

**Organizadores**  
Elve Miguel Cenci  
Marlene Kempfer  
Miguel Etinger de Araújo Júnior



**Autores**

Adiloar Franco Zemuner  
Arthur Lustosa Strozzi  
Daniela Braga Paiano  
Fábio Eduardo Biazon Abrantes  
Fernando Moreira Freitas da Silva  
Giovanne Henrique Bressan Schiavon  
Isabela Nabas Schiavon  
Juliana Carvalho Pavão  
Lucas Giuseppin  
Luiz Alberto Pereira Ribeiro  
Marlene Kempfer  
Mauricio dos Santos Vieira  
Nelia Edna Miranda Batisti  
Paulo Henrique Guilman Tanizawa  
Patricia Ayub da Costa  
Philippe A. Azevedo Monteiro  
Renata Capriolli Zocatelli Queiroz  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador  
Tania Lobo Muniz

**Programa de  
Mestrado em  
Direito Negocial  
da UEL**



**ORGANIZADORES**  
Elve Miguel Cenci  
Marlene Kempfer  
Miguel Etinger de Araújo Júnior

# **45 ANOS**

## **Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL**



**2023**

**Direção Editorial:** Michele Christiane de Souza Bannwart  
**Diagramação e projeto gráfico:** Eduardo Bueno Rodrigues & Bruna Faria  
**Capa:** Marcelo Inez  
**Revisão:** Rute Gaia Fernandes  
**Formato:** PDF

**Corpo Editorial**

Dr. Anton Lois Fernandez Alvarez — UniVigo/Espanha  
Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior — UEL/PR  
Dr. Gilvan Luiz Hansen — UFF/RJ  
Dr. Jairo Néia Lima — UENP/PR  
Dr. Jonathn Michelson de Menezes — FTSA/PR  
Dra. Karla Christina Martins Borges Furlaneto — ESPM/SP  
Dra. Maria Cristina Muller — UEL/PR  
Dr. Ricardo Lebbos Favoreto — UEL/PR  
Dr. Tiago Gagliano Pinto Alberto — PUC/PR  
Dra. Vanessa Vilela Berbel — IFPR/PR

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

45 anos do programa de mestrado em direito  
negocial da UEL [livro eletrônico] /  
organização Elve Miguel Cenci, Marlene Kempfer,  
Miguel Ettinger de Araújo Júnior. -- Londrina, PR :  
Engenho das Letras, 2023.  
PDF

Vários autores.  
ISBN 978-65-86457-58-2

1. Direito 2. Ensino superior (Pós-graduação)  
3. Negócio jurídico 4. Universidade Estadual de  
Londrina I. Cenci, Elve Miguel. II. Kempfer, Marlene.  
III. Araújo Júnior, Miguel Ettinger de.

23-186920

CDU-34

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito 34

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

**Nota:** Esta obra ocupou-se de zelo e técnica para citar adequadamente e conferir os créditos a todos os detentores de direitos autorais e dos materiais utilizados, observando a normalização e a coerência. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão e quaisquer outros erros ou omissões. Diante disso, a Engenho das Letras e os autores colocam-se à disposição para corrigir eventuais equívocos junto ao livro. Nem a Engenho das Letras, nem os autores assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso dessa publicação.

Direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610 de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial sem autorização por escrito da editora.

1ª EDIÇÃO

Copyright @ 2023 ENGENHO DAS LETRAS

[www.engenhodasletras.com.br](http://www.engenhodasletras.com.br)





A boa educação  
é moeda de ouro.  
Em toda a parte tem valor.

**Padre Antônio Vieira**

## SUMÁRIO

<b>SOBRE OS ORGANIZADORES .....</b>	<b>8</b>
<b>MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL, 45 ANOS.....</b>	<b>9</b>
<i>Clodomiro José Bannwart Júnior</i>	
<b>O NEGÓCIO JURÍDICO E O ATO JURÍDICO PERFEITO.....</b>	<b>17</b>
<i>Giovanne Henrique Bressan Schiavon</i>	
<b>O NEGÓCIO JURÍDICO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>47</b>
<i>Fernando Moreira Freitas da Silva</i>	
<b>EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS .....</b>	<b>69</b>
<i>Juliana Carvalho Pavão</i>	
<i>Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador</i>	
<b>BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A MÍNIMA INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUCESSÓRIAS POR MEIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....</b>	<b>95</b>
<i>Arthur Lustosa Strozzi</i>	
<i>Daniela Braga Paiano</i>	
<i>Isabela Nabas Schiavon</i>	
<b>DA IMPUGNABILIDADE CLAUSULAR: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO CONTRATUAL.....</b>	<b>123</b>
<i>Adiloar Franco Zemuner</i>	
<i>Mauricio dos Santos Vieira</i>	

<b>A EXECUÇÃO NEGOCIADA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DA COLABORAÇÃO AO PLANO EXECUTIVO.....</b>	<b>147</b>
<i>Paulo Henrique Guilman Tanizawa Luiz Alberto Pereira Ribeiro</i>	
<b>PLANO DIRETOR MUNICIPAL COMO EXPRESSÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS E PRIVADOS. GÊNESE DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE SUAS NORMAS. ....</b>	<b>171</b>
<i>Nelia Edna Miranda Batisti</i>	
<b>A GESTÃO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS SUSTENTÁVEIS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO BRASILEIRO .....</b>	<b>201</b>
<i>Lucas Mendonça Giuseppin Marlene Kempfer</i>	
<b>NEGÓCIOS JURÍDICOS TRANSGÊNEROS E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS .....</b>	<b>243</b>
<i>Fábio Eduardo Biazon Abrantes Philippe Antônio Azedo Monteiro</i>	
<b>O PAPEL DE GESTOR DE CONFLITOS DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....</b>	<b>279</b>
<i>Tânia Lobo Muniz Patrícia Ayub da Costa Renata Capriolli Zocatelli Queiroz</i>	
<b>SOBRE OS AUTORES .....</b>	<b>301</b>

## SOBRE OS ORGANIZADORES



### ELVE MIGUEL CENCI

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e professor no programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Negocial, Londrina, Brasil.



### MARLENE KEMPFER

Doutora em Direito do Estado e professora da Universidade Estadual de Londrina (UEL) na graduação, especialização, Mestrado e Doutorado em Direito Negocial.



### MIGUEL ETTINGER DE ARAÚJO JÚNIOR

Pós-Doutor em Direito pela North-West University e Stellenbosch University (África do Sul) (2024). Doutor em Direito da Cidade pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor associado da UEL - Universidade Estadual de Londrina nos cursos de Graduação e Pós-Graduação “stricto sensu” (Mestrado e Doutorado) em Direito.



## **MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL, 45 ANOS**

Por ocasião da comemoração dos 45 anos  
do Programa de Mestrado em Direito Negocial  
da Universidade Estadual de Londrina,  
celebrado no Anfiteatro do CESA/UEL,  
em 18 de agosto de 2023.

## **BOM DIA A TODOS!**

Cumprimento a Pró-reitora de Pesquisa e Pós-graduação, Profa. Dra. Silvia Meletti, representando a Magnífica Reitora, profa. Dra. Marta Favaro.

Cumprimento o Diretor do Centro de Estudos Sociais Aplicados (CESA), prof. Miguel Belinati, e os Chefes de Departamento de Direito Público e Privado, professores Marcos Ticianelli e Claudio Moreno.

Cumprimento os ex-coordenadores e ex-coordenadoras do Programa de Pós-graduação em Direito Negocial da UEL, destacando a presença da Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro; Professora Dra. Marlene Kempfer, Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, prof. Dr. Miguel Etinger e prof. Dr. Elve Miguel Cenci.

Cumprimento o secretário executivo do programa, Franciso Navarro, que acompanhou a história do Mestrado em Direito Negocial da UEL, desde o seu nascimento no ano de 1978.

Cumprimento também a presença de um inestimável professor que conferiu enorme contribuição ao nosso programa, o qual rendemos nossas mais sinceras homenagens, prof. Dr. Sérgio Alves Gomes.

Cumprimento todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito Negocial e os professores que compõem o quadro docente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

Cumprimento, ainda, os jornalistas José de Arimathéia Cordeiro Custodio e Vitor Struck, da assessoria de imprensa da UEL, que estão registrando este evento para os anais da Universidade.

E, por último, estendo meus cumprimentos aos alunos do PPGDN/UEL, em nível de mestrado e de doutorado, além dos ex-alunos (egressos) que muito nos alegra com a honrosa presença de vocês.

\*\*\* \*\*\* \*\*\*

Ontem, na abertura do I Encontro Científico de Egressos do Mestrado em Direito Negocial, o professor Elve Cenci disse que nosso programa congrega todas as condições para o insucesso, para o fracasso! Se fosse uma profecia, certamente, seria falsa profecia, pois aqui estamos, todos nós, comemorando quase meio século de existência do Programa de Pós-graduação em Direito Negocial.

Mas o professor Elve Cenci acerta, a meu ver, na sua afirmação: “temos um programa formado pela participação de três departamentos, um, inclusive de fora do CESA”. Temos dois departamentos de direito – Públco e Privado – que ao longo da história do direito brasileiro sempre arrastou rusgas teóricas e divergências conceituais. E uma pitada de filosofia, vinda do outro lado do calçadão, poderia desandar o arranjo institucional do Direito Negocial.

Mas não! O programa é um exemplo para nós e para muitos segmentos da Universidade, inclusive para a sociedade. A resiliência somada ao respeito de ideias que trafegam por aqui, fez do Mestrado um espaço aberto para a circulação de pensamentos, conceitos, interpretações, visões de mundo, defesa de escolas jurídicas e até de posicionamentos políticos. Tudo isso balizado pelo respeito, pela admiração mútua e, sobretudo, pela amizade que nos une como um verdadeiro corpo, um corpo docente de fato.

O nosso programa tem uma característica singular: a de fazer do distante um próximo, e do próximo um amigo. Mais do que uma relação professor-aluno, temos a certeza de que nos tornamos, ao final de cada jornada e dissertação defendida, amigos.

Amizade que vem de longe. E tem uma pessoa nesse auditório que pode testemunhar o que eu digo. Essa pessoa é o querido Francisco Navarro, o “Chico”

Quero dizer, Chico, que sou muito grato a você, desde quando cheguei aqui no Mestrado há 15 anos, em 2008. Parte da minha – confesso, pouca – experiência administrativa, devo

a você, aos teus conselhos, a sua paciência e generosidade no trato com todos os que o procuram, geralmente para resolver problemas. O Programa já trocou a coordenação várias vezes, (e trocará novamente daqui a 21 meses), mas nunca, em 45 anos, substitui seu secretário executivo. Você é merecedor de nossas homenagens, do nosso respeito e, principalmente, dos nossos mais sinceros agradecimentos por tudo o que fez e continua fazendo pelo programa. Obrigado, Chico!

\*\*\* \*\*\* \*\*\*

O programa, em 45 anos, uniu pessoas pela amizade, pelo conhecimento, pela ciência, pela erudição e pela sabedoria. Quando digo sabedoria estou falando de pessoas sábias, pessoas que manejam os conceitos aferindo, de forma desafiadora, a expansão da nossa compreensão de mundo, de vida, de existência, de fé, de humanidade e, sobretudo, de esperança. Estes são proclamados sábios. Os que compreendem o paradigma de pensamento que situa a época e a historicidade em que vivem. Com os sábios aprendemos a enxergar além do nosso tempo. Com eles podemos projetar sonhos e delinear, ainda que em expectativa, o futuro. Digo tudo isso para agradecê-lo – Dr. Sérgio Alves Gomes –, por sua sabedoria e a forma elegante e gentil com que nos brindou com seu conhecimento e sua amizade. Muito obrigado, Dr. Sergio Alves Gomes!

\*\*\* \*\*\* \*\*\*

Creio que nossa tarefa na vida não é ultrapassar os outros, e sim a nós mesmos. A cada dia somos convidados a ultrapassar as nossas próprias fronteiras, as nossas próprias limitações.

