., 1993.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. **Diritto@Storia**, n. 5, 2006, disponível em: <<https://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>. Acesso em: 25 out. 2024.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos. Autorregulação digital: da normatividade excludente para o diálogo normativo com o Estado. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 10, p. 1-27, 2022.
- NEUSTEIN, Fernando Dantas. **Novo Código Civil e retrocesso**. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/novo-codigo-civil-e-retrocesso>>. Acesso em: 25 out. 2024.
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Inaê Siqueira de; GIANNOTTI, Luca. O capítulo sobre contrato de seguro no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 153-165, 2024.
- PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 796-826, set./dez., 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Trad. De Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I. Perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2020.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Geral – Pessoas físicas e jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, t. I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Geral – Validade, Nulidade, Anulabilidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1970, t. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das obrigações – Compra e venda**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1972, t. XXXIX.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, t. I.

REALE, Miguel. **O direito como experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 213-238, abr./jun., 2017.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A passagem do direito civil “tradicional” para o direito civil-constitucional: uma revisão de literatura. **Revista Videre**, v. 12, n. 25, p. 252-276, set./dez., 2020.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. A fixação do pretium da emptio venditio: exegese das fontes romanas e comparação com o direito civil contemporâneo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 17, p. 61-86, out./dez., 2018.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 12, p. 211-252, jul./set., 2017.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas essenciais – Direito civil – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, n. 143, p. 43-66, 2011.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set., 2004.

ROPPO, Vincenzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

SÁ, João Daniel Macedo de; ACÁCIO, Bruno Lucas Silva. Punitive damages e boa-fé contratual: o dano contratual no formalismo jurídico de Ernest Weinrib. **Civilista.com**, v. 11, n. 2, 2022.

SACCO, Rodolfo. Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien. **Revue internationale de droit comparé**, v. 28, n. 2, p. 225-234, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 1, n. 1, p. 1-30, 2012.

SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 3, n. 5, jan./abr., 2014.

SCHWAB, Dieter. Liberdade contratual e formação de contratos ‘ex vi legis’. Trad. Peter Walter Ashton. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 14, n. 39, p. 16-36, mar., 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA FILHO, Osny da. Paridade e simetria no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. **Revista Jurídica Profissional**, v. 3, n. 2 (Volume especial: o anteprojeto de reforma do CC em debate), p. 193-205, 2024.

STEINER, Renata Carlos; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Ensaio sobre a formação do contrato na CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

STOLL, Heinrich. **Die Lehre von den Leistungsstörungen: Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht**. Tübingen: Mohr, 1936.

STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no direito civil brasileiro: o "Reaparecimento" do movimento do direito livre em Terrae Brasilis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, p. 37–48, jul./set., 2016.

STUEMUND, Wilhelm; KRÜGER, Paul. **Gai institutiones**. 3. ed. Berlin: Weidmannos, 1891.

TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1990.

TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, p. 45-93, jul./set., 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao Direito Contratual norte-americano. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 1, p. 525-572, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil? **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 10, p. 6417-6453, 2012.

TRINDADE, Marcelo. **A reforma do código civil e os contratos**. Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxii/>>. Acesso em: 25 out. 2024.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e. **Digesto ou pandectas do Imperador Justiniano**. Tradução complementar, organização geral, adaptação e supervisão de transcrição por Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio R. Martins Rodrigues e Hécio M. França Madeira. São Paulo: YK, 2018, v. III.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VIAFORA, Filippo. **I contratti speciali**. Napoli: Vincenzo Cavaliere, 1899.

VINOGRADOFF, Paul. **Roman law in medieval europe**. Oxford: Harper & Brothers, 1909.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALKER, Marck Pickersgill. Grant Gilmore e a “morte do contrato”: o ciclo de vida da “clássica” teoria geral dos contratos estadunidense. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 20, p. 193-222, jul./set., 2019.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Oxford: Oxford University, 1996.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Trad. Otavio Luiz Rodrigues Júnior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, p. 243-278, abr./jun., 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. The civil law in European codes. In: MACQUEEN, Hector; VAQUER, Antoni; ESPIAU, Santiago Espiau. **Regional private laws and codification in Europe**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPÃO FAMILIAR E IMPLICAÇÕES DO ABANDONO DO LAR: ESTUDO SOBRE A COMPETÊNCIA

Natália de Sá Cordeiro Braz

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza.
nscbraz@gmail.com

Marcelo Sampaio Siqueira

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza.
msiqueira@siqueiraibapina.com.br

Resumo: A usucapião familiar, estabelecida pelo artigo 1240-A do Código Civil, não apresenta regramento quanto à definição da competência processual para sua ação, dividindo as opiniões dos juristas entre a Vara de Família e a Vara de Registros Públicos, ou a Vara Cível, de forma residual, para sua tramitação. O objetivo do presente estudo é analisar a interseção entre o Direito de Família e o Direito de Propriedade para estabelecer um consenso sobre a competência para processar e julgar a ação de usucapião familiar. Utilizando o método dedutivo, a pesquisa baseou-se na análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Os resultados indicam que a definição da competência, frente à lacuna legal, depende da existência de varas especializadas e da lei de organização judiciária de cada estado. A pesquisa contribui ao evidenciar que a falta de abordagem legislativa sobre aspectos relevantes da usucapião familiar, como a competência processual, dificulta a aplicação prática do instituto, gerando controvérsias entre o Direito de Propriedade e o Direito de Família. Conclui-se que a usucapião familiar tem fundamento nas relações regidas pelo Direito de Família, por consequência, a Vara de Família é a mais adequada para discutir e processar a perda do direito de propriedade proveniente do rompimento dos vínculos afetivos. Dessa maneira, a ação de usucapião familiar só deve tramitar na Vara de Registros Públicos ou na Vara Cível, diante da ausência de uma vara especializada no Direito de Família, considerando-se o fato jurídico do abandono do lar, requisito dispensável no tocante ao pedido de divórcio, mas essencial na apuração da usucapião sanção.

Palavras-Chave: Propriedade. Divórcio. Usucapião. Abandono. Competência.

Acquisition of property by family usucaption and implications of abandonment of the home: a study on jurisdiction

Abstract: Family usucaption, established by article 1240-A of the Civil Code, presents a gap in the definition of the procedural jurisdiction for its action, dividing the opinions of jurists between the Family Court and the Public Records Court, or Civil Court, in a residual manner, for its processing. The objective of this study is to analyze the intersection between Family Law and Property Law in order to establish a consensus on the jurisdiction of the family usucaption action. Using the deductive method, the research was based on the analysis of Brazilian doctrine and jurisprudence. The hypotheses presented in this work are based on the interpretation of family and civil law scholars. For family law scholars, the jurisdiction lies with the Family Court, due to the specialty of the pro-familia usucaption institute. For civil law scholars, what is being discussed is property, and therefore, the jurisdiction lies with the Public Records Court, or residually, the Civil Court. The results indicate that the definition of jurisdiction, given the legal gap, depends on the existence of specialized courts and the law governing the organization of the

judiciary in each state. The research contributes by showing that the lack of a legislative approach to relevant aspects of family usucaption, such as jurisdiction, hinders the practical application of the institute, generating controversies between Property Law and Family Law. It is concluded that family usucaption is based on relationships governed by Family Law, and consequently, the Family Court is the most appropriate to discuss and process the loss of property rights resulting from the rupture of emotional ties. Thus, the action for family usucaption should only be processed in the Public Records Court or in the Civil Court, given the absence of a court specialized in Family Law, considering the legal fact of abandonment of the home, which is a dispensable requirement regarding the divorce request, but essential in the investigation of the sanction of usucaption.

Keywords: Property. Divorce. Usucaption. Abandonment. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A usucapião familiar, instituto jurídico introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011 (Brasil, 2011), representa uma inovação significativa no âmbito do Direito de Propriedade e do Direito de Família. Esse mecanismo legal, codificado no artigo 1.240-A do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Brasil, 2002), permite que um ex-cônjuge ou ex-companheiro adquira a propriedade exclusiva do imóvel comum, desde que atendidos certos requisitos específicos, incluindo o abandono do lar pelo outro consorte.

Apesar da definição dos critérios de caracterização da usucapião familiar pelo referido artigo, existe uma lacuna na legislação quanto à determinação da competência para julgar tais ações e à caracterização do abandono. Essa ausência de direcionamento legal resulta em divergências doutrinárias, favorecendo o surgimento de correntes que defendem a competência da Vara de Família ou da Vara de Registros Públicos, sendo a competência residual da Vara Cível, tudo a depender da discussão sobre o que significa abandono do lar e como se caracteriza.

Diante desse cenário, o presente estudo tem como objetivo geral analisar a relação entre o Direito de Família e o Direito de Propriedade, para estabelecer um consenso a respeito da competência jurisdicional nas ações de usucapião familiar. Para tanto, emprega-se o método dedutivo, fundamentado na análise minuciosa da doutrina e da jurisprudência brasileiras pertinentes ao tema.

A presente pesquisa se justifica pela complexidade inerente à aplicação da usucapião familiar, que intersecciona aspectos do Direito de Família, do Direito de Propriedade e do Processo Civil, já que a ausência de definição legal da competência processual para julgar esse tipo de ação, sem considerar as suas peculiaridades, resulta em divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de sua tramitação.

A contribuição fundamental deste estudo reside na constatação de que a usucapião familiar, embora peculiar, carece de regulamentação legislativa em aspectos cruciais, como na definição da competência jurisdicional. Essa lacuna legal tem gerado dificuldades práticas na aplicação do instituto, fomentando o surgimento de controvérsias na interface entre o Direito de Propriedade e o Direito de Família. Em síntese, esta pesquisa buscará responder ao seguinte questionamento: Qual é a competência jurisdicional adequada para julgar ações de usucapião familiar, considerando-se a complexidade dos requisitos legais, as diversas interpretações sobre o conceito de abandono do lar e a falta de regulamentação clara na legislação brasileira?

O artigo está estruturado em tópicos que abordam, sequencialmente, os fundamentos da usucapião especial urbana; o conceito de abandono do lar no contexto da propriedade comum; e

ainda as implicações oriundas da Emenda Constitucional (EC) nº 66, de 13 de julho de 2010 (Brasil, 2010a) na discussão sobre a culpa nas relações conjugais. Por fim, aborda-se a natureza jurídica da ação de usucapião familiar e suas consequências para a determinação da competência processual.

1. DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA: USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião é uma das formas de aquisição da propriedade que se dá mediante a posse prolongada, desde que seja exercida em determinadas condições. *Usucapio* vem das expressões em latim *capere*, que significa tomar e *usus*, que se refere ao uso. Tomar pelo uso tinha como significado original a posse (Venosa, 2024).

Prevista desde a Lei das XII Tábuas, a usucapião se fundamenta no viés social que premia aquele que exerce a posse dando utilidade ao bem em detrimento daquele que, sendo o dono, comporta-se de maneira oposta, atentando contra os princípios da justiça e da equidade (Venosa, 2024). Essa perspectiva proporciona a mudança da situação fática da posse para a propriedade.

O Código Civil de 2002 (Brasil, 2002) abraça essa nova forma de retratar o direito de propriedade, indo além do patrimonialismo e do individualismo presentes no Código Civil de 1916 – Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Brasil, 10). A função social da propriedade faz surgir uma visão mais ampla da usucapião. O direito à moradia e a exigência de produtividade da terra são reflexos dessa nova forma de pensar, ratificada pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, [2024]).

Essa é a proposta da usucapião especial urbana, prevista no artigo 183¹ da Constituição Federal (Brasil, [2024]) e no artigo 1.240² do Código Civil (Brasil, 2002), visto que se trata de modalidade de aquisição da propriedade que visa promover a função social da propriedade e o direito à moradia, que se constitui por ato próprio, sem relação com o proprietário anterior (Tepedino; Monteiro Filho; Renteria, 2024).

Como forma de aquisição originária da propriedade, a usucapião não transfere vícios da titularidade anterior. A propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, não é um direito absoluto. O artigo 1.228 do Código Civil (Brasil, 2002) estabelece que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la de quem injustamente a possuiu. Contudo, esses direitos vêm acompanhados de deveres.

No Direito brasileiro, existem algumas espécies de usucapião especial urbana, com destaque para as reguladas pelo Código Civil (Brasil, 2002) e pelo Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Brasil, 2001). As modalidades de usucapião especial urbana, sem prejuízo de outras classificações, incluem: 1. **Usucapião Especial Urbana**: prevista no artigo 1.240 do Código Civil (Brasil, 2002), essa modalidade permite a aquisição da propriedade de um imóvel urbano, desde que o possuidor tenha habitado esse imóvel como sua moradia por um período de cinco anos, não possua outro imóvel e não tenha sido proprietário de outro imóvel adquirido por meio de usucapião. 2. **Usucapião Familiar**, artigo 1240-A (Brasil, 2002), que

¹ CF/88: “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural” (Brasil, ([2024])).

² CC/2002: “Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez” (Brasil, 2002).

permite a aquisição da propriedade por inteiro por um dos cônjuges; e 3. **Usucapião Especial Urbana Coletiva**: regulada pela Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade (Brasil, 2001), essa modalidade é voltada para áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda. Permite a usucapião de terras urbanas, independentemente da titularidade que a terra possa ter, desde que atendidos os requisitos da posse social, ou seja, a posse deve ser mansa, pacífica e contínua, com a utilização do imóvel para moradia por um período mínimo de cinco anos.

Essas modalidades foram criadas para facilitar o acesso à propriedade em áreas urbanas, especialmente em contextos de grande necessidade habitacional, promovendo a regularização fundiária e assegurando o direito à moradia. Passa-se agora a analisar os requisitos do gênero usucapião especial urbana.

1.1. Deveres do proprietário

O principal dever do proprietário é exercer seu direito em consonância com as finalidades econômicas e sociais da propriedade. Isto implica utilizar o bem de forma produtiva, respeitando as normas ambientais e as relações de vizinhança. Além disso, o proprietário deve manter o imóvel em condições de habitabilidade e segurança, pagando os tributos e encargos que sobre ele incidam.

A análise do direito de propriedade sob o manto da função social é decisiva no momento da verificação da perda do bem pela usucapião, isso porque não se concebe mais o exercício do direito de propriedade por si só. Para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2005, p. 105):

É, hoje, ampla a invocação jurisprudencial da função social da propriedade, quer pelos tribunais estaduais, quer pelos tribunais superiores, e sua aplicação já há muito supera as hipóteses clássicas suscitadas pela doutrina civilista tradicional. A noção encontra-se de tal forma consolidada na experiência brasileira dos últimos anos, que não há dúvidas de que a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais. Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social.

É inegável o destaque dado à função social no direito de propriedade, comprovado por sua previsão constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXIII, da CF/88 (Brasil, [2024]), quando prevê que a propriedade atenderá à sua função social, demonstrando a sobreposição do princípio sobre o direito de propriedade. Se antigamente a correlação entre eles causou certa estranheza, hoje é entendida como indissociável no sistema constitucional contemporâneo (Gagliano; Pamplona Filho, 2024).

Do ponto de vista subjetivo, a usucapião se fundamenta na negligência do dono no que diz respeito à posse do bem, comportamento que resulta na perda do direito sobre ele, configurando uma espécie de desistência sobre o domínio. Os que possuem argumentos mais concretos, apontam como causa da usucapião a ausência de cumprimento da função socioeconômica da posse (Rizzardo, 2021). De um lado ou de outro, é certo que o tempo para completar a prescrição aquisitiva é decisivo.

O primeiro requisito para obter a propriedade mediante a usucapião é o exercício da posse. Para que a posse seja considerada usucapião, ou seja, *ad usucapionem*, ela precisa cumprir alguns requisitos específicos. A intenção da posse, *animus domini*, demonstrada no comportamento do possuidor, deve ser constante e sem contestação durante o tempo necessário para que se converta em propriedade (Tepedino; Monteiro Filho; Renteria, 2024).

Além dos requisitos relacionados à posse *ad usucapionem* e ao tempo, definidos pela legislação cível de acordo com cada espécie de usucapião, a usucapião especial urbana possui critérios específicos para que se converta em direito de propriedade. É sobre essas especificidades que se tratará na seção seguinte.

1.2. Requisitos

A usucapião especial urbana tem como requisitos a posse de área urbana de até 250 metros quadrados; a utilização dessa área para moradia própria ou da família; a posse ininterrupta e sem oposição pelo período de cinco anos; o usucapiendo não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; e nem ter sido beneficiado anteriormente por usucapião de imóvel urbano.