Como diz um ditado popular: “o futuro depende muitas coisas, especialmente de nós”.

Por isso, nossa reverência e nossa gratidão aos professores que iniciaram esse processo que nos trouxe até aqui, hoje, 45 anos depois. Como se diz, professora Maria de Fátima Ribeiro, “no começo era tudo muito começo”.

Às vezes vagamos resignados no grande rio da vida – parafraseando Guimarães Rosa – em canoa de pau vinhático sem pojar em nenhuma das duas beiras. Buscamos distantes, isolados, a terceira margem do rio. Hoje agradecemos aos que, no passado, tiveram coragem de empreender a navegação. Como afirma Fernando Pessoa: “É tempo de travessia/E se não ousarmos fazê-la/ Teremos ficado para sempre /À margem de nós mesmos.”

Nodia de hoje, 45 anos depois, podemos dizer que o Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL não está à margem, mas inserido nos principais centros de debates jurídicos do país, caminhando a passos largos para sua internacionalização. A todos os professores e alunos, pioneiros desse processo, o nosso muito obrigado!

\*\*\* \*\*\* \*\*\*

Quando assumi a coordenação do programa, há pouco mais de dois meses, uma pessoa querida aqui da UEL chegou até mim e disse: Não tenha medo de errar. Não tenha medo de fracassar. Aprenda sempre com os erros. Lembrem-se: “podemos aprender muito mais com um sábio quando ele está errado do que com um insensato que esteja correto”.

Quantos erros e acertos nestes 45 anos, não?

A mais importante e singular diferença entre a vitória e a derrota é a habilidade de lidar com o fracasso. É por isso que eu tenho lido Eclesiastes, desde que assumi a coordenação: (7:14) “Quando os dias forem bons, aproveite-os bem; mas, quando forem ruins, reflita”. Hoje é um dia bom, festivo. Mas quantos dias reflexivos tivemos nesse intervalo de quase meio século? E quantos ainda teremos pela frente?

O bom é saber que o fracasso não é apenas cair, e sim permanecer no chão. E ainda que venhamos a reclamar dos tropeços da vida, devemos lembrar que tropeçar não é cair, pois um tropeço pode evitar uma queda.

Tropeços, talvez, tenhamos tidos muitos nestes 45 anos, mas o programa está em pé. E hoje somos nós que estamos aqui, de pé, para aplaudir o feito de todos vocês que nos antecederam: professor Nely Lopes Casali, professora Jussara Borges Ferreira, professora Maria de Fátima Ribeiro, professora Marlene Kempfer, professor Luiz Fernando Bellinetti, professor Miguel Etinger e professor Elve Miguel Cenci.

Os senhores e as senhoras, com certeza, não se enquadram entre aquelas pessoas que desperdiçam metade de suas vidas dizendo o que irão fazer; e a outra metade explicando o porquê não fizeram. Vocês fizeram! A vocês, o nosso muito obrigado!

\*\*\* \*\*\* \*\*\*

Enfim, para finalizar, é importante destacar que o Programa de Mestrado em Direito Negocial tem acolhido a todos – alunos,

funcionários e professores – oportunizando condições para que cada um ofereça o melhor de si. Talvez não seja demais lembrar:

Mais do que pensar, é preciso criar.

Mais do que crescer, é preciso florescer.

Mais do que receber, é preciso retribuir

Mais do que adicionar, é preciso multiplicar.

É para isso que serve esta instituição, solo sagrado do conhecimento, chamada Universidade Estadual de Londrina. É para isso que o Programa de Pós-graduação em Direito Negocial existe há 45 anos. Mais do que ensinar e aprender, é preciso transformar.

Obrigado pela presença de todos. Obrigado pela atenção de vocês.

**Clodomiro José Bannwart Júnior**

Coordenador do Programa de Pós-graduação  
em Direito Negocial da Universidades estadual  
de Londrina – (Gestão 2023-2025)



# O NEGÓCIO JURÍDICO E O ATO JURÍDICO PERFEITO

Giovanne Henrique Bressan Schiavon

## INTRODUÇÃO

O Estado de Direito institui o ordenamento jurídico como meio para compor conflitos de interesses que podem surgir quando do convívio social e, por isso, sua existência é justificada sob a tutela do interesse politicamente definido. Desta sorte, a ordem jurídica reconhece aos indivíduos, enquanto sujeitos de prerrogativas e sujeições, a capacidade de autorregulação, um certo espaço de ação de estipular negócios para a realização de fins lícitos, mediante o acordo de vontades, e lhes oferece proteção.

Sob esses contornos, o ato negocial é espécie do gênero ato jurídico e expressa a proteção da autonomia da vontade individual que se coloca frente a outros sujeitos com a intenção de controlar os efeitos decorrentes da sua celebração. Nessa linha, enquanto manifestação da autonomia privada, o ato

negocial é reconhecido pela esfera pública e garantido, inclusive sob o emprego de sanções.

Desde os anos 90, o Supremo Tribunal Federal (STF), à vista do princípio de que a lei respeitará os efeitos do ato jurídico perfeito (inciso XXXVI, do artigo 5º. da Constituição Federal (CF) e repetido também pelo parágrafo 1º. do artigo 6º. da Lei de Introdução às Normas do Direito – LINDB), tem que a irretroatividade é característica do ato já consumado ao tempo em que se efetuou. Desta sorte, a jurisprudência mantém firme que a limitação à irretroatividade da lei sob a forma de ato jurídico perfeito somente protege os efeitos do ato negocial e, por via de consequência, não contempla a proteção aos efeitos do ato não negocial. Enquanto o ato jurídico negocial é passível de ser protegido sob a forma de ato jurídico perfeito, o fato jurídico seria objeto da proteção enquanto direito adquirido.

Com efeito, o entendimento de que a identificação do ato negocial como ato jurídico perfeito define a irretroatividade da lei que venha a afetá-lo, confere eficácia ao postulado de que nenhum direito é absoluto. Em outras palavras, que a argumentação jurídica convive com a suposição de que toda e qualquer regra jurídica se encontra sujeita à interpretação e que esta é desenvolvida sob moldes semânticos ou pragmáticos, ajustada que é ao interesse social e aos princípios que justificam sua afirmação.

De outra sorte, se o regime jurídico do fato jurídico é predeterminado pela lei, não cabe invocar a proteção dos efeitos do ato jurídico perfeito para algo a partir do qual a vontade do sujeito não é percebida como determinante, pois, se o determinante é o regramento legal, a fonte formal do direito que

o estabeleceu sempre poderá alterar seus efeitos conforme a lei seja modificada.

Assim, na sequência se reconstrói o tema da proteção ao negócio jurídico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), e por meio da abordagem da teoria da argumentação jurídica de Jürgen Habermas se desenvolverá a discussão quanto a proteção jurídica ao ato jurídico puro. Para ao final diagnosticar quando o ato jurídico é suscetível à proteção sob a forma de direito adquirido e sob a forma de ato jurídico perfeito para o ato jurídico puro.

## **1 A PROTEÇÃO AO NEGÓCIO JURÍDICO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Sob a égide do estado de direito, a autonomia privada, o poder de estipular negócios identificado pela doutrina como poder negocial, é reconhecida pela teoria do direito contemporânea com duas funções distintas e diversas: ou como fonte de novas normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica, que a reconhece como fonte de direito derivada, subordinada e dependente da fonte principal (da lei ou do costume), por exemplo, nessa linha, se tem a validade do tratado internacional que depende da ratificação interna para ser exigível como norma suprallegal; ou, como pressuposto e causa geradora para a instituição de relações jurídicas conforme disciplinado, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica, por exemplo, a formação de contrato ou de testamento.

Enquanto sob a primeira via, um tratado revela verdadeira fonte formal do direito, o segundo caminho, conforme os ensinamentos de Miguel Reale, é a força geradora de regras jurídicas particulares e concretos que só vinculam os participantes da relação jurídica sob o quadro pré-estabelecido de normas. Daí que, o contrato, o acordo de vontades celebrado por sujeitos capazes, é o negócio jurídico típico, por meio do qual os sujeitos dispõem, para o futuro, um regulamento que disciplina interesses de cada um deles, em suas recíprocas relações a partir do quadro normativo pré-existente.<sup>1</sup>

Nos estreitos limites deste texto, se reflete sobre a extensão da autonomia privada, enquanto pressuposto e causa geradora para a instituição de relações jurídicas conforme disciplinado sob a órbita de competência que lhe faculta o conjunto de normas pré-existente. Se pretende com essa análise identificar a proteção jurídica dispensada ao negócio jurídico através do instituto do ato jurídico perfeito.

Se tenha, por exemplo, a proteção aos termos de certa adoção. Esta se exaure com a lavratura do documento formal ou seus efeitos alcançam os fatos jurídicos que instruíram sua produção? Em outras palavras, quando se declara a vontade de adotar, por igual, se delimita os efeitos decorrentes desta manifestação?

Para se responder a essa questão, vale lembrar que a interpretação desenvolvida pelo STF quando do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 493/DF definiu que perfeito é o consumado, o existente, ainda que pendente

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 180;

seus efeitos, resta então situar o conceito de ato (a), para depois, identificar como a jurisprudência do STF resolveu a questão da extensão da proteção aos efeitos do negócio jurídico (b).

Para a conceituação do ato jurídico e a distinção deste frente ao negócio jurídico, se deve lembrar que, no campo dos acontecimentos há os que são voluntários e os que não dependem do querer individual.

São fatos os acontecimentos que independem do querer individual e o direito os reconhece e lhes atribui efeitos. Os fatos jurídicos são acontecimentos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a esses e que correspondem novas qualificações jurídicas. Seu esquema lógico, reduzido à expressão mais simples, obtém-se estudando-o como certo acontecimento dotado de pressupostos definidos pela norma, o qual incide sobre uma situação pré-existente (inicial) e a transforma numa situação percebida como nova (final), de modo a constituir, modificar ou extinguir, poderes e vínculos, as qualificações e posições jurídicas<sup>2</sup>.

Dessa sorte, os fatos são acontecimentos naturais, podendo ser ordinários ou extraordinários. Os ordinários são aqueles que ocorrem frequentemente, tal qual o nascimento, a celebração do aniversário, a morte etc.; os extraordinários, por sua vez, são dotados de maior margem de imprevisibilidade, como uma tempestade ou um evento acidental. Emilio Betti esclarece que a eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva, é atribuída ao fato jurídico em relação à situação em que esse se enquadra, ou seja, na relação que forma com essa um objeto de previsão

<sup>2</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 20.

e de valoração jurídica, por parte da norma que estabelece aquela eficácia. Por exemplo, a idade é um acontecimento que não decorre de um querer, mas é adotado como critério para a concessão da aposentadoria. Outro exemplo de fato reconhecido pelo direito pode ser identificado com os eventos climáticos, como uma tempestade que pode ser origem do pagamento de um seguro para o beneficiário que suporte dano em bem segurado.

A proteção ou tutela dos fatos jurídicos consumados é aperfeiçoada pela aplicação do instituto do direito adquirido. Nesse passo, se pode exemplificar que quando alguém alcança certa idade fixada em lei terá garantido o direito adquirido à aposentadoria, ainda quando a lei seja alterada e ainda pendente a manifestação a respeito da opção para se auferir o benefício legal. Nesse caso, por haver aperfeiçoado a aquisição do direito, mesmo que esse seja suprimido, o ordenamento jurídico o preserva sob a forma de direito adquirido.

Ao lado dos fatos jurídicos, se tem os atos jurídicos, os quais qualificam o comportamento humano voluntário e garantidos ou tutelados pelo instituto do ato jurídico perfeito. Por exemplo, o casamento, a contratação de um serviço, dentre outros assuntos da vida civil, que são decididos pelas pessoas, são entendidos como atos e não como fatos jurídicos.