Ao se referir apenas à área, o artigo 183 da CF/88 (Brasil, [2024]) inclui tanto a área construída como a não construída, porquanto a área urbana não se limita apenas ao solo sem construções. De fato, não é adequado para a finalidade do instituto permitir a usucapião em área superior à 250 m² que tenha edificação de maior porte. Esse limite inclui apartamentos, por exemplo, possibilidade já confirmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF (Tepedino; Monteiro Filho; Renteria, 2024) e prevista no Enunciado n° 85³ da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2012).

A proteção da moradia é o objetivo social da norma. O proprietário deve provar que o imóvel é usado como residência única para si e sua família. Para evitar que a usucapião especial seja desvirtuada para fins especulativos ou de enriquecimento indevido, a lei proíbe que a mesma pessoa dela se valha mais de uma vez. Com relação à impossibilidade de dupla incidência da usucapião, vale mencionar o exemplo do professor José Fernando Simão ([2011]):

Determinada mulher casada permanece no imóvel comum, residência da família, enquanto seu marido vai voluntariamente embora de casa e constitui nova família em cidade distante. Passados dois anos do abandono, a esposa reúne os requisitos para a usucapião familiar. Sendo proprietária do bem em razão de sentença que declara a usucapião, a esposa vende o bem. Iniciando agora uma união estável surge a mesma situação. O companheiro abandona o imóvel e a companheira dois anos depois promove a ação de usucapião. De acordo com o dispositivo, como esta mulher já usucapiu imóvel se utilizando da usucapião familiar, só poderá usucapir o bem por outra modalidade.

Embora o exemplo citado se dê no contexto familiar, os artigos 1240 e 1240-A do Código Civil (Brasil, 2002) apresentam os mesmos requisitos. No entanto, ao contrário da usucapião especial urbana, prevista no art. 1240, a usucapião familiar, mencionada no art. 1240-A, requer o cumprimento de um prazo mais curto para que se configure, contemplando apenas dois anos de posse ininterrupta e pacífica por um dos ex-cônjuges.

É importante dizer que o Enunciado n° 500 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2012) estende a aplicação da usucapião familiar a todas as formas de família existentes. Assim, o prazo mais curto da usucapião familiar não retira a constituição do direito de propriedade exclusiva, mas faz jus à liquidez das relações familiares atuais.

³ CJF/2012: “Enunciado n° 85 - Art. 1.240: Para efeitos do art. 1.240, caput, do novo Código Civil, entende-se por ‘área urbana’ o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios” (CJF, 2012).

O artigo 1240-A⁴ do Código Civil (Brasil, 2002), que trata de usucapião conjugal, repete os requisitos previstos na usucapião especial urbana, com exceção do abandono de lar, exigência que causa polêmica no instituto da usucapião pró-família. A análise da função social da propriedade entre os cônjuges é de extrema relevância para que a aplicação da usucapião familiar se dê de forma justa.

1.3. Da função social da propriedade entre cônjuges

O ponto nodal da pesquisa não são os tipos de usucapião especial urbano, mas um deles em especial: a usucapião familiar, que se justifica por possibilitar a aquisição da propriedade de forma privilegiada pelo cônjuge que permanece no bem em comum, tendo sofrido abandono por parte do cônjuge ou companheiro.

A função social da propriedade, princípio constitucional, ganha contornos especiais quando aplicada às relações conjugais. No contexto familiar, a propriedade deve servir não apenas como abrigo físico, mas também como suporte para o desenvolvimento dos laços afetivos e para a criação dos filhos.

Sobre a função social da propriedade, assim se pronuncia Teori Albino Zavascki (2004, p. 52):

Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função "é mais evidente na posse e muito menos na propriedade", observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social da posse. A relação de pertinência entre posse e função social permeia-se, como se verá, no atual regime da Constituição e está evidente também na orientação adotada no novo Código Civil. Nesse Código, conforme o testemunho qualificado do presidente da comissão que elaborou o Anteprojeto, Professor Miguel Reale, "foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade". Resulta assim plenamente justificada a tutela jurídica da posse como instituto autônomo, a merecer, independentemente de sua relação com o direito de propriedade, um trato especial, apropriado à sua vocação natural de instrumento concretizador daquele importante princípio constitucional.

Em última análise, é a posse que vai ser considerada frente ao direito de propriedade, na perspectiva da usucapião familiar. Ainda que a propriedade seja comum aos ex-cônjuges ou companheiros, vai-se privilegiar aquele que ficou em detrimento do que não está exercendo, mesmo que a distância, os deveres de possuidor. Isso demonstra que a função social da propriedade tem mais afinidade com a posse do que com a propriedade em si.

A função social da propriedade é um conceito importante no Direito brasileiro, segundo o qual a propriedade não deve ser vista apenas como um direito individual, mas também cumprir funções que beneficiem a sociedade. Essa ideia é particularmente relevante no contexto das relações entre cônjuges no que diz respeito aos bens comuns, especialmente em casos de união estável ou casamento. A questão central estaria no elemento uso e aproveitamento: a função social da propriedade exige que os bens comuns sejam usados de maneira a beneficiar ambos os cônjuges e, por extensão, a família. Isso significa que o imóvel deve atender não apenas aos interesses individuais dos cônjuges, mas também às necessidades coletivas da família. O usufruto

⁴ CC/2002: "Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (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, adquirirlhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011).§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez" (Brasil, 2002).

e a utilização do bem devem proporcionar condições de vida dignas e adequadas para todos os membros da família. Em resumo, a função social da propriedade entre cônjuges em relação aos bens comuns reforça a ideia de que a propriedade deve ser gerida em benefício da família e da sociedade, promovendo condições saudáveis de convivência e colaboração mútuas, e garantindo que os direitos de todos os envolvidos sejam respeitados.

A retirada de propriedade do antigo proprietário e sua transferência para um novo proprietário que demonstre interesse merecedor de proteção jurídica é uma medida extrema permitida pelo inciso XXII do artigo 5º da Constituição da República (Tepedino, 2021).

Segundo Yvila Maria Pitombeira Macedo e Marcelo Sampaio Siqueira (2023, p. 35):

A função contemporânea da usucapião deve ser apurada por meio de uma análise integrada do ordenamento jurídico, com base na Constituição Federal e no Código Civil. É importante identificar o papel que esse instituto deve desempenhar em uma situação jurídica específica, considerando os princípios e direitos fundamentais relacionados à família, à moradia, à igualdade e à função social da propriedade.

Logo, na usucapião familiar, ao se analisar o caso concreto, deve restar configurado o abandono de lar com o intuito de ensejar a perda da propriedade comum, pelo cônjuge infrator, cujo ato está relacionado à falta aos deveres familiares e sem dúvida o descumprimento da função social da propriedade, fazendo com que surja o direito de um dos cônjuges ao exercício exclusivo da propriedade.

2. ABANDONO DO LAR E A PROPRIEDADE COMUM

A discussão fática sobre o abandono de lar assume novos contornos, já que se trata de requisito fundamental para a caracterização da usucapião familiar. Ressalta-se, por oportuno, em função da evolução legislativa do divórcio no Brasil, que discussões acerca de culpa não são mais necessárias para o deferimento desse instituto, situação que proporciona maior liberdade na constituição e desconstrução das relações familiares. Essa conquista, resultante da Emenda Constitucional nº 66/2010 (Brasil, 2010a), retira o foco da discussão sobre a culpa pelo término das relações afetivas, refletindo dessa forma uma mudança significativa na abordagem legal das dinâmicas familiares.

Mas isso não ocorre na caracterização da usucapião familiar, para a qual se exige de forma necessária a particularização do abandono e a culpa por esse, não deixando, por conseguinte, de ser uma sanção a aquisição da propriedade por um dos cônjuges.

No que diz respeito à separação de fato, o jurista Guilherme Augusto Pinto da Silva (2013, p. 124-125) assim pondera:

O exame dos efeitos jurídicos da separação de fato é cerne da discussão a respeito da implementação da nova modalidade de usucapião. Dentre os requisitos para a implementação da usucapião familiar está o abandono do lar, circunstância que deve ser lida não como um resgate da discussão da culpa conjugal (art. 1573, IV, CC), mas como a ocorrência da separação de corpos no mundo dos fatos. Sendo o abandono do domicílio conjugal um ato unilateral, o gesto pode ensejar ambiguidade: *quo vadis domine*⁵? Constatado o abandono do lar pelo cônjuge pode-se falar que não há mais dever de coabitação, tampouco comunhão plena de vida.

Para o autor, caracterizar o abandono de lar pela separação de fato implica suscitar controvérsias no que diz respeito à proteção do patrimônio comum. Afinal, ao se considerar que a

⁵ Em tradução livre do latim para o português: “Aonde vais Senhor?”.

separação de fato não gera consequências jurídicas, confirma-se que a comunhão dos bens persiste. No entanto, ao se caracterizar o fim da coabitação como o do próprio casamento, tem-se que inexistente comunhão de bens, e o que resta para esse patrimônio que um dia foi comum são as regras do condomínio, previstas nos artigos 1.315 e 1.319 do Código Civil (Brasil, 2002).

Para José Fernando Simão ([2020]), havendo comunhão ou simples posse (condomínio) a usucapião familiar vai se concretizar; em caso de regime de separação de bens, por exemplo, caso o casal tenha adquirido o bem, não é caso de comunhão, e sim de condomínio, e o bem poderá ser usucapido. No entanto, caso o regime seja o da comunhão parcial de bens, há comunhão de bens quanto ao patrimônio adquirido por eles na constância da união, e a usucapião poderá ocorrer.

Essa constatação não dirime as controvérsias relacionadas à discussão sobre a culpa em torno do abandono do lar que acarreta a usucapião familiar, haja vista que o instituto peca na objetividade da norma disposta na CF/88 (Brasil, [2024]) e no Código Civil (Brasil, 2002). Por esse motivo, torna-se necessário analisar questões pontuais relacionadas ao abandono do lar, à própria culpa e às implicações da EC nº 66/2010 (Brasil, 2010a) nessa modalidade de aquisição da propriedade.

2.1. Abandono do lar

O conceito de abandono do lar, central para a aplicação da usucapião familiar, é objeto de intenso debate doutrinário. Não abrange apenas a saída física do cônjuge ou companheiro do imóvel, mas também o descumprimento dos deveres conjugais, especialmente o de coabitação e mútua assistência.

Sobre esse aspecto, assim leciona Rolf Madaleno (2020, p. 1464):

Não há abandono malicioso ou espontâneo quando o cônjuge se afasta da vivenda comum por ordem judicial compulsória de separação de corpos e tampouco quando um dos consortes foi expulso de casa por violência doméstica e fundado temor quanto à segurança de sua integridade física, moral ou psicológica, ou a de seus filhos. Como escreve Luiz Edson Fachin, o abandono deve ser interpretado no sentido de interromper a comunhão de vida conjunta e a assistência financeira e moral, que compõem o núcleo familiar, renegando o dever de solidariedade e de responsabilidade para com a família.

Para caracterizar o abandono do lar, é necessário que haja a intenção de não mais retornar, aliada ao descumprimento dos deveres conjugais. Situações como a saída temporária por motivos de trabalho ou estudo, ou mesmo separações de fato consensuais não configuram abandono para fins de usucapião familiar.

O prazo de dois anos, a partir do abandono do lar, de posse ininterrupta, mansa, direta e exclusiva do bem configura a usucapião familiar. A posse prevista no Enunciado nº 502 da V Jornada de Direito Civil (CJF, 2012) não se confunde com a posse do artigo 1.197 do Código Civil (Brasil, 2002), e começa a ser contada da separação de fato, como previsto nos Enunciados nºs 501 e 498, ambos da V Jornada de Direito Civil (CJF, 2012).

O Enunciado nº 595 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2015, p. 29) prevê que “O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499”.

A interpretação do artigo 1.240-A do Código Civil (Brasil, 2002), para facilitar sua aplicação prática, deve eliminar a necessidade de investigar a culpa na dissolução do vínculo conjugal, alinhando-se à intenção do legislador constitucional, expressa na EC nº 66/2010 (Brasil, 2010a). Contudo, a possibilidade de que a usucapião familiar reative discussões sobre a culpa gera divisões de opinião, mesmo entre os especialistas em Direito de Família. Mas a escorreita análise é de que a culpa pela separação é desnecessária nesse contexto, embora a investigação da responsabilidade pelo abandono da propriedade continue relevante e necessária, não sendo possível extrair da interpretação do enunciado transcrito opinião diversa.

2.2. Precisamos falar sobre a culpa?

A introdução da usucapião familiar no ordenamento jurídico brasileiro reacendeu o debate sobre a culpa nas relações conjugais. Alguns doutrinadores argumentam que esse instituto representa um retrocesso, ao reintroduzir a discussão da culpa no fim das relações conjugais, contrariando a tendência de desjudicialização e simplificação dos processos de divórcio.

Conforme Maria Berenice Dias (2021, p. 750):

É sabido que, por ocasião do fim de um relacionamento afetivo, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se. Lá permanece o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é a única saída, até porque vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a concessão da posse adquire a feição de alimentos in natura.

A jurista reforça que a introdução dessa nova figura no ordenamento acabou por reviver a necessidade de se justificar o término do relacionamento, que foi adequadamente sepultada pela EC nº 66/2010 (Brasil, 2010a). Para a autora (Dias, 2021), retomar o debate sobre a culpa, enfatizando o abandono conjugal, principalmente “punindo” o que se afasta e “beneficiando” o que permanece, pode levar a uma grave injustiça e reforçar a ideia profundamente enraizada de que o indivíduo que sai perde todos os seus direitos.

Por outro lado, defensores da usucapião familiar argumentam que não se trata de atribuir ao cônjuge que abandona a culpa pelo fim do relacionamento, mas de proteger o cônjuge que permanece no imóvel e continua cumprindo sua função social. A "culpa", nesse contexto, estaria mais relacionada ao descumprimento dos deveres de propriedade do que dos deveres conjugais propriamente ditos.

Assim afirma Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 544):

Apesar de aparentemente fazer ressurgir a discussão de culpa pelo fim da conjugalidade, a lei não tem essa intenção, não diz isto e não deve ser interpretada assim. Quando ela menciona abandono do lar, quer dizer simplesmente que o cônjuge não se responsabilizou pela família. E se assim o fez, deve responder na vida pela sua irresponsabilidade, com a perda da propriedade. É justo. Isto não significa discutir culpa, até porque após a EC 66/10 ela ficou extirpada do nosso ordenamento jurídico.

O autor alerta que, para aqueles que não desejam mais estar casados ou permanecer em união estável, o desejo de deixar o lar deve ser concretizado com responsabilidade. É possível descaracterizar o abandono do lar com medidas formais ou informais que comprovem o desejo de terminar o casamento, a exemplo da separação de corpos, evitando-se a aplicação da regra do artigo 1.240-A do Código Civil (Brasil, 2002).

A ausência da análise da culpa na situação de abandono do lar afasta o viés da punição pelo fim do relacionamento e direciona a discussão para os deveres não só do proprietário, mas

também do ex-cônjuge, que, ao cumprir seus deveres relacionados à família, mesmo diante da ausência física no lar construído, demonstra que as obrigações decorrentes dos laços afetivos e relacionadas ao bem de família persistem, impedindo a configuração da usucapião familiar.

O fim da discussão em torno da culpa só se tornou possível por intermédio da EC nº 66/2010 (Brasil, 2010a), que, além de conferir liberdade aos que não desejam mais partilhar a vida, redirecionou a análise da perda da posse familiar para a responsabilidade que deve estar presente em todas as relações, como forma de sanção pela falta de compromisso com a família.

2.3. Emenda Constitucional nº 66/2010

A Emenda Constitucional nº 66/2010 (Brasil, 2010a), conhecida como "PEC do Divórcio", alterou significativamente o panorama do Direito de Família no Brasil. Ao eliminar os requisitos de prévia separação judicial e de tempo mínimo para o divórcio, a emenda consolidou a tendência de afastar a discussão da culpa nos processos de dissolução do casamento.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), a desembargadora Maria de Lourdes Abreu explana bem essa questão, quando diz:

O requisito de abandono do lar do art. 1.240-A do CC/02 insere-se no âmbito patrimonial, no sentido do não-exercício de atos possessórios (uso, gozo, disposição ou reivindicação) sobre determinado bem. Não basta a saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, pela inviabilidade de convivência sob mesmo teto, nem alheamento afetivo. Com a abolição do conceito de culpa no âmbito do Direito de Família, pelo advento da EC no 66/2010 que deu nova redação ao art. 226 da CF/88, o pressuposto da usucapião familiar não se confunde com o abandono voluntário do lar conjugal do art. 1.573, IV do CC, causa de infração de dever matrimonial e consequente culpabilidade pelo fim do casamento. 3. Apelo desprovido (Brasília, 2015).