Os atos jurídicos revelam ações resultantes da vontade. Não são todas as ações humanas que constituem atos jurídicos, porém apenas as que traduzem conformidade com a ordem jurídica, uma vez que as contrárias às determinações legais vão integrar a categoria dos atos ilícitos, das quais o direito toma conhecimento, tanto quanto dos atos lícitos, para regular-lhes os efeitos, que divergem, entretanto, destes, em

que os atos jurídicos produzem resultados consoantes com a vontade do agente, e os atos ilícitos sujeitam a pessoa que os comete a consequência que a ordem legal lhes impõe (deveres ou penalidades).

É a noção do ato jurídico *lato sensu*, que abrange as ações humanas, tais as que são meramente obedientes à ordem constituída, determinantes de consequências jurídicas *ex lege*, independentemente de os efeitos serem ou não queridos como aquelas outras declarações de vontade, polarizadas no sentido de uma finalidade hábeis a produzir efeitos jurídicos queridos. A esta segunda categoria, constituída de uma declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado, é que a doutrina denomina negócio jurídico<sup>3</sup>.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990. (Volume I: Introdução ao direito civil – Teoria Geral de Direito Civil), p. 326-7. Sob a perspectiva ontológica, tal a lei, qual os atos jurisdicionais, ou a vontade individual, tem o poder de instituir resultados ou gerar efeitos jurídicos, e, enquanto manifestação volitiva do sujeito, enquadram-se entre as fontes criadoras de obrigações com o nome genérico de ato jurídico. Antônio Azevedo leciona que a valorização da perspectiva ontológica, se encontra intimamente relacionada ao desenvolvimento do capitalismo comercial, vez que, a prevalência da declaração sobre a vontade real veio suprir a necessidade de se conferir maior segurança às relações comerciais (vd. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 13/14). Para Francisco Amaral o tema do predomínio da vontade ou da declaração como elemento determinante da eficácia do ato jurídico manifesta-se principalmente em matéria de interpretação e do estudo da teoria de erro. Quanto à primeira, não obstante o artigo 112 do CC, estabelecendo a regra geral em uma clara opção pela teoria da vontade, em face da contribuição doutrinária e jurisprudencial pode-se afirmar que o sistema brasileiro adota um critério intermediário, com a qual transparece a preocupação com a confiança despertada no destinatário, sua boa-fé, e os usos do lugar da celebração do negócio, numa evidente concessão à teoria objetiva. Já em matéria de erro impera a teoria subjetiva (AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 369-371).

Caio Mario da Silva Pereira encontrou o conceito de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) na universidade alemã e imaginou-o como pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. O fundamento e os efeitos do negócio jurídico, tal o material, qual o processual, assentam na vontade, não uma vontade qualquer, mas no ajuste entre sujeitos que atuam em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal e invocam sua proteção.

Observa-se, assim, que se distinguem o negócio jurídico e o ato jurídico. Aquele é a declaração de vontade individual, em que o agente persegue os efeitos jurídicos, ainda que definidos em lei; no ato jurídico *stricto sensu* ocorre manifestação volitiva também, mas os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelos agentes<sup>4</sup>.

Emilio Betti adverte que a distinção entre atos e fatos jurídicos, só tem sentido na medida em que se tome por base o modo como a ordem jurídica considera e valora um determinado acontecimento. Se a ordem jurídica toma em consideração o comportamento do homem em si mesmo, e, ao atribuir-lhe efeitos jurídicos, valoriza a consciência que, habitualmente, o acompanha, e a vontade que, normalmente, o determina, o fato deverá qualificar-se como ato jurídico. Mas deverá, pelo contrário, qualificar-se como fato, quando o direito tem em conta o fenômeno natural como tal, prescindindo da eventual

---

4 Importante esclarecer que o Código Civil de 2002, não reproduz em seus dispositivos um conceito de ato jurídico, somente referindo-se a esse por exclusão (vd. 185, CC). Até porque o antigo Código e seu art. 81 eram objeto de crítica face a que uma lei não é local para conceituações doutrinárias, mas sim fonte de direitos e obrigações. Nesse sentido, o Código atual deixou que a doutrina elaborasse a melhor conceituação, limitando-se a dispor sobre a validade, requisitos e modo de interpretação do negócio jurídico.

concorrência da vontade, ou então quando se considera, realmente, a ação do homem sobre a natureza exterior, mas, ao fazê-lo, não valora tanto o ato humano em si mesmo, quanto o resultado de fato que ele tem em vista: quer dizer, a modificação objetiva que esse provoca no estado de coisas pré-existente<sup>5</sup>.

Nesta linha, as ações voluntárias constituem atos jurídicos, alguns lícitos e outros ilícitos e o direito regula seus efeitos. O ato lícito produz resultado consoante com a vontade do agente, e os atos ilícitos sujeitam a pessoa que os comete à consequência que a ordem legal lhe impõe (sanção). Se os atos podem ser lícitos ou ilícitos, conforme correspondam ao conteúdo das normas ou desse se afastem, tais manifestações de vontade revelam obrigações que resultam de vínculo jurídico estabelecido pelo querer ou em virtude da lei<sup>6</sup>.

5 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p.29-30.

6 TJSP – 9a Câm. de Direito Privado; Ap. Cível n.º 63745.4/5-Barueri-SP; Rel. Des. Ruitter Oliva; j. 21.10.1997; v.u.; ementa: Direito de Construir – Demolição – Loteamento – Restrição convencional imposta pelo loteador – Obrigaçāo *propter rem* – Projeto aprovado observando tais restrições – Obrigaçāo comum assumida pelo proprietário de executar a obra segundo o projeto aprovado – Descumprimento da obrigação – Irrelevância da concessão do habite-se pela Prefeitura Municipal, em decorrência de lei de anistia das construções irregulares – Ato jurídico perfeito e acabado, que está incólume aos efeitos da lei (Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal) – Recurso provido – Segundo o nosso direito, a regra é a liberdade de construir, mas as restrições e limitações a esse direito formam as exceções, e somente são admitidas quando expressamente previstas em lei, regulamento ou contrato. Quando previstas em Regulamento do Loteamento, e consignadas do título translativo da propriedade, constituem obrigação *propter rem*, isto é, obrigação daquele que é o titular da propriedade. Daí que a concessão do habite-se pela Prefeitura Municipal por força de lei que concedeu anistia às construções irregulares, não elide a obrigação do devedor, em face da proteção outorgada pela Carta Magna ao ato jurídico perfeito e acabado (Artigo 5º, XXXVI). Não estando a edificação de acordo com as restrições negociais, e nem com o projeto aprovado segundo a obediência dessas

Enfim, fatos e atos se manifestam no mundo do ser (representam acontecimentos), mas o primeiro não equivale a uma fala, declaração, enquanto o segundo corresponde a prescrição que pronuncia à vontade. A complexidade da vida social suscita o aperfeiçoamento do conceito de ato jurídico, que inicialmente era reputado exclusivamente à consciência individual, para contemplar o negócio jurídico, instituto próprio ao ajuste de vontades de modo intersubjetivo.

Vale desenvolver, sabe-se que a teoria do direito privado define que o ato negocial alcança a declaração por meio da qual o sujeito define, ainda que de modo parcial, os efeitos do ato produzido. Ou seja, se a integralidade dos efeitos se encontra predeterminada pela fonte formal do direito tem-se o ato jurídico, hipótese segundo a qual a autonomia da vontade se exaure na decisão entre praticar ou não o ato, tendo seus efeitos predeterminados pela fonte formal. Diferente da hipótese identificada com o ato negocial porquanto se vislumbra a abertura para que o sujeito controle seu conteúdo, mesmo que em grau pequeno<sup>7</sup>.

Nesse sentido veio a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu o Recurso Especial (REsp) 1.503.922/2014 e distinguiu a aplicação imediata de aplicação retroativa da lei. A aplicação imediata é a que se dá sobre fatos presentes, atuais, não sobre fatos passados, enquanto a aplicação retroativa é a que faz a norma incidir sobre suportes fáticos ocorridos no

---

restrições, impõe-se a correção das irregularidades, demolindo-se a parte da construção em desacordo com tais restrições.

<sup>7</sup> Por todos vide GRAMSTRUP, Erik Frederico e outro. *Comentário à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

passado. Neste caso, o tribunal reconheceu a validade da adoção realizada em 1947, (momento em que o artigo 1.618 do Código Civil então vigente definia que: não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante), mas, considerou que, quando do óbito da irmã adotiva (no ano de 2012), o irmão adotado tinha direito sucessório.

O caso foi assim ementado:

*CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ADOÇÃO SIMPLES REALIZADA NA VIGÊNCIA DO CC/16. ATO JURÍDICO PERFEITO E CONSUMADO. INVIOLABILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE ATO JURÍDICO PERFEITO DE ADOÇÃO, DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO AO REGIME SUCESSÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO REGIME SUCESSÓRIO VIGENTE À ÉPOCA, POIS CONDICIONADO A EVENTO FUTURO E INCERTO. REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL. SUCESSÃO QUE SE REGE PELA LEI VIGENTE AO MOMENTO DE SUA ABERTURA. NORMA CONSTITUCIONAL DE ISONOMIA ENTRE FILHOS. MODIFICAÇÃO, POR CONSEQUÊNCIA, DO CONTEÚDO DO DIREITO DE SUCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE RETROATIVIDADE OU DE VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA, MAS INSUSCETÍVEL DE FAZER PREVALECER A TESE JURÍDICA DO PARADIGMA. 1 – Ação distribuída em 11/10/2012. Recurso especial interposto em 15/07/2014 e atribuído à Relatora em 25/08/2016. 2 – Os propósitos recursais consistem em definir se houve negativa de prestação jurisdicional; se a parte adotada de forma simples e por escritura pública na vigência do CC/16 deve ser excluída da sucessão hereditária de sua irmã igualmente adotada sob o mesmo regime, especialmente após a entrada em*

vigor do art. 227, pár. 6º, da CF/88, que garante a igualdade de direitos e de qualificações entre filhos; e, ainda, se há dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte. 3 – Tendo o acórdão recorrido enfrentado, detalhadamente, a questão suscitada pela parte em seus embargos de declaração, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4 – A adoção simples realizada sob o manto do CC/16, cujas características marcantes eram a de estabelecer parentesco somente entre adotante e adotado e de vedar o estabelecimento de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante, é um ato jurídico perfeito e consumado, sendo insuscetível de violação por regra de natureza constitucional ou legal superveniente. 5 – O ato jurídico perfeito e o direito adquirido, porém, são institutos juridicamente distintos, inclusive porque atos jurídicos perfeitos possuem aptidão para gerar meras expectativas de direito e não somente direitos subjetivos ao titular. 6 – O ato de adoção simples realizado em observância aos critérios e pressupostos vigentes à época de sua consumação confere direito de filiação, mas não gera o direito adquirido ao regime sucessório então vigente, que somente será aplicado se houver a efetiva abertura da sucessão hereditária na vigência do mesmo diploma legal. 7 – O ato jurídico perfeito de adoção simples praticado sob a égide do CC/16, quando se permitia a distinção das relações familiares a partir de sua origem, permanece intacto quando sobrevém uma nova ordem constitucional que é igual os direitos e qualificações dos filhos e impede discriminações, na medida em que o direito sucessório, que é distinto do direito de filiação, reger-se-á pela vigente ao momento de sua abertura, momento em que já vigorava o art. 227, pár. 6º, da CF/88. 8 – A divergência jurisprudencial, a despeito de suficientemente demonstrada, não se revelou suficiente para fazer prevalecer a tese jurídica estabelecida no paradigma. 9 – Recurso especial conhecido e desprovido (REsp. 1503922

*MG / 0323858-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 24/04/2018, terceira turma, data de publicação: DJe 30/04/2018).*

A contestação do espólio sustentou que a aplicação do regime sucessório superveniente ao do momento da adoção (um ato jurídico perfeito) feriria a vedação da aplicação retroativa da lei nova e pugnou para que o caso fosse decidido pela aplicação da lei do momento da realização do ato, e não logrou sucesso, pois o STJ considerou:

Na hipótese, verifica-se que a adoção simples do recorrido (...), formalizada por escritura pública no ano de 1947 e, portanto, sob o manto do CC/1916, concedeu-lhe direitos subjetivos, por exemplo, o direito de ser nomeado como filho (...), e também o direito de sucessão entre adotante e adotado (...) o ato jurídico de adoção não é capaz de conferir às partes também o direito ao regime sucessório então vigente. Trata-se, pois, de mera expectativa de direito, condicionada a abertura da sucessão durante a vigência do CC/2016, suficiente para, aplicando-se as regras de direito intertemporal, adequadamente isolar os institutos jurídicos que possuem natureza diversa (fls. 6 e 7 do acórdão).

Assim, o STJ exarou que o ato de vontade que alterou o *status* de filiação restou perfeito ao tempo do Código Civil (CC) de 1916, mas a sucessão, outro ato, deve ser regida pela lei do momento do fato que a originou, a morte do *de cuius*.

Tal entendimento, vem no mesmo sentido do aplicado para o instituto do direito adquirido, porquanto o seu reconhecimento, no exemplo do direito à aposentadoria, não garante ao seu titular o direito ao critério de cálculo ora existente no momento

da aquisição do direito, mas, tão só o direito de aposentar-se. Nesta hipótese, a exemplo do caso da sucessão entre adotados, o sujeito terá seu benefício previdenciário calculado conforme a lei do momento do requerimento, não se estabelecendo direito adquirido ao regime jurídico anteriormente vigente.

## **2 A PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA REFLEXÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO**

Uma teoria geral do direito deve conter uma explicação completa sobre origem, modificação e aplicação do direito. Enquanto teoria geral pode ser desenvolvida de um sistema normativo dado e apresentar, a partir deste, a descrição de conceitos, considerando sua história, tradições, economia ou funções (teoria do direito), enfim, sua fundamentação. Bem, como tratar dos estudos gerais que não se limita à exposição das normas em dado sistema, mas da reflexão a respeito do entendimento do seu conteúdo, a justificação operada pela ciência do direito.

Em termos mais formais, a ciência do direito, afirma que a ordem jurídica delimita uma esfera de autonomia, que, conforme a perspectiva de análise pode ser conhecida de modo descritivo ou semântico. Do lado sintático-descritivo, a ciência do direito expressa a perspectiva do observador e o descreve como constituído por proposições coordenadas entre si e em sistema e que tem sua eficácia garantida pela atuação estatal aplicando sanções. Do lado semântico, assume a perspectiva

do participante, e demanda esclarecimentos sobre os fins ou objetivos a serem alcançados quando da aplicação da norma.

Sob perspectiva sintático-descriptiva, tal um observador externo, o conceito do ato jurídico é identificado nos textos legais, tal como registrado pela jurisprudência, então, revela a manifestação de vontade do sujeito que declara, restringe ou altera um direito ou obrigação podendo ser literal ou sob o sentido comumente associado à norma.

É de se notar que, conforme o positivismo de Hans Kelsen, o conceito da relação jurídica por esse expresso, não atribui qualquer elemento substantivo (ou de validação material) para o conceito. O ato jurídico é explicado como se somente experimentasse relações entre sujeitos cujas posições são formalmente estabelecidas de modo certo, e a relação jurídica em moldes de direito objetivo de sujeição contraposto ao direito subjetivo de exercício. Então, a norma jurídica é moldura à qual a vontade humana deve se encaixar, tal como concretizada pelo Estado-juiz.

Deste modo, o elemento essencial do ato jurídico, para o positivismo de Kelsen, parece ser a vontade declarada que deverá ser garantida sob as formas do direito; e não a vontade mesma, interna, do indivíduo, ou seja, embora vislumbre a presença de dois momentos (o da vontade e o da exteriorização dessa), termina por priorizar o ato em si. Paradoxalmente, o Estado-juiz conhecerá livremente o documento que exterioriza a vontade, mais do que os fins buscados pelas partes.

Todavia, a especialização do direito frente a moral não elimina a demanda de legitimação da norma jurídica, perante a qual é determinante o esclarecimento dos motivos que orientam

a conduta. Isso porque, permanece a exigência de que os sujeitos autônomos sejam capazes de explicar os motivos da ação por si adotada no convívio social.

Sob perspectiva semântica, o ato jurídico deve ser compreendido como a ação voluntária do ser humano, coordenada com outros indivíduos, para o efeito que a essa sejam atribuídas consequências. Assim, se distingue, a partir do mesmo regramento distintas espécies de norma jurídica: a norma primária, dirigida aos indivíduos, como por exemplo, Não se deve roubar; e, a norma secundária, dirigida aos órgãos do Estado, como por exemplo: Quem rouba deverá ser punido com reclusão. A norma primária esclarece qual é a conduta que evita a coação (cumprimento forçado da sanção) permitindo que o indivíduo ajuste seus interesses ao grupo. Enquanto a norma secundária limita o uso da força a ser empregada pelo Estado na garantia da ordem jurídica<sup>8</sup>.

O início da revisão do conceito de ato jurídico negocial pode ser associado a obra *The concept of law* do também positivista Herbert Hart. Esse livro revitaliza o estudo da relação jurídica por meio da reconstrução da distinção entre normas de conduta (a norma primária) e de organização (a norma secundária). Agora, a norma de conduta revela relação de autoridade entre o sujeito em posição de supremacia frente ao submetido, enquanto a norma de organização expressa a relação de coordenação entre sujeitos iguais, e, sob esta classe de norma, o Estado além de garantir os ajustes entre os sujeitos, também figura como parte das relações.

8 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 86-7.

Por conseguinte, Hart distingue no direito, normas cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento daquele que age, e normas que possuem caráter estrutural, (o metadireito). Em revisão ao conceito kelseniano de norma primária e secundária, a gramática do ordenamento de Herbert Hart sugere que sejam compreendidas como primárias as normas que enunciam as formas de ação ou comportamento lícito e ilícito; e secundárias as normas de natureza instrumental que garantem os direitos que regulam as condutas formalmente estabelecidos, por meio do estabelecimento, modificação e aplicação das normas primárias<sup>9</sup>.

As normas primárias se distinguem por se referirem à ação ou criarem uma obrigação (a qual, corresponde à explicação tradicional da relação de soberania expressa na tensão entre direito objetivo x subjetivo), enquanto que as secundárias (que se reportam às primárias e dessas são subsidiárias) importam em formas que conferem estrutura e funcionamento a institutos (conferindo reconhecimento, possibilitando a modificação e regrando o julgamento da norma primária), tal, à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas seja atribuindo competência (norma de modificação), qual definindo norma de interpretação do direito (norma de aplicação), a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada<sup>10</sup>.

A evidenciação da existência do meta-direito desenvolvida por Hart, forçou a ciência do direito à reflexão sobre como a prática jurídica define a existência e aplicação da norma, ou seja, à revisão sobre as regras do discurso próprias à razão prática.

9 HART. Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

10 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 97-8.

Partindo dessas lições, o pós-positivista Ronald Dworkin, com a obra *Taking rights seriously*, define que ter um direito significa ter um espaço de liberdade de ação sobre o qual o Estado não pode interferir ou que só pode interferir sob fundamentos especiais<sup>11</sup>. Desta sorte, quando um comportamento é definido como lícito, o indivíduo pode assumir tal conduta, mesmo quando a maioria pensa que isso seria mau ou mesmo quando possa diminuir a utilidade para essa. O critério, segundo Dworkin, para saber se um direito é individual é se o mesmo pode ser suportado por conta própria, sem que outros tenham de concorrer para tal<sup>12</sup>, pode-se interpretar que, nesta ótica o determinante é a origem dos recursos que irão suportar o exercício desse direito.

Consoante a isso, sob uma ou outra vertente, uma das características da teoria do direito contemporânea é a valorização da relação de direito que expressa a pretensão de atender aos interesses de caráter geral. Quando uma norma proíbe que alguém se aproprie de um bem alheio, não está respondendo apenas ao interesse individual da vítima, mas tutelando o interesse intersubjetivo. Diferente da concepção individualista, uma relação de direito na percepção coletiva possibilita ao sujeito exigir do Estado que em respeito a direitos fundamentais concretize prestações positivas, na forma de direitos públicos subjetivos<sup>13</sup>.

11 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Mass.: Harvard University press, 1978, p. 188.

12 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Mass.: Harvard University press, 1978, p.194.

13 Miguel Reale identifica duas maneiras complementares de se fazer a distinção entre direito público e direito privado: uma atendendo ao conteúdo e outra com base no elemento formal.

a) Quanto ao conteúdo ou objeto da relação jurídica:

Nesse passo, enquanto na autonomia privada, a afirmação de um direito possibilita que o indivíduo pretenda um direito que não afeta o orçamento público e seja-lhe devido uma abstenção de outrem, a qual poderá ser garantida por intermédio do Estado. Na autonomia pública faculta-se a pretensão de exigir uma prestação positiva, uma ação, por parte do próprio do indivíduo ou do Estado. Por exemplo, as leis penais não são estabelecidas na perspectiva dos direitos individuais que poderiam ser exigidos por alguém, mas direitos que dependem da definição política anterior, posto que onerarão os cofres públicos<sup>14</sup>.

A citada decisão do STJ no caso da sucessão entre adotado e a irmã adotiva evidencia que a oposição entre autonomia pública e autonomia individual se esvai quando a atividade de órgãos da associação política assume as mesmas formas que as socializações que têm lugar entre particulares. Neste momento se evidencia o desafio do pós-positivismo, a afirmação de reconstrução do conceito do ordenamento jurídico pela

---

1) Quando é visado imediata e primordialmente o interesse coletivo, o direito é público;

2) Quando imediato e prevalecente o interesse particular, o direito é privado.

b) Quanto à forma da relação:

1) Se a relação é de coordenação, trata-se, geralmente, de direito privado;

2) Se a relação é de subordinação, trata-se, geralmente, de direito público.

Note-se que, a partir dessa explicação o conteúdo de toda relação jurídica é sempre um interesse, tomada a palavra na sua acepção genérica, abrangendo tanto os bens de natureza material como os de ordem espiritual. Considerado o interesse diretor, existem relações nas quais um dos sujeitos tem a possibilidade de exigir de outro a prestação ou a abstenção de certo ato em igualdade de condições e outras em que o Estado assume posição de supremacia; vd. REALE, op. cit., p. 261-271.

14 VOLPATO DUTRA, Delamar José; PILON, Almir José. Filosofia jurídica contemporânea, justiça e dignidade do ser humano: John Rawls e Ronald Dworkin. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005, pp. 181-213, aqui especialmente p. 204-5.

afirmação de princípios do discurso jurídico não pode significar uma carta branca para se decidir de modo livre, tal como parece propiciar o positivismo. Pois, como já denunciado por Max Weber, quando estão incertos os limites entre atividade de criação, aplicação e governo. O resultado pode ser: ou, a atividade judicial assume formal e objetivamente o caráter de governo e desenvolve como este, sem sujeição a formas e termos pré-estabelecidos, de acordo com considerações de conveniência e oportunidade, para culminar em simples decisões, ou mandatos do senhor dirigidos aos súditos; ou, pelo contrário, o governo assume a forma do procedimento judicial<sup>15</sup>.

Então, o pós-positivismo deve esclarecer os princípios da argumentação jurídica de modo a possibilitar julgamentos corretos que apliquem (ou priorizem) a vontade social em detrimento da mera concretização de documentos formalmente estabelecidos. O estudo do julgado citado situa que o conceito de aplicação retroativa lá desenvolvida é problema que merece análise mais detida quando ao tema dos fatos atuais (ou futuros) que devem ser entendidos como efeitos de atos perfeitos ocorridos no passado.