Essa mudança constitucional levanta questões importantes sobre a compatibilidade da usucapião familiar com o atual sistema de divórcio. Alguns autores argumentam que a usucapião familiar estaria na contramão dessa evolução legislativa ao reintroduzir, ainda que indiretamente, a discussão sobre a culpa no fim do relacionamento.

No que concerne à culpa, alerta Paulo Lôbo (2023, p. 121):

O sentido de “abandono do lar”, para os efeitos da usucapião especial, é situação de fato, que independe de comprovação de motivação ou de culpa. Basta o afastamento físico do outro cônjuge ou companheiro, deixando de arcar com os deveres de manutenção da família. A finalidade da norma legal é a proteção do núcleo familiar remanescente, mediante a segurança da moradia. Não importa que o cônjuge ou companheiro usucapiente tenha dado causa ao abandono. A norma não tem propósito punitivo; não visa a punir o cônjuge ou o companheiro com a perda da propriedade, em virtude do abandono do lar.

Embora a interpretação apresentada por Paulo Lôbo (2023) enfatize que o abandono do lar, para os efeitos da usucapião especial, constitui uma situação de fato que não requer comprovação de motivação ou culpa, é fundamental considerar que a responsabilidade pelo abandono deve sim ser levada em conta. A análise do contexto que leva ao afastamento do cônjuge ou companheiro é essencial para uma aplicação justa da norma. Afinal, a dinâmica familiar muitas vezes envolve questões complexas que podem incluir comportamentos abusivos, omissões ou falta de compromisso que culminam no abandono, consistindo em infração à função social da propriedade exercida pelos cônjuges proprietários.

Observa-se que não se está a analisar culpa/sanção como requisito de pedido de divórcio, mas como elemento para aquisição da propriedade. É certo que a mera constatação do afastamento físico não deve ser suficiente para desconsiderar o histórico relacional entre as partes. Agora, ignorar a responsabilidade no abandono da propriedade pode gerar injustiças, uma vez que o cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel e que pode ter sido vítima de comportamento inadequado do outro não deve ser penalizado pela perda do lar em função de uma situação que, em grande parte, pode ter sido criada pelo comportamento do abandonador.

Portanto, a norma deve ser aplicada de maneira a assegurar a proteção do núcleo familiar remanescente, mas também deve levar em consideração as circunstâncias que culminaram no abandono, garantindo que não se beneficie aquele que efetivamente contribuiu para a destruturação da relação familiar e para a situação de fato que justifica a usucapião. Uma abordagem que considera a responsabilidade pelo abandono pode promover uma visão mais equilibrada e equitativa das relações familiares, assegurando que a usucapião especial cumpra sua verdadeira finalidade de proteção à moradia e à dignidade dos envolvidos.

A análise da usucapião familiar pela ótica do direito de propriedade, faz surgir o questionamento acerca da propriedade familiar e dos requisitos que configuram a possibilidade de perda do que foi construído com esforço comum do casal. Não se pode fugir à análise dos conflitos familiares que causam a perda da propriedade conjugal. Até porque existem os deveres de colaboração e mútua assistência perante os consortes, e, no tocante ao abandono do lar, pode-se aplicar o artigo 1.566, II e III⁶, do Código Civil (Brasil, 2002). Quando a vida em comum no domicílio conjugal é interrompida pelo abandono do lar, pode gerar prejuízo àquele que fica, caso a ausência de quem abandona gere débito conjugal para o que permanece no domicílio do casal. É o desamparo que autoriza a responsabilização daquele que não cumpre com os deveres alusivos à propriedade em comum. São questões relacionadas aos deveres recíprocos dos cônjuges e companheiros que refletem na propriedade comum. Por esse motivo, faz-se relevante a análise da competência da ação de usucapião pró-família.

3. PROPRIEDADE FAMILIAR E COMPETÊNCIA PROCESSUAL

A propriedade familiar tem suas peculiaridades, e o requisito do abandono do lar, mesmo sem análise da culpa, torna singular esse tipo de aquisição originária da propriedade. Primeiro porque se está falando de aquisição originária de um bem que já estava em comunhão ou condomínio entre os proprietários. E, em segundo lugar, porque existem controvérsias acerca do instituto que merecem ser examinadas.

A primeira delas diz respeito à constitucionalidade da Lei nº 12.424/2011 (Brasil, 2011), que introduz o artigo 1.240-A no Código Civil (Brasil, 2002). Considerar a inconstitucionalidade desse dispositivo retira do cônjuge que exerce a posse a possibilidade de exercitar o direito à moradia. Afinal, se essa modalidade de usucapião especial urbana foi pensada para o contexto das famílias, com toda certeza o foi para aquelas de baixa renda, que cumprem os requisitos do único imóvel de até 250 m².

No entanto, os problemas relacionados a tal modalidade não se encerram na esfera da legalidade da norma posta. Alcançam também a lacuna legislativa no que tange à competência da ação. Por não ter sido estabelecida de forma objetiva, a doutrina e a jurisprudência se dividem com relação à determinação de onde se processará a demanda.

⁶ CC/2002: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; [...]” (Brasil, 2002).

Muito além de mero formalismo, o limbo processual dificulta a abordagem de questões relevantes, como a caracterização do abandono do lar e da própria culpa, não quanto ao fim da relação conjugal, embora esse seja o motivo da usucapião familiar, mas quanto às obrigações relacionadas ao princípio da solidariedade familiar, que não se extinguem com o fim da união, e que estão relacionadas aqui ao bem de família.

A análise da natureza jurídica da aquisição de propriedade originária por meio do rompimento dos vínculos afetivos, é certamente um caminho para a definição da vara competente para o julgamento e processamento da ação de usucapião familiar. A compreensão dos institutos quanto à sua estrutura e finalidade torna mais claros os caminhos que definem o direito de propriedade e seus deslindes nos assuntos de família.

Partindo-se do pressuposto de que a competência para a ação de usucapião é da justiça comum, em face da natureza jurídica do bem, e da regra do artigo 47 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de maio de 2015 (Brasil, 2015), segundo o qual “Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa”, conclui-se que uma parte da competência⁷ já está definida: a) justiça comum; b) comarca do local do bem. Logo, resta verificar qual vara será a competente, considerando-se a organização judiciária do Estado⁸ e a natureza da lide, cujo estudo é referente à usucapião familiar.

3.1. Da natureza jurídica da ação de usucapião familiar

A usucapião familiar é uma ação declaratória positiva, cuja sentença procura solucionar uma crise de certeza (Calmon, 2024), ou seja, se a propriedade do bem conjugal será exclusiva de um dos cônjuges em virtude do abandono do lar. Sua natureza jurídica é híbrida, mesclando elementos de Direito de Família e de Direito Real. Por um lado, envolve a dissolução de um condomínio, ou comunhão de bens, formado em razão de uma relação conjugal ou de união estável. Por outro, trata-se de uma forma de aquisição originária da propriedade, típica do Direito das Coisas.

Distinguir os limites entre o fim do alcance da seara de família e o início da área na qual se passa a tratar exclusivamente do direito de propriedade não é tarefa fácil, pois para os familiaristas não se pode tratar de usucapião conjugal sem levar em consideração aspectos do Direito de Família. Para dirimir tal conflito, é preciso observar a natureza jurídica da ação de usucapião pró-família.

Nesse ponto, destaca-se a lição de Gustavo Tepedino (2021, p. 218-219):

Com efeito, a sentença de usucapião mostra-se meramente declaratória, não tendo o condão de atribuir o domínio, mas de reconhecer situação jurídica pré-existente. por finalidade “dar publicidade à aquisição originária operada pela usucapião, resguardando a boa-fé de terceiros e possibilitando, por parte do usucapiente, o exercício do *ius disponendi*. Ademais, assegura-se, assim, a continuidade do próprio registro”. Ao mesmo tempo, adquire o usucapiente, com a sentença de usucapião, legitimidade para ingressar com ações petitorias.