Quer se dizer, no caso sob análise, da sucessão entre adotados, o julgamento não tratou da questão da intenção do adotante no momento da adoção, ou seja, será que a adoção teria ocorrido, se o adotante soubesse da futura alteração do regime sucessório? Considerando que o julgamento alcançou direitos patrimoniais dos particulares que se viram alcançados de modo inaudito, será que o Poder Judiciário (enquanto expressão da vontade

15 WEBER, Max. *Sociología del derecho*. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001, p. 9-10.

coletiva) não deveria garantir a manutenção do regime jurídico existente no momento da adoção?

De um lado, não há dúvida de que um contrato, o negócio jurídico típico, contenha disposições que vinculam o indivíduo que desse participa sob os limites das fontes formais, mas por outro lado, norma jurídica enquanto proposição abstrata que serve como fundamento de certa obrigação somente é concretizada por meio do juízo de aplicação.

Porquanto, a fonte formal do direito se caracteriza por existir de modo geral e abstrato vinculando condutas futuras, revelando a norma em abstrato que ser concretizada no momento do julgamento de casos apresentados ao Poder Judiciário. Desta sorte, um contrato de compra e venda não cria direito, mas aplica a lei, definindo obrigações, com o propósito de estabelecer a garantia ou proteção do direito. Vale destacar que, nesse sentido, o poder negocial, enquanto fonte de regras particulares e concretas, não é facilmente percebido como fonte formal do direito brasileiro.

A decisão do STJ no Recurso Especial 1.503.922/2014 partiu da premissa de que os atos de adoção e de sucessão, devem ser individualizados não entendendo os dois atos como partes de um único negócio. Então, como distintos e independentes, as partes envolvidas quando da adoção tão só aderem (ou não), aos efeitos disciplinados em lei, não tendo controle sobre os efeitos e, nessa linha, afastou a aplicação do instituto do negócio jurídico para a questão e permitiu que de modo superveniente o adotado pudesse vir a figurar como herdeiro quando da abertura da sucessão.

Diferente hipótese se configuraria se aplicasse a tutela como ato jurídico perfeito para o negócio jurídico com um todo, que se pode identificar como a definição do regime jurídico, conforme o qual adotante e adotado quando decidiram pela adoção. Nessa via, se presume, consideraram que não haveria o direito à sucessão, inexistente à época do negócio.

Para ilustrar, a existência do negócio jurídico já foi identificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) conforme esclarece Teori Zavascki:

(...) decisão do STF que considerou inconstitucionais dispositivos da Lei n. 8.177, de 1991, que alteraram o indexador adotado em contratos de financiamento da casa própria (os dispositivos considerados inconstitucionais determinavam a substituição dos índices de correção monetária previstos no contrato, por indexador baseado na variação da Taxa Referencial – TR) (ADIn n. 493. RTJ v. 143, p. 724) (...) No caso (...) a tese central foi a de que os dispositivos eram inconstitucionais porque ofensivos ao ato jurídico perfeito. Veja-se o que sustentaram os Ministros: ‘A norma constitucional impede a retroatividade da lei nova em face do ato jurídico perfeito, que, por não poder ser modificado retroativamente, tem os seus efeitos futuros resguardados da aplicação dessa lei’ (Alves, p. 753). ‘O postulado da irretroatividade da lei nova’ assegura ‘a imutabilidade da manifestação de vontade licitamente expressa, segundo direito vigente ao tempo do fato (ato jurídico perfeito)’ (Mello, p. 794). ‘À sobrevivência das cláusulas livremente pactuadas, em matéria que, à época de sua celebração, era confiada à autônoma estipulação das partes, não pode opor-se a lei superveniente, ainda que de ordem pública’ (Perten-

ce, p. 797) (...) Como se percebe, no caso (...), prevaleceu, contra a lei nova, um direito previsto em contrato<sup>16</sup>.

Ou seja, no caso julgado pelo STF, a origem do direito suscitado era um contrato, não uma escritura de adoção, ao qual, embora de adesão, ainda assim, deveria se resguardar os termos do momento da celebração do negócio<sup>17</sup>. Aparentemente, o entendimento supra descrito associa o ato jurídico negocial (o negócio jurídico) ao conceito de contrato e nega a existência de ato negocial em outra matriz, que não a do contrato.

A decisão ficou assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei

---

16 ZAVASCKI, Teori Albino. Planos econômicos, direito adquirido e FGTS. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 134, abr./jun. 1997, p. 252-253.

17 O mesmo entendimento foi expresso em outro julgamento: O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito se aplica também, conforme é o entendimento desta Corte, às leis de ordem pública. Correto, portanto, o acórdão recorrido ao julgar que, no caso, ocorreu afronta ao ato jurídico perfeito, porquanto, com relação à caderneta de poupança, há contrato de adesão entre o poupador e o estabelecimento financeiro, não podendo, portanto, ser aplicada a ele, durante o período para a aquisição da correção monetária mensal já iniciado, legislação que altere, para menor, o índice dessa correção (RExt. 202.584, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 17-9- 1996, Primeira Turma, DJ de 14-11-1996). Também identificado o ato jurídico perfeito negocial com a figura contratual: AI 749.694-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, DJE de 26-3-2010; AI 753.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 13-11-2009; AI 700.254-ED-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 17-4-2009. Vd.: AI 750.051-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009.

de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, caput e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991 (STF – ADI 493/DF – Relator Min. Moreira Alves. Julgamento em 25/06/1992).

Entretanto, é de se dizer que, o fenômeno da constitucionalização do direito civil, próprio à corrente pós-positivista, dá azo à afirmação de que ato jurídico negocial e contrato não se confundem, podendo ser atribuídos os efeitos do ato jurídico negocial a outras manifestações de vontade que não somente a do contrato. Para entender essa proposição, passa-se a reconstrução do modelo positivista, a fim de se identificar seu conceito de aplicação legítima, para além da mera aplicação dita literal do instituto jurídico.

## SÍNTESE CONCLUSIVA

A formulação do conceito (e distinção desenvolvida) entre fato, ato e negócio jurídico esclareceu que o fato jurídico é acontecimento que foi caracterizado como independente da existência de manifestação de vontade do sujeito, então, para que se registre sua ocorrência basta a configuração de algum acontecimento natural. Os atos e os negócios jurídicos, por sua vez, têm caráter voluntarista e existem conforme a vontade declarada.

De um lado, o ato jurídico é a manifestação de vontade por meio da qual o sujeito assume direitos e obrigações, mas não controla os efeitos dessa relação, e, de outro lado, o negócio jurídico é a manifestação de vontade estabelecida de alterar o estado jurídico dos sujeitos participantes da relação, ou seja, com a edição do negócio jurídico, o sujeito assume um dado regime jurídico, e, nesse passo, controla em alguma medida seus efeitos.

Nos estreitos limites deste texto, se estabeleceu que a reconstrução do conceito de ato jurídico serve para a reflexão crítica à concepção individualista expressa pelo positivismo jurídico que reduz o entendimento da norma jurídica à atuação estatal que define e concretiza a vontade individual de modo formal com vistas a segurança (certeza) do ordenamento. Isso porque, com a emergência do instituto do negócio jurídico se evidencia que as relações jurídicas não são somente de subordinação da vontade de um à vontade de muitos, mas também de coordenação entre sujeitos coletivamente considerados.

Para ilustrar, o desenvolvimento trouxe a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que distinguiu os efeitos da irretroatividade da lei por consideração ao instituto jurídico aplicado. Assim, enquanto o fato jurídico recebe a tutela jurídica enquanto direito adquirido, com a ressalva de que, o direito material resguardado é a possibilidade de invocar não a garantia ao regime jurídico, mas somente ao exercício de um direito. O ato jurídico consumado recebe a proteção jurídica como ato jurídico perfeito, o que significa que, a manifestação de vontade já produzida é tida por consumada, porém, não se resguarda seus efeitos, vez que, se entende que, os efeitos não são considerados como determinante para a manifestação da vontade, pois esses foram definidos em lei e o sujeito somente aderiu a estes. Não havendo então, porque resguardar seus efeitos, tão-só a vontade declarada.

Esse entendimento foi identificado por referência ao julgamento do Recurso Especial 1.503.922/2014, o qual, ao tempo em que reconheceu a validade da adoção realizada em 1947, não vinculou tal ato ao regramento legal do regime sucessório de então. Entendeu o STJ, que a definição do regime jurídico a ser empregado na sucessão deve ser definido no momento da abertura do inventário, sendo assim, em 2012 com o falecimento do *de cujus*, somente neste momento, é que se perquiri quanto a possibilidade (ou não) de alguém suceder a outrem.

Em síntese, para o deslinde do caso sob análise é de se considerar que o órgão jurisdicional isolou dois atos, um, o ato de adoção em si, dois, o regime sucessório. Sob esses contornos, por haver identificado os dois atos como distintos e isolados, a mudança legal operada posteriormente, alcançou e não alterou

a adoção em si, mas, modificou seu efeito, o adotado passou a ter acesso ao direito de herança que anteriormente não tinha.

Solução diversa para o caso, poderia ter sido adotada, se o STJ aplicando o conceito de negócio jurídico à espécie. Nesta hipótese, ao se valorizar que o impulso para o ato de adoção teve como aspecto determinante a adesão a certo regime jurídico, assim se deveria garantir a continuidade do regime jurídico que motivou a celebração do ato. Tal porque, o negócio jurídico aparece como o ajuste entre sujeitos que coordenam suas vontades com o intuito específico de produzir determinados efeitos jurídicos, qual expresso na doutrina alemã, ou, o regime de prerrogativas e sujeições que orientam a vontade intersubjetiva dos sujeitos na disciplina de seus interesses particulares frente ao Estado.

Por conseguinte, sob a referência do caso, é de se supor que a melhor decisão consideraria que o ato de adoção, não poderia ter por efeito avançar na esfera patrimonial de outra pessoa que não a do adotante, porquanto no momento da declaração da vontade, essa fora produzida sob o horizonte de que não haveria o direito sucessório entre adotados. Ou seja, o STJ ao não reconhecer a presença do negócio jurídico (e sim de um ato jurídico perfeito), julgou por individualizar os dois atos como distintos e independentes (permitindo a redistribuição da herança). Deixou de lado a tese sob a qual, a escritura de adoção embora não expresse um contrato, deveria ser entendida como um ato negocial, que vincula as partes aos termos de sua produção.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: **Introdução**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

BRASIL. STF – ADI 493/DF – Relator Min. Moreira Alves. Julgamento em 25/06/1992.

BRASIL. STJ – REsp. 1503922 MG / 0323858-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 24/04/2018, terceira turma, data de publicação: DJe 30/04/2018.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Mass.: Harvard University press, 1978.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; TAVARES, André Ramos. **Comentário à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. São Paulo: Saraiva, 2016.

HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990. (Volume I: Introdução ao direito civil – Teoria Geral de Direito Civil).

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VOLPATO DUTRA, Delamar José; PILON, Almir José. Filosofia jurídica contemporânea, justiça e dignidade do ser humano: John Rawls e Ronald Dworkin. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005, pp. 181-213.

WEBER, Max. **Sociología del derecho**. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Planos econômicos, direito adquirido e FGTS. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 134, abr./jun. 1997, pp. 251-261.



# O NEGÓCIO JURÍDICO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Fernando Moreira Freitas da Silva

## INTRODUÇÃO

O estudo do negócio jurídico, em um viés científico, requer do jurista a clareza quanto à linha de interpretação adotada, devendo tal adesão ser explícita ao leitor. Isso garantirá uma metodologia na análise do fenômeno jurídico e permitirá aos demais estudiosos o exame da própria racionalidade do pensamento. Evitará que o jurista mescle, aleatoriamente, autores e Escolas conflitantes entre si, sobretudo quando não se tem a consciência desse ato. Vê-se, portanto, que a coerência metodológica é essencial ao processo hermenêutico.

É importante que se diga que essa proposta não impõe o aprisionamento a uma linha teórica. Isso porque a adesão a uma Escola pode mudar com o passar do tempo. Além disso, toda teoria precisa de uma análise crítica como uma forma de oxigenar-se, evitando-se a sua aplicação irrestrita. O que

não se pode, repita-se, é gerar incongruências hermenêuticas. Sem dúvidas, a filiação a uma linha teórica, de forma clara, minimizará tais inconsistências.

Nessa perspectiva, o objetivo deste trabalho é analisar o negócio jurídico a partir do Direito Civil na Legalidade Constitucional, conhecida entre nós, há muito tempo, como Direito Civil Constitucional. Para a consecução desse objetivo, é preciso conhecer os conceitos envolvidos, a terminologia empregada na Itália e no Brasil, a origem, a evolução em nosso país, as premissas metodológicas para a sua aplicação e, por fim, as distinções entre ela e outras linhas de pensamento.

## 1 CONCEITOS

Nos limites desta pesquisa, é importante compreender os conceitos de negócio jurídico e de Direito Civil na Legalidade Constitucional.

Em uma concepção liberal, por negócio jurídico,

[...] deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, a modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes (Amaral, 2014, p. 409-410).

Tal conceito trazido por Francisco Amaral apresenta, em seu bojo, uma concepção fortemente liberal, ao privilegiar a autonomia privada, a ponto de o autor afirmar que “o negócio jurídico é o meio da realização da autonomia privada, e o contrato, o seu símbolo” (Amaral, 2014, p. 409-410).

Essa concepção liberal marcou o Código Civil de 1916, centrado no patrimônio e no respeito à vontade das partes na celebração do negócio jurídico. Pode-se dizer que o próprio Código Civil de 2002 ainda manteve, em boa parte, essa concepção, já que foi elaborado na década de 1970, mas aprovado apenas em 2002. Contudo, essa perspectiva sofreu um abalo em sua *estrutura* patrimonialista com o advento da Constituição Federal de 1988, cujos valores e normas têm como *função* tutelar a pessoa, por meio da proteção à sua dignidade, da promoção da solidariedade, da redução das desigualdades sociais e da busca pelo bem-estar de todos. A esse relevante processo, Norberto Bobbio (2007, p. 81-113) denominou *da estrutura à função do Direito*.

Nessa perspectiva funcionalizada dos institutos jurídicos, a concepção de negócio jurídico mais consentânea com os princípios e com os valores constitucionais é aquela que parte da premissa da despatrimonialização da teoria do negócio jurídico<sup>1</sup> e de uma permanente emancipação da sua função de troca, de mera retribuição, promovendo-se um equilíbrio entre a distribuição de bens e a justiça social<sup>2</sup>. Buscar a conciliação

1 Quando se fala em despatrimonialização e em repersonalização, é preciso atentar-se à advertência de Paulo Lôbo: “nada têm a ver com a negativa ou a desimportância do patrimônio. É preciso deixar claro que o patrimônio está a serviço da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial; é a compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa” (Lôbo, 2014, p. 25).

2 Diz Pietro Perlingieri “O novo interesse público que caracteriza o ordenamento moderno não mais identificado por um produtivismo voltado para a autarquia [autarchia], nem por uma mera tendência igualitária e coletiva que acentue a justa distribuição em relação à produção de bens, mas, sim, pela produção em respeito ao valor do homem, da sua dignidade, em um sábio equilíbrio entre exigências de eficiências e razões de justiça social” (Perlingieri, 2008, p. 433).

entre liberdade e solidariedade é a medida da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>.

A Escola do Direito Civil na Legalidade Constitucional se propõe a oferecer uma metodologia própria de releitura dos institutos jurídicos (estrutura) à luz dos princípios e valores constitucionais (função)<sup>4</sup>. Antes de conhecê-la, entretanto, é fundamental analisar algumas considerações quanto à terminologia empregada.

## 2 TERMINOLOGIA

No Brasil, a terminologia utilizada inicialmente foi Direito Civil Constitucional ou Direito Civil-Constitucional. Ela aparece nos primeiros textos de Maria Celina Bodin de Moraes (1993) e de Gustavo Tepedino (1995), na década de 1990. Essa nomenclatura também foi empregada na primeira publicação da obra de

<sup>3</sup> Afirma Maria Celina Bodin de Moraes (2000, p. 59): “Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamentam-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da liberdade de cada um dos membros da comunidade”.

<sup>4</sup> Vale ter em mente a observação de Anderson Schreiber (2016, p. 2): “O termo ‘releitura’ não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”.

Pietro Perlingieri, em nosso país, em 1997, por meio da tradução da professora Maria Cristina De Cicco - *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional* (Perlingieri, 2007)<sup>5</sup>.

Na sequência, em obra mais completa do pensamento de Perlingieri, também traduzida pela professora Maria Cristina De Cicco, já se utilizou a nova terminologia: *O Direito Civil na Legalidade Constitucional* (Perlingieri, 2008). Apesar disso, pode-se dizer que houve, no Brasil, a manutenção da terminologia inicial, já que diversos livros e artigos foram publicados sob a nomenclatura Direito Civil Constitucional ou Direito Civil-Constitucional, conforme se verifica em Maria Celina Bodin de Moraes (2009), Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2017) e da obra conjunta de Anderson Schreiber e de Carlos Nelson Konder (2016).

Notam-se trabalhos mais recentes que ora utilizam a expressão Direito Civil Constitucional (Tepedino; Santos; Pereira, 2022), ora empregam Direito Civil na Legalidade Constitucional (Menezes; De Cicco; Rodrigues, 2021).

Não ousaria dizer que uma terminologia está mais correta que a outra, sobretudo porque se convencionou utilizar, entre nós, a expressão Direito Civil Constitucional. Contudo, percebe-se que há uma clara tendência da Escola de Camerino pela utilização de Direito Civil na Legalidade Constitucional, terminologia, portanto, à qual nos filiamos.

5 É curioso destacar que o livro *Perfis do Direito Civil*, de Pietro Perlingieri, foi traduzido ao português e publicado em 1997. Contudo, já saiu como 3<sup>a</sup> edição, podendo fazer o leitor pensar que havia no Brasil a 1<sup>a</sup> e a 2<sup>a</sup> edição. Ocorre que essa 3<sup>a</sup> edição está fiel à sequência da edição italiana. No Brasil, não houve a publicação da 1<sup>a</sup> e da 2<sup>a</sup> edição. Houve apenas uma única edição que sofreu sucessivas reimpressões, sendo a nossa datada de 2007.

### 3 ORIGEM

A metodologia do Direito Civil na Legalidade Constitucional foi desenvolvida na Itália, por Pietro Perlingeiri, que sistematizou os anseios dos juristas italianos de compatibilizar o Código Civil italiano de 1942, proveniente do regime fascista, com a posterior Constituição italiana de 1947, marco da redemocratização do país. Recebeu a influência tanto do famoso *Caso Lüth*, julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional alemão, quanto do jurista alemão Konrad Hesse, em *A força normativa da Constituição*, de 1959, que apregoa a eficácia direta dos princípios constitucionais às relações privadas (Souza, 2021, p. 117-118).

Sobre o *Caso Lüth*, provavelmente é o caso mais conhecido e mais citado do Tribunal Constitucional Federal alemão. No início da década de 1950, Erich Lüth conclamou os distribuidores de filmes cinematográficos e o público para boicotarem o filme lançado por Veit Harlan, celebridade dos filmes nazistas, que incitara a violência contra o povo judeu. Foi ajuizada ação cominatória contra Lüth para se abster desse boicote, julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra essa decisão foi interposta reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, que acolheu o pedido e revogou a decisão do tribunal estadual. Esse histórico julgado representou a base dogmática dos direitos fundamentais, incluindo a sua eficácia horizontal, e a exigência de ponderação no caso concreto (Schwab, 2006, p. 381-382).

Sobre a obra de Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, nota-se a importância singular desse texto, ao confrontar-se com a posição de Ferdinand Lasalle, para quem a Constituição

era uma mera folha de papel. Hesse, ao contrário, sustentou que a Constituição tem força normativa. Ela pode impor tarefas e se transforma em força ativa se essas tarefas forem realizadas (Hesse, 1991, p. 18-19).

Nota-se a relevância desses dois marcos jurídicos ao Direito Civil na Legalidade Constitucional. O Caso Lüth sinaliza que os direitos fundamentais são aplicados não somente na relação entre o cidadão e o Estado, mas também na relação entre particulares. Em caso de conflitos entre os direitos fundamentais, será aplicada a técnica da ponderação. Já A força normativa da Constituição preconiza que a Constituição não é mera folha de papel, mas tem força de norma e, portanto, é aplicável na solução do caso concreto.

#### **4 EVOLUÇÃO NO BRASIL**

Em nosso país, o Direito Civil na Legalidade Constitucional encontrou terreno fértil, já que vigia o Código Civil de 1916 quando entrou em vigor a Constituição Federal de 1988. Além disso, o Código Civil de 2002, apesar de ser posterior à Constituição Federal de 1988, foi elaborado na década de 1970. Desse modo, havia a necessidade de uma metodologia que solucionasse conflitos entre regras, princípios e valores tão dispares, notadamente porque elaborados em séculos diferentes. Havia a necessidade de releitura de antigos institutos jurídicos sob a ótica da realidade social vigente.

Inicialmente, a difusão da metodologia do Direito Civil na Legalidade Constitucional foi promovida por Maria Celina Bodin de Moraes e por Gustavo Tepedino, na década de 1990, quando

retornaram do doutorado na Universidade de Camerino, na Itália, tendo como professor Pietro Perlingieri. Na sequência, essa corrente teórica se espalhou pelo país, ganhando a adesão dos professores Luiz Edson Fachin (UFPR), Paulo Lôbo (UFPE) e Renan Lotufo (PUC/SP). Cada um deles disseminou seus ensinamentos pelo país, de modo que há diversos juristas que utilizam a metodologia do Direito Civil na Legalidade Constitucional.

Há também dezenas de universidades brasileiras que mantêm convênios de intercâmbio com a Universidade de Camerino, destacando-se a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, a Universidade de São Paulo, a Universidade Estadual de Londrina e outras, colaborando para a troca de experiências e para o aprimoramento das pesquisas nos dois países, tanto em nível de graduação quanto de pós-graduação.

## 5 PREMISSAS METODOLÓGICAS

Ao empregar a metodologia do Direito Civil na Legalidade Constitucional para a análise do negócio jurídico, o jurista precisa estar atento às premissas metodológicas dessa Escola, de modo a evitar equívocos hermenêuticos. São elas: I) o paradigma da pessoa humana e sua dignidade; II) a centralidade e a supremacia das normas constitucionais; III) a complexidade, a totalidade e a unidade do ordenamento; IV) o ordenamento jurídico do caso concreto; V) as lacunas do ordenamento e o recurso aos princípios (Perlingieri, 2008)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Deve-se destacar que as premissas, ora apresentadas, não são enumeradas por Pietro Perlingieri na forma de um rol, mas podem ser extraídas do conjunto de sua obra (Perlingieri, 2008).

A primeira premissa é a adoção de um novo paradigma: a pessoa humana e sua dignidade (Moraes, 2000, p. 57). Com os horrores do Nazifascismo, diversas constituições, após a Segunda Guerra Mundial, passaram a trazer em seus primeiros artigos a previsão expressa da dignidade da pessoa humana (Rodotà, 2013, p. 14-15). Nesse período, resgatou-se a concepção kantiana de dignidade, ao dizer que a pessoa é um fim em si mesma, e não um meio para se alcançar determinada finalidade, de modo a influenciar a nossa atual concepção de dignidade da pessoa humana (Kant, 2011, p. 173). É importante destacar que, ao contrário do que muitos podem pensar, “a dignidade não é indeterminada, já que encontra na pessoa o lugar da sua determinação” (Rodotà, 2013, p. 29). Por isso, a dignidade da pessoa humana possui valor jurídico, cabendo ao intérprete materializá-la no caso concreto. Isso se dará por meio da fundamentação das decisões judiciais (Moraes, 2013, p. 11-30).