⁷ Sobre competência ver Araken de Assis (2019): “Não escasseiam os conceitos de competência. Todos se mostram muito similares. Enquanto jurisdição é o poder abstrato atribuído ao conjunto de órgãos jurisdicionais, a competência consiste na fixação específica desse poder num órgão específico, mercê de critérios gerais, abstratos e predeterminados. Em outras palavras, a jurisdição é positiva, a possibilidade de exercê-la é a ausência de impedimento” (p. 1033).

⁸ No caso do Estado do Ceará, vide o Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará (Ceará, 2011), mais especificamente o artigo 112.

O autor complementa, afirmando que como a decisão apenas confirma um direito já existente, que surge com o cumprimento dos requisitos legais, é permitido que a usucapião seja invocada como argumento de defesa em ação reivindicatória. O artigo 7º da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981⁹ (Brasil, 1981), é claro nesse sentido, assim como o Supremo Tribunal Federal, que, por meio da Súmula nº 237¹⁰ (Brasil, 1963), uniformizou tal interpretação.

Não se pode negar que o instituto da usucapião consolida domínio e corresponde à intenção do direito de propriedade de evitar confusões e o conflito social. Mas também há de se reconhecer que o intuito da usucapião familiar repousa na necessidade de amparar especialmente as mulheres, que acabam se tornando proprietárias exclusivas do bem comum, no caráter de proteger os que são abandonados e permanecem no lar conjugal (Dias, 2021).

Essa natureza mista do instituto é o cerne da controvérsia sobre a competência para julgar as ações de usucapião familiar. Enquanto as ações de família geralmente são de competência das Varas de Família, as ações de usucapião tradicionalmente são julgadas pelas Varas Cíveis ou, se especializadas, de Registros Públicos. A seguir, trata-se da análise do artigo 1240-A do Código Civil (Brasil, 2002), com foco na incompletude da legislação atinente à competência da usucapião familiar.

3.2. Breves considerações sobre o artigo 1.240-A do Código Civil e o direito de ação

O artigo 1240-A do Código Civil (Brasil, 2002), introduzido pela Lei nº 12.424/2011 (Brasil, 2011), que estabelece os requisitos específicos da usucapião familiar, apresenta algumas inconsistências relacionadas à sua constitucionalidade. Isso porque o artigo surgiu da Medida Provisória (MP) nº 514, de 1º de dezembro de 2010 (Brasil, 2010b), que atualizava as regras do Programa Minha Casa, Minha Vida, que nada falava a respeito da modalidade de usucapião conjugal.

No entanto, durante o debate de tal medida nas comissões do Congresso Nacional, introduziu-se a usucapião familiar e o projeto foi aprovado sem discussão do instituto ou mesmo menção na exposição de motivos do projeto de lei (PL) em questão, de modo que, para alguns juristas, trata-se de dispositivo inconstitucional.

A esse respeito, cabe mencionar a observação de Ricardo Lucas Calderon e Michele Makyumi Iwasaki (2015, p. 34):

Essas inconsistências formais do atabalhoado processo de aprovação da lei que implantou o art. 1.240-A no Código Civil podem, efetivamente, maculá-lo por completo, visto que são relevantes os questionamentos apresentados (o que não se ignora). Apesar disso, até este momento nenhuma medida que o retire do ordenamento (ou suspenda sua eficácia) foi proferida, de modo que segue em vigência e, ainda, vem sendo aplicado reiteradamente pelos nossos tribunais.

O cenário de possível declaração incidental de inconstitucionalidade não afastou a análise da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, e se segue com a maior parte da doutrina e da jurisprudência indicando a validade e constitucionalidade do artigo 1.240-A do Código Civil

⁹ L6969/81: “Art. 7º - A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis” (Brasil, 1981).

¹⁰ STF. “Súmula nº 237. A usucapião pode ser argüido em defesa” (Brasil, 1963).

(Brasil, 2002), de tal maneira, que essa inércia impulsiona o debate a respeito do conteúdo material e da execução do dispositivo.

Prova dessa assertiva é a atualização do instituto da usucapião familiar no Projeto de Reforma do Código Civil. A nova redação do dispositivo, cujo Projeto de Lei (PL) nº 4, de 2025¹¹ (Brasil, 2025) já tramita no Senado, passa a dispor (Santiago, 2024):

Art. 1.240-A Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, **posse com intenção de dono**, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou **ex-convivente** que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á a **propriedade integral**, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 2º O prazo mencionado neste dispositivo, deve ser contado da data do fim da comosse existente entre os ex-cônjuges ou os ex-conviventes.

§ 3º Presume-se cessada a comosse quando, a partir do fim da posse com intenção de dono, em conjunto, o ex-cônjuge ou ex-convivente deixa de arcar com as despesas relativas ao imóvel.

§ 4º As expressões ex-cônjuge e ex-convivente, contidas neste dispositivo, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio ou de dissolução de união estável.

§ 5º O requisito do abandono do lar deve ser interpretado como abandono voluntário da posse do imóvel, não importando em averiguação da culpa pelo fim da sociedade conjugal, do casamento ou da união estável.

Embora não haja menção à competência, objeto de estudo deste artigo, no dispositivo citado, a iniciativa é louvável e vai ao encontro da necessidade de se acompanhar as mudanças sociais, no intuito de que a lei seja correlata à realidade contemporânea. De acordo com Maria Cristina Santiago (2024), membro da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do projeto, a usucapião familiar é fundamental para assegurar às mulheres vítimas de violência doméstica o direito à moradia, como meio de reconstruírem suas vidas.

Nesse sentido, enquanto a atualização não acontece, a interpretação desse artigo deve ser feita à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da proteção à família. Sobre esse aspecto surgem questões relacionadas ao princípio da solidariedade, que pode ser questionado quando a usucapião familiar determina que apenas um dos cônjuges seja proprietário, e da função social e como ela se aplica à propriedade comum dos cônjuges.

Essas questões relacionadas ao direito de propriedade que geram segurança jurídica às partes são colocadas em discussão quando do estudo da usucapião conjugal. Crê-se que talvez, se esse instituto tivesse sido debatido no congresso no momento de sua elaboração, estariam sanadas com uma melhor redação do artigo 1240-A do Código Civil (Brasil, 2002).

Como bem afirma Sílvio de Salvo Venosa (2019, p. 2294):

O intento deste artigo introduzido aqui é preservar e proteger um teto de moradia para o cônjuge ou convivente que se separa e permanece no imóvel. O texto não apresenta a melhor redação. O prazo é exíguo o que exigirá atenção maior dos magistrados para evitar fraudes. Nunca se esqueça que o instituto, apesar do curto prazo, é usucapião e que, portanto, todos os princípios que o regem devem ser aplicados.

¹¹ PL4/2025: “Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata” (Brasil, 2025).

Assim, não pode se converter em posse “*animus domini*” a posse decorrente de um negócio jurídico, como locação ou comodato, por exemplo. A dicção fala em “propriedade”, que não verdade ainda não existe enquanto não declarada por sentença. No mais, aplica-se o que foi dito nos comentários ao art. 1.240. A questão do abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro é matéria de fato a ser estudada no caso concreto, bem como o fato de o interessado não ser proprietário de outro imóvel.

Mesmo diante de tais incongruências relacionadas à constitucionalidade e à redação do artigo 1240-A do Código Civil (Brasil, 2002), a iniciativa é positiva, visto que compreende não só a dignidade da pessoa humana, mas também o direito à moradia (art. 6º, CF), consagrados pela Constituição (Brasil, [2024]), e que também se aplicam aqui no âmbito das relações familiares, motivo pelo qual se discute qual seria a competência para a ação de usucapião familiar.

Para solução da especialíssima demanda é preciso que o usucapiente exercite o seu direito de ação, que nada mais é que o direito de postular a tutela jurisdicional. Esse direito é limitado pelas condições da ação previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil¹² (Brasil, 2015), quais sejam: interesse e legitimidade. A legitimidade autoriza o autor da ação a ocupar posição processual ativa em um determinado caso concreto. Já o interesse é a utilidade da tutela jurisdicional, é quando se exerce o direito de ação buscando um resultado útil (Câmara, 2022). No caso da ação de usucapião familiar, embora a sentença seja declaratória, há modificação da situação jurídica do usucapiente no caso concreto, já que o pedido é para que esse se torne o único proprietário do bem comum.