A segunda premissa assegura a centralidade e a supremacia das normas constitucionais. Nessa perspectiva, a partir do fenômeno denominado por Natalino Irti de *L'età della decodificazione*, título do seu famoso livro, o Código Civil perdeu a centralidade que tinha de outrora, passando diversas leis especiais a regularem matérias antes tratadas exclusivamente pelo Código Civil, de modo que Natalino Irti chegou a prever a própria erosão do Código Civil (Irti, 1999, p. 39-40). Embora não houvesse o Código ruído, certo é que houve uma *Virada de Copérnico*, na medida que ele deixou de ser o centro do ordenamento, passando a ocupar esse espaço a pessoa, por meio dos princípios e dos valores previstos na Constituição,

com posição hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico (Perlingieri, 2008, p. 217-219).

A terceira premissa parte da *complexidade do ordenamento* e, portanto, do próprio processo de interpretação. Há normas administrativas, normas ordinárias, normas constitucionais e normas internacionais. Dentre as próprias normas ordinárias, há o Código Civil e uma infinidade de leis especiais, tornando o ordenamento e a sua interpretação uma atividade complexa. Nesse contexto, deverá o intérprete questionar se cada norma ordinária guarda conformidade tanto em relação à Constituição quanto às normativas internacionais – tratados, convenções e normas comunitárias. Essa interpretação deve ser sistemática, ou seja, envolver a *totalidade do ordenamento*, incluindo todas as normas passíveis de aplicação ao caso concreto, e não apenas uma categoria, de modo a garantir a *unidade do ordenamento* (Perlingieri, 2008, p. 220-221). Nessa perspectiva, por exemplo, não seria possível resolver um caso concreto apenas com base no Código de Defesa do Consumidor, sem cotejar com o Código Civil, com outras legislações especiais, com a Constituição e com os tratados e convenções internacionais.

A quarta premissa se refere ao ordenamento jurídico do caso concreto. É a partir da valoração do fato, com todas as suas circunstâncias, à luz das regras e dos princípios constitucionais, que se determina a normativa aplicável ao caso concreto (Perlingieri, 2008, p. 658). Contudo, é interessante observar que o Direito não se exaure na lei, devendo ser considerada a experiência e a realidade histórica. Para Perlingieri (2008, p. 130-131), a tarefa do intérprete “não é uma operação mecânica,

mas sim, cultural, muito absorvente, socialmente relevante e controlável”<sup>7</sup>.

A quinta premissa é a de que, em caso de lacuna, ela será do sistema como um todo, e não dos subsistemas, já que esses não são dotados de autonomia, nem podem ser concebidos de forma separada do ordenamento. Nessa perspectiva, por exemplo, não deve o intérprete tentar isoladamente resolver uma lacuna com base exclusivamente no Código Civil e/ou no Código de Defesa do Consumidor, pois deverá fazer uma análise conglobante do ordenamento. Tampouco se deve recorrer aos princípios e aos valores constitucionais apenas quando não houver norma ordinária aplicável ao caso concreto, já que, em um ordenamento complexo e unitário, deverá ser considerado o todo normativo, e não uma análise fragmentada (Perlingieri, 2008, p. 221-223)<sup>8</sup>.

Expostas as bases metodológicas do Direito Civil na Legalidade Constitucional, a partir das quais o intérprete poderá analisar o negócio jurídico, resta perquirir a diferença ou a aproximação com outras Escolas, enfatizando-se, desde já, a importância da pluralidade de pensamento no estudo e na aplicação do Direito.

<sup>7</sup> Sobre o diálogo entre os direitos fundamentais e o culturalismo no Código Civil de 2002, ver: Judith Martins-Costa (2006, p. 63-87).

<sup>8</sup> No mesmo sentido, diz Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 41): “O diálogo entre as fontes normativas infraconstitucionais se dá pela mediação dos princípios e regras constitucionais. Esse modo dinâmico e harmonioso das fontes legais dispensa a exclusividade do reenvio aos tradicionais meios de superação das antinomias, a saber, a da preferência da norma superior sobre a inferior hierárquica, ou da norma posterior sobre a anterior, ou da norma especial sobre a geral”.

## 6 LEGALIDADE CONSTITUCIONAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O movimento da *Law and Economics* se deu a partir dos trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, sendo desenvolvido, posteriormente, com as contribuições de Richard Posner, Gary Becker e Henry Manne. Após, mencionar a evolução das Escolas da Análise Econômica do Direito e a pluralidade metodológica de cada uma delas, Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn se filiam à Escola *New Institutional Law and Economics*, com base nas lições de *Douglas North*, *Oliver Williamson* e de *Herbert Simon*. Em seguida, resumem o pensamento da Análise Econômica do Direito: “O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados” (Zylbersztajn; Sztajn, 2005, p. 3).

A Escola do Direito Civil na Legalidade Constitucional, contudo, tece críticas a essa metodologia, pois, aplicada sem maiores reflexões, pode priorizar o mercado em detrimento da pessoa, o que não pode ser admitido. Nesse sentido, diz Pietro Perlingieri (2008, p. 106): “é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade”<sup>9</sup>.

9 Prossegue Pietro Perlingieri: “a) a ação humana tem uma pluralidade de motivações que não se podem reduzir em termos somente econômicos e utilitaristas; b) o direito da economia, socialmente caracterizado, mesmo tendo que levar em consi-

Mesmo em uma perspectiva interdisciplinar, a doutrina brasileira do Direito Civil na Legalidade Constitucional tem oferecido resistência a uma concepção meramente mercadológica do campo jurídico, conforme se depreende da observação de Luiz Edson Fachin:

[...] A interlocução dos saberes não deve ceder passo ao aprisionamento conceitual, assim, não pode a instância jurídica submeter-se aos critérios de um regime econômico sob pena de decapitar-se o próprio sentido transformador e construtivo do Direito; por isso, refutarse uma teoria econômica que, a partir de uma releitura mercadológica dos sujeitos e dos contratos, reduz o campo jurídico a um espaço de mercancia (Fachin, 2012, p. 51).

Paulo Lôbo (2014, p. 26), de igual modo, refere-se à “tese funesta da análise econômica do direito [...] em que os princípios econômicos suplantam e submetem os princípios jurídicos, principalmente através do princípio que deu origem a essa corrente, que diz respeito à Teoria dos Custos Sociais [...].”

Portanto, para a Escola do Direito Civil na Legalidade Constitucional, os custos sociais na concretização dos direitos e garantias fundamentais assumem papel secundário, já que é o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana que deverá prevalecer, na análise do caso concreto.

---

deração as leis do mercado, objetiva intervenções voltadas a realizar a justiça e os valores existenciais; c) o método econômico na interpretação jurídica, na realidade, mostra-se incompatível com os institutos diretamente centrados sobre a pessoa humana (os chamados direitos da personalidade); e d) descuida da verdadeira questão jurídica, que é considerar cada fatti/specie respeitando as suas particularidades subjetivas e objetivas, ao invés de privilegiar reflexões sobre como realizar uma otimização do resultado econômico, deixando em segundo plano os escopos extra-econômicos do direito e dos indivíduos.” (Perlingeiri, 2008, p. 106).

## 7 LEGALIDADE CONSTITUCIONAL E DIÁLOGO DAS FONTES

A Teoria do Diálogo das Fontes teve origem na Alemanha, por obra do jurista Erik Jayme. Ela é conhecida entre nós por meio dos trabalhos desenvolvidos pela professora Cláudia Lima Marques, no âmbito da UFRGS, ganhando considerável adesão na doutrina e na jurisprudência nacional.

Afirma Erik Jayme que “[...] o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar contradição. O juiz, na presença de duas fontes – uma europeia transnacional e outra nacional – com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes” (Jayme, 2003, p. 105-114). Malgrado Erik Jayme tivesse apresentado o conceito supracitado no contexto do Direito Internacional Privado, Cláudia Lima Marques (2012, p. 21) assegura que o método pode ser aplicado em todas as áreas do Direito<sup>10</sup>.

Tanto a Teoria do Diálogo das Fontes quanto a do Direito Civil na Legalidade Constitucional objetivam manter a coerência do sistema diante de uma pluralidade de fontes normativas. Ambas entendem que os critérios clássicos de solução do conflito de leis pela revogação – critérios cronológico, hierárquico e de especialidade<sup>11</sup> – não conseguem solucionar os problemas

10 Conforme Cláudia Lima Marques (2012, p. 21), “[...] a teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e poder ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI”.

11 Esclarece Norberto Bobbio (2006, p. 205-205) a distinção entre os critérios clássicos: “a) segundo o critério cronológico, a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*); b) segundo o critério hierárquico, a norma de

atuais de conflitos de normas. A colmatação ou integração de normas, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, tampouco se mostra suficiente. Tornam-se necessários novos métodos hermenêuticos para resolver regras conflitantes entre si, conflitos entre regras e princípios, conflitos entre princípios etc.

Desse modo, ao passo que o Direito Civil na Legalidade Constitucional propõe a aplicação direta e imediata das normas constitucionais ao caso concreto para a solução das antinomias<sup>12</sup>, a Teoria do Diálogo das fontes busca uma coordenação das fontes normativas, notadamente da lei ordinária, de modo a aplicá-las de forma simultânea, coerente e coordenadas, garan-

grau superior (isto é, estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*); c) segundo o critério de especialidade, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*)".

12 Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 48) explica a metodologia do Direito Civil na Legalidade Constitucional, nos seguintes termos: "O conceito de princípio constitucional não se confunde com o de 'princípio geral de direito' empregado pela Lei de Introdução ao Código Civil. O art. 4º dessa lei, como sabemos, estabelece a regra de *non liquet*, proibindo o juiz de não julgar quando a lei for omissa, determinando que, se não houver costumes, devem ser aplicados os princípios gerais de direito. Estes têm, consequentemente, função supletiva, ou seja, primeiro a lei, depois os costumes e, por fim, os princípios, como normas de clausura ou de completude do sistema jurídico. Ao contrário, os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei. A operação hermenêutica que estava invertida foi devidamente reposicionada: em primeiro lugar o princípio constitucional, depois a lei fundamentada nele". Paulo Lôbo também explica que, na experiência alemã, a aplicação dos princípios constitucionais se dá de forma direta e mediata, ou seja, a norma-príncípio necessita de uma norma-regra para a sua incidência ou da atuação do legislador. Contudo, desenvolveu-se na experiência brasileira a necessidade de aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais, inclusive entre particulares, à luz do artigo 5º, parágrafo único da Constituição, que assegura a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais" (Lôbo, 2014, p. 23).

tindo uma efetiva proteção a uma determinada categoria de pessoas vulneráveis<sup>13</sup>.

A Escola do Direito Civil na Legalidade Constitucional costuma tecer fortes críticas à ideia do ordenamento como estrutura polissistêmica ou conjunto de microssistemas. Para essa Escola, não se deve falar em *sistemas normativos*, mas em uma relação unitária do ordenamento jurídico, de modo que princípios constitucionais e normas ordinárias não sejam separados artificialmente em sistemas isolados<sup>14</sup>. Diante disso, Gustavo Tepedino afirma que a ideia de microssistemas deve ser “examinada com enorme cautela”, pois, em *ultima ratio*, representa uma “grave fragmentação do sistema”, com normas “responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro, antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão” (Tepedino, 2006, p. 45-46, grifos do autor).

Aline de Miranda Valverde Terra (2016, p. 62-69) sintetiza as premissas que demonstram as divergências metodológicas

13 Segundo Cláudia Lima Marques (2004, p. 44), “Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua ‘ratio’, a finalidade visada ou ‘narrada’ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva”.