O pedido representa o que a parte deseja alcançar no processo, de acordo com o que se apresenta na causa de pedir. O objetivo último do pedido é o encerramento da crise que motivou a ação, mediante uma solução final do Estado. O caráter processual do pedido lhe confere dupla feição (Calmon, 2024), uma imediata, relacionada à técnica processual a ser utilizada pelo juiz para a solução do caso, e outra mediata, que diz respeito ao bem da vida propriamente dito, no caso deste estudo, o bem comum do casal.

Na hipótese do estado do Ceará e da comarca de Fortaleza, que apresentam em sua organização judiciária varas cíveis de registro público e de família, destaca-se o artigo 112 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará e legislação correlata (Ceará, 2015), cuja redação não apresenta o termo Usucapião, mas aponta a competência da Vara de Família, por exemplo, para tratar das ações concernentes ao regime de bens do casamento, ao dote, às doações antenupciais e aos bens parafernais.

As técnicas a serem utilizadas na fixação da competência levam em consideração não só o pedido, mas também a sua causa de pedir (Calmon, 2024). Essa compreensão conduz à conclusão de que, embora as ações de usucapião tratem de matéria de competência da Vara Cível, ordinária e residualmente falando, quando se trata de usucapião familiar, a causa de pedir vai ao encontro ao fato gerador, que é o abandono de lar, fato que revela a necessidade de atribuição à Vara de Família. Isso porque, na lição de Humberto Theodoro Júnior (2015), quando o assunto é competência processual, o legislador pondera os elementos da lide e os dados do processo de forma concomitante.

3.3. Afinal, de quem é a competência na usucapião familiar?

A questão da competência para julgar ações de usucapião familiar é controversa na doutrina e na jurisprudência. Existem duas linhas de intelecção a respeito da competência nas ações

¹² L13105/2015: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade” (Brasil, 2015).

de usucapião conjugal. A primeira atribui a competência às Varas de Família, amparada no argumento de que, por envolver questões familiares como o abandono do lar, essas ações deveriam ser julgadas pelas varas especializadas em Direito de Família.

Esse é o entendimento adotado pelo jurista Rolf Madaleno (2020, p. 1467) ao se pronunciar acerca da competência para julgamento de ações de usucapião familiar:

É da Vara de Família, onde houver, a competência para processar a ação de usucapião familiar, por tratar de efeito jurídico derivado da relação de casamento ou da de união estável que se prorroga em razão da matéria, exigindo justamente o artigo 1.240-A do Código Civil que o imóvel a ser usucapido seja aquele utilizado pelo ex-casal como moradia familiar ou conjugal, não podendo o promovente da usucapião ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A segunda entende que a competência é da Vara Cível, cuja atribuição é residual, sob a justificativa de que, sendo a usucapião uma forma de aquisição da propriedade, essas ações deveriam seguir o juízo tradicional das ações de usucapião. Frisa-se aqui que a atribuição pode recair também na Vara de Registros Públicos, a depender da existência de vara dessa competência.

Flávio Tartuce (2021) aborda essa indefinição em artigo sobre o tema e demonstra que as decisões a respeito da competência são variadas:

[...] decidi recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmando a posição do seu Órgão Especial, que "a questão afeta à competência para apreciação da usucapião familiar já foi solucionada pelo Órgão Especial desse Egrégio Tribunal de Justiça, cabendo às varas cíveis ou de registros públicos (onde não houver varas cíveis) apreciar a matéria" (TJSP, Apelação cível n. 1020898-41.2019.8.26.0005, Acórdão n. 14851731, São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvério da Silva, julgado em 26/07/2021, DJESP 30/07/2021, p. 2831). Na mesma linha, julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que "a relação jurídica em discussão, de ordem eminentemente patrimonial, no que se compreende a pretensão inicial de usucapião familiar, com fundamento no art. 1.240-A do Código Civil, atrai inexoravelmente a competência do Juízo Cível. Súmula n. 24 do TJDF e precedente julgado na 2ª Câmara Cível" (TJDF, Apelação cível n. 00380.18-62.2016.8.07.0001, Acórdão n. 134.4789, Sétima Turma Cível, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, julgado em 09/06/2021). Por fim, do Tribunal Fluminense, em prejuízo de muitos outros julgados, sendo essa a posição majoritária das Cortes Estaduais brasileiras: "o objeto da demanda é a aquisição originária da propriedade do imóvel em que reside a autora, de modo que a matéria a ser apreciada e julgada nos autos é de natureza eminentemente patrimonial, não havendo qualquer questão relativa à relação familiar. Matéria que não se encontra no rol da competência das varas de família, expressamente delimitada no art. 43 da LODJ" (TJRJ, Apelação n. 0012457-50.2019.8.19.0210, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, DORJ 29/07/2020, p. 371).

De fato, a jurisprudência ainda não é pacífica sobre o tema. Os Tribunais de Justiça, em decisões recentes, têm se inclinado para a competência das Varas de Família, argumentando que o cerne da questão é o abandono do lar, matéria típica do Direito de Família.

É o que se depreende do enunciado, transcrito a seguir, de recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR - REQUISITOS - NATUREZA FAMILIAR - CONFLITO NEGATIVO ACOLHIDO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. - Os requisitos para a configuração da usucapião familiar estão elencados no art. 1.240-A do Código Civil, entre eles a comprovação de que a propriedade do imóvel usucapiendo era dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro, o qual abandonou o lar - Considerando a natureza familiar dos requisitos supraditos, deve ser reconhecida a competência do Juízo de Família para julgar a Ação de Usucapião Familiar (Minas Gerais, 2023a).

No entanto, no mesmo órgão e no mesmo ano, há decisão contrária à de que a competência seria da Vara de Família, com base na ausência de previsão na resolução do órgão especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme destaca a decisão:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR. ART. 1240 CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA NÃO PREVISTA NA RESOLUÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJMG Nº 977/2021. COMPETÊNCIA. ARTIGO 36 DO RITJMG. 1. A competência para julgamento de causa que não versa sobre matéria elencada na Resolução do Órgão Especial do TJMG nº 977/2021 deve ser definida de acordo com o disposto no artigo 36 do RITJMG. 2. Tratando-se de ação de usucapião familiar e o divórcio das partes litigantes já ocorreu, o julgamento de recurso nela interposto cabe as Câmaras Cíveis de Direito Privado de competência residual (Minas Gerais, 2023b).

Destaca-se na sequência trecho de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, reconhecendo a incompetência da Vara de Família para processar ação de usucapião familiar, de acordo com a Lei de Organização Judiciária do Ceará, em agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. CONCESSÃO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO FAMILIAR. INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. AFERIÇÃO DE CULPA. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 01. Cuidam os autos de Recurso de Apelação interposto contra a r. sentença de fls. 494/505, que julgou parcialmente procedente a Ação de Divórcio Litigioso c/c Partilha de Bens, para decretar a partilha do bem do ex-casal, cabendo 50% (cinquenta por cento) do imóvel para cada um dos ex-cônjuges, reconhecendo-se, ainda, a incompetência da Vara de Família para analisar o pedido de reconvenção; [...] 04. A alegação de competência do juízo familiar para processar e julgar o usucapião requerido nos moldes do art. 1.240-A, do Código Civil, não merece acolhida, uma vez que obedecendo a Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará, a competência para o julgamento de usucapião, ainda que decorrente da relação preterita familiar, ressoa remanescente para uma das Varas Cíveis, posto que não abrangida na competência específica para a Vara de Família [...] (Brasil, 2022).

Resta demonstrado que a aferição de competência nas ações de usucapião pró-família depende do entendimento dos tribunais, que têm seguido, na grande maioria das decisões proferidas, as orientações estabelecidas nas resoluções internas dos seus órgãos, como também as leis de organização judiciária de cada estado, como está previsto no artigo 125, parágrafo 1º, da Constituição Federal¹³ (Brasil, [2024]), e cuja regra se repete no artigo 44 do Código de Processo Civil¹⁴ (Brasil, 2015).

Esse é o intuito da criação das Varas de Família: dirimir conflitos mediante o julgamento de ações que envolvam as contendas familiares, ou que surjam por meio dessas relações, como é o caso da ação de usucapião familiar, que envolve discussão acerca do bem comum, fruto de casamento ou união estável, que, desfeita, gera consequências patrimoniais para aquele que não exerce seus deveres perante o bem comum do casal.

De modo que o conflito de competência surge apenas quando da existência de Varas especializadas de Família ou de Registros Públicos, já que, diante da ausência dessas, as Varas Cíveis assumem a competência em seu caráter residual. Ainda assim, a ausência de entendimento

¹³ CF/88: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. [...]” (Brasil, [2024]).

¹⁴ CPC/2015: “Art. 44. Obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas previstas neste Código ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados” (Brasil, 2015).

uniforme por parte dos tribunais superiores agrava a polêmica em torno da competência na usucapião familiar.

Não há como desvencilhar a análise da aquisição de propriedade que decorre do abandono do lar, reflexo do fim de um vínculo conjugal ou de convivência, do seu processamento pela Vara Especializada no Direito de Família, visto que as questões que levam à perda da propriedade se fundamentam no comportamento perante o bem de família, e consequentemente perante os membros familiares, que permanecem regidos pelo princípio da solidariedade familiar. De modo que a competência da usucapião familiar só deve ser atribuída à Vara Cível de maneira residual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da usucapião familiar apresenta natureza jurídica híbrida, revelando uma certa complexidade quanto às regras relacionadas ao Direito de Propriedade e de Família a serem aplicadas. A definição da competência para julgar as ações é um exemplo da complexidade dessa forma especialíssima de aquisição da propriedade, visto que não há consenso doutrinário e nem jurisprudencial sobre o tema.

A hipótese que responde ao problema que norteou a elaboração desta pesquisa vai ao encontro da tendência que se observa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência mais recente, de atribuir a competência das ações de usucapião pró-família às Varas de Família. Esse entendimento parece alinhado com a natureza primordialmente familiar do instituto, cujo cerne é o abandono do lar por um dos cônjuges ou companheiros.

Para que se determine a aquisição da propriedade por aquele que ficou no lar exercendo os deveres inerentes à posse, é preciso analisar, no caso concreto, se aquele que se afastou permanece exercendo seus deveres enquanto proprietário e membro da família. O fim do vínculo afetivo não extingue as obrigações decorrentes do princípio da solidariedade familiar.

De tal maneira, que a inserção das ações de usucapião familiar preferencialmente nas Varas de Família, constitui uma decisão técnica e amparada no regramento necessário à solução da demanda. Mesmo com o fim da discussão da culpa pelo abandono do lar, em virtude da Emenda Constitucional nº 66/2010 (Brasil, 2010a), ainda se trata de questão de família.

Não se ignora que a determinação da competência nas ações de usucapião conjugal, na prática, depende de fatores locais e de organização judiciária, a exemplo do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará e legislação correlata (Ceará, 2015), citado neste estudo. De modo que a discussão a respeito da competência se dá apenas nos locais onde há Varas de Família ou de Registros Públicos, ficando as comarcas menores com a aplicação residual da Vara Cível pela inexistência de varas especializadas.

Em síntese, o estudo conclui que o instituto da usucapião familiar surge como um meio de garantir o exercício do direito de propriedade sobre bem comum do casal, para habitação da família. O abandono do lar, especialmente em contextos de desestabilização das relações familiares que implicam a inobservância dos deveres de um dos cônjuges como proprietário pode levar à perda da propriedade e à cessação do condomínio entre os cônjuges. Assim, evidencia-se a necessidade de uma definição clara da competência jurisdicional, embora, segundo o desenvolvido neste texto, indica-se que a Vara de Família deve ser a instância apropriada para o julgamento e processamento das ações de usucapião familiar, considerando-se a complexidade dos requisitos legais e a interpretação do conceito de abandono do lar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. v. I.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF: Presidência da República, 2010a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981**. Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16969.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

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: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011**. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112424.htm. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de maio de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. **Medida Provisória nº 514, de 1º de dezembro de 2010**. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

Aquisição da propriedade por usucapião familiar e implicações do abandono do lar: estudo sobre a competência

2010/2010/mpv/514.htm#:~:text= Altera%20a%20Lei%20no,e%204.591%2C%20de%2016%20de. Acesso em: 28 jul. 2024. AL-

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília, DF: Senado Federal, 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial - AgInt no AREsp nº 2.005.523/CE 2021/0333237-0**. Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado: Apelação cível. Direito de família. Ação de divórcio. Gratuidade da justiça. Concessão. Partilha de bens. Usucapião familiar. Incompetência da vara de família. Aferição de culpa. Desnecessidade. Apelação conhecida e não provida. Sentença mantida. Agravante: E. V. da F. Agravado: V. P. da F. Relatora: min. Maria Isabel Gallotti, 28 de março de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1467233099>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 237**. A usucapião pode ser arguida em defesa. Brasília, DF: STF, 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula237/false>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (5. Turma Cível). **Apelação Cível - APC nº 20130910222452**. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE IMÓVEL. CÔNJUGES. USUCAPIÃO FAMILIAR. ART. 1.240-A CC/02. ABANDONO DO LAR. FLUÊNCIA PRAZO BIENAL. Relatora: des. Maria de Lourdes Abreu, 18 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/219769622>. Acesso em: 10 jun. 2024.

CALDERON, Ricardo Lucas; IWASAKI, Michele Mayumi. Usucapião familiar: quem nos salva da bondade dos bons? **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 29-56, jan./mar. 2015.

CALMON, Rafael. **Manual de Direito Processual das Famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva Jur, 2024.

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará e legislação correlata**. Atualizado e revisado por Margarida Maria de Souza Teixeira Pinto e Leonardo Bruno Soares. Fortaleza: Editora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2011. Disponível em: https://portal.tjce.jus.br/uploads/2023/06/Codigo_Organizacao_Judiciaria-Lei-12.342.1994.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, CEJ, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2025.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **VII Jornada de direito civil**. Brasília, DF: CJF, CEJ, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2025.

DA SILVA, Guilherme Augusto Pinto. Usucapião familiar: quo vadis domine? **Revista Jurisprudencia**, Juína, v. 2, n. 3, p. 117-134, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.revista.ajes.edu.br/index.php/iurisprudencia/article/view/125/95>. Acesso em: 15 jan. 2025.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva Jur, 2024. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: coisas**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2023.

MACEDO, Yvila Maria Pitombeira; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. Usucapião especial urbana e familiar: utilização mista do imóvel e abandono residencial. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 18-38, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/9971/pdf>. Acesso em: 18 nov. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4. Câmara de Justiça Especializada). **Conflito de Competência - CC nº 50347500220218130702**. Conflito negativo de competência - ação de usucapião familiar - requisitos - natureza familiar - conflito negativo acolhido - competência do juízo suscitado. Suscitante: Dr. Ibrahim Fleury De C. Madeira Filho Suscitado Dra. Maria Elisa Taglialegna. Relatora: des. Ivone Campos Guilarducci Cerqueira (JD Convocado), 31 de março de 2023a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1814740227>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Órgão Especial). **Conflito de Competência - CC nº 10024131945032002**. Conflito negativo de competência. Apelação cível. Ação de usucapião familiar. Art. 1240 Código Civil. Matéria não prevista na resolução do Órgão Especial do TJMG nº 977/2021. Competência. Artigo 36 do RITJMG. Suscitante: DESEMBARGADOR JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA. Suscitado: DESEMBARGADOR EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA Relator: des. Alberto Vilas Boas, 27 de janeiro de 2023b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1762081453>. Acesso em: 10 jun. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

SANTIAGO, Maria Cristina. Reforma do Código Civil. Usucapião familiar na atualização do Código Civil: um olhar à luz da proteção das vulnerabilidades. **Migalhas**, [S. l.], 4 jun. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/408513/usucapiao-familiar-na-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 20 dez. 2024.

SIMÃO, José Fernando. Usucapião familiar: problema ou solução? **Jornal Carta Forense**. São Paulo, [2011]. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>. Acesso em: 20 jan. 2025.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana individual por abandono do lar ou usucapião familiar - algumas polêmicas. **Migalhas**, [S. l.], 29 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/352327/a-usucapiao-especial-urbana-individual-por-abandono-do-lar>. Acesso em: 10 jun. 2024.

Aquisição da propriedade por usucapião familiar e implicações do abandono do lar: estudo sobre a competência

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**: direitos reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. **Fundamentos do Direito Civil**: direitos reais. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/16012880>. Acesso em: 20 jan. 2025.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 25. edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2024. v. 4.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 7-28, 1º sem. 2004.