14 Segundo Pietro Perlingieri (2008, p. 209-210), “A multiplicidade das regras e dos princípios, o seu diverso grau de relevância normativa, a complexidade da sociedade não requer um ordenamento jurídico com estrutura polissistemática, em que as disposições assumem significados segundo o sistema ou o subsistema ao qual pertencem. As normas, ao contrário, assumem o significado na totalidade do ordenamento, vista como unidade, sem que a complexidade do ordenamento seja expressa em incomunicabilidades artificiais entre normas constitucionais e normas ordinárias”.

entre as Escolas do Diálogo das Fontes e do Direito Civil na Legalidade Constitucional. Para o Diálogo das Fontes, elege-se uma categoria tutelada *a priori*, os vulneráveis, enquanto que o Direito Civil na Legalidade Constitucional tutela a pessoa humana *tout court*. O Diálogo das Fontes limita a atividade interpretativa em favor de uma categoria, afastando-se da interpretação sistemática, ao passo que o Direito Civil na Legalidade Constitucional amplia a atividade do intérprete, já que permite diversas possibilidades a partir do caso concreto. Por fim, o Diálogo das Fontes elege, em abstrato, uma pessoa tutelada, ao passo que o Direito Civil Constitucional a escolhe, no caso concreto.

## CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, não se está a eleger a melhor Escola. A escolha da metodologia é sempre uma opção do jurista na sua atividade interpretativa do ordenamento. Nesse sentido, o Direito Civil na Legalidade Constitucional tem suas premissas próprias que o diferem das demais Escolas, devendo o jurista estar atento no momento de sua aplicação. Não pode o intérprete incorrer no erro de mesclar linhas interpretativas diversas, de forma desavisada, muitas vezes com premissas contraditórias entre si, o que poderia comprometer a própria científicidade da pesquisa jurídica.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito** Civil: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica**: à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moder- na. In: **Caderno do Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43487/27366>. Acesso em: 20 dez. 2023.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro (coord.). **Manual de teoria geral do Direito Civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (org.). **Direito Civil Constitucional**: ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 07, p. 15-54, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: 2006.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Rumos contemporâneos do Direito Civil**: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**: imobiliário, agrário e empresarial, n. 65, ano 17, p. 21-32, jul./set. 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 779, p. 47-63, set. 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, ano 14, v. 56, p. 11-30, out./dez. 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **La rivoluzione della dignità**. Napoli: La Scuola di Pitagora Editrice, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. In: MARTINS, Leonardo. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 117-118.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 3, Rio de Janeiro, p. 1-11, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 27, p. 37-53, abr./jun. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SANTOS; Débora Pereira Pintos dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Direito Civil Constitucional**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: Schreiber, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, p. 03, 2005.



## EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS<sup>1</sup>

Juliana Carvalho Pavão  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

---

<sup>1</sup> O artigo foi publicado inicialmente na obra “Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito: discussões sobre negócios biojurídicos”. 1ed. Londrina: Thoth Editora, 2019, v. 1, p. 85-100.

## INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos passaram por grandes transformações ao longo da história. Eles existem desde a Antiguidade, como por exemplo a troca e o escambo, tendo muitas vezes como objeto a propriedade; contudo, pode-se notar que sempre continham um caráter patrimonial.

Com a Revolução Francesa, os negócios jurídicos apresentaram um caráter individualista e patrimonialista, baseado na autonomia da vontade. Devendo destacar que mesmo durante esse período, os negócios jurídicos continuaram a apresentar seu caráter puramente patrimonial.

Todavia, a sociedade passou por diversas transformações, surgindo novas situações que nem sempre versam sobre o patrimônio da pessoa, e essas situações passaram a ser objeto

de negócios. Assim, pode-se falar em situações existenciais, e no surgimento de negócios jurídicos existenciais.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Os negócios jurídicos evoluíram ao longo da história da humanidade. Contudo, para compreender as mudanças desse instituto, deve-se primeiramente analisar a Revolução Francesa e o desenvolvimento dos termos de autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação.

A autonomia, que corresponde a vontade dos particulares, sempre foi a base dos negócios jurídicos, estando presente no período da Revolução Francesa com a denominação de autonomia da vontade.

Analizando o período anterior a Revolução Francesa, percebe-se que o mesmo é marcado pelo poder concentrado na figura do soberano e as riquezas eram apenas para a monarquia e o clero. Assim, uma grande parte da população francesa vivia mantendo os luxos dessas duas classes dominantes. Diante dessa situação, a população estava descontente, e liderados pela burguesia, realizaram a Revolução Francesa. Tal movimento retirou o poder do soberano e o entregou a burguesia, assim, gerou a ascensão do Estado Liberal, que tinha como característica a não interferência na economia.

O lema da Revolução era liberdade e igualdade, dessa forma entendia-se que como todos eram iguais, todos tinham liberdade para pactuarem seus negócios como desejassem (Pona, 2014, p. 101). Todavia, destaca-se que a igualdade apresentada nesse

período era a igualdade formal. Assim, a base dos negócios jurídicos tornara-se a autonomia da vontade. Ademais, havia nesse período uma grande divisão entre direito público e direito privado (Pona, 2014, p. 101), sendo assim, um não poderia interferir no outro.

A autonomia da vontade, segundo Denis Franco Silva (apud Meireles, 2009, p. 67-68), pode ser entendida como agir visando seus interesses, no âmbito do direito privado, sem interferência externa. Assim, os negócios poderiam ser realizados livremente, e o Estado não poderia intervir.

Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 66), destaca que a autonomia da vontade apresenta aspecto subjetivo, porque trata da vontade em si do agente. Dessa forma, a função da autonomia é garantir a vontade. Pode-se concluir que esse período é marcado pelo caráter individualista dos agentes e patrimonialista das relações.

Contudo, com o decorrer do tempo e mudanças na sociedade, como a Segunda Revolução Industrial, exploração dos trabalhadores, crise econômica (Pona, 2014, p.109), entre outros fatos, tornou-se evidente que o Estado deveria intervir nas relações para que não houvesse abuso ou exploração. Assim, o Estado liberal entrou em declínio e surgiu o Estado intervencionista nas relações privadas (Pona, 2014, p. 118), que visa impedir que haja a exploração das partes hipossuficientes. Uma grande mudança que pode ser notada é a passagem da ideia de igualdade formal para material, dessa forma, passa-se a compreender que nem todos são iguais. Além disso, a atuação maior do Estado nas questões privadas também é uma mudança muito relevante para o Direito.

Outro reflexo importante nesse período corresponde a mudança na autonomia da vontade para autonomia privada. Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 67), a autonomia privada apresenta uma noção mais objetiva que a autonomia da vontade. Sobre a autonomia privada é oportuno observar o pensamento de Pietro Perligieri (2002, p. 17):

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

Dessa forma, observa-se que diferentemente da autonomia da vontade, a autonomia privada apresenta limites impostos pelo Estado. Deve-se destacar a posição de alguns autores que entendem como sinônimo a autonomia privada e a liberdade negocial, nos seus primórdios, tendo em vista que a evolução história do primeiro está relacionado com a propriedade (Pona, 2014, p. 115). Pietro Perligieri (2002, p. 17) afirma que tradicionalmente a autonomia privada se manifestava como liberdade de negociar.

Todavia, hoje esse pensamento já se encontra superado, tendo em vista o movimento da constitucionalização do direito civil que ocorreu em muitos países, inclusive no Brasil. Conforme Pietro Perligieri aponta (2002, p.17):

Esta concepção mudou radicalmente na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa e a consequente responsabilidade, ultrapassa e subor-

dina a si mesma a iniciativa econômica. A legislação ordinária, além disso, tem favorecido – não sem ambiguidade – o processo de recomposição do ordenamento no sentido constitucional.

Dessa forma, hoje autonomia privada, graças ao processo de constitucionalização do direito civil, engloba tanto questões patrimoniais como existenciais, tendo se desenvolvido como autodeterminação. Isso também se tornou possível graças a novas situações jurídicas.

Essa transformação decorreu do desenvolvimento científico, biológico e tecnológico, que criaram situações jurídicas novas que não tinham direito regulamentando (Pona, 2014, p. 117). As situações jurídicas são o conjunto de direitos e deveres concedidos pelo direito objetivo a uma pessoa, podendo ser decorrente da autorização legal (também denominada de objetiva) como da manifestação de vontade da parte devido a seus interesses (nesse caso é denominada de subjetiva) (Amaral, 2003). Elas também podem versar sobre aspectos patrimoniais como existenciais. O destaque nesse momento, conforme será tratado no terceiro ponto, é para as situações jurídicas subjetivas existenciais.

Ademais, com esses avanços muitas vezes se esqueciam da dignidade da pessoa humana, como por exemplo os experimentos com gêmeos por médicos nazistas. Surgindo assim a atenção da comunidade internacional pela garantia de direitos do ser humano.

Frente esse frenético avanço tecnológico e a preocupação cada vez maior com a proteção da pessoa humana, no cenário internacional houve a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1848) e dos Pactos Civis e Políticos e de

Direitos Econômicos, Culturais e Sociais de 1966 (Pona, 2014, p. 160), cita-se a Declaração que destacou que todos os seres humanos têm dignidade:

#### Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

(..)

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade.

Tendo o cenário internacional resguardado a dignidade da pessoa humana, visando com isso proteger o ser humano como um todo, diversas constituições ao redor do mundo passaram a tratar desse direito.

Além disso, a noção de personalidade evoluiu de mera capacidade para ser sujeito nas relações jurídicas, para um valor inerente da pessoa. Segundo Gustavo Tepedino (2004, p. 27):

Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.

Assim, com essa noção de personalidade, foram expressos os direitos da personalidade, que são os bens da personalidade que devem ser protegidos (Espolador, 2016). Hoje considera-se que a personalidade apresenta dois prismas, o primeiro é que de proteção do Estado contra lesões, e o outro, é de disposição relativa dos seus direitos para que haja o livre desenvolvimento da personalidade, conforme será tratada mais adiante.

Observando essas mudanças no cenário internacional, é importante analisar as mudanças ocorridas na legislação pátria que tornaram possível hoje realizar negócios jurídicos existenciais. O grande avanço nacional nesse sentido foi com o processo de constitucionalização ou publicização do direito civil.

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO BRASIL

Conforme já exposto acima, a grande mudança no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu devido a constitucionalização do direito civil. Antigamente, direito privado e direito público eram esferas totalmente distintas, não havendo interferência de uma sobre a outra. Assim, foi o período denominado de “era das codificações”, na qual houveram diversos códigos, como o Código Civil e Código Penal, que buscavam regulamentar todas as situações e então assegurar a segurança para os particulares (TEPEDINO, 2004, p.3).

No Brasil, o Código Civil de 1916 é fruto da doutrina individualista, decorrente do Código de Napoleão que tinha como objetivo tratar das relações privadas retirando todas as marcas dos privilégios feudais. O Código Civil do Brasil era

“a Constituição do direito privado” (TEPEDINO, 2004, p.2), isso porque o direito público não intervinha nas matérias de direito privado.

Contudo, houve mudança sociais que o Código Civil não previa, então, logo após a sua promulgação, foi necessário elaborar leis extra codificadas para tratar dos casos excepcionais que o Código não abordava, como por exemplo o caso do inquilinato (Tepedino, 2004, p.4). Esse momento pode ser apontado como a primeira fase de intervenção do Estado no direito privado (Tepedino, 2004, p.5). Todavia, as mudanças sociais não pararam e a criação de leis extra codificadas deixou de ser apenas em caráter emergencial, para serem feitas diante de situações não tipificadas de forma até rotineira. Assim, ocorre o segundo momento de intervenção do Estado, marcado pela perda do Código Civil do seu caráter de exclusiva lei das relações privadas.

Juntamente com esse processo de formação de leis especiais, no cenário internacional as Constituições perderam seu caráter de meras cartas políticas, para passarem a intervir nas relações privadas e econômicas (Tepedino, 2004, p. 7), apresentando limites a autonomia, com o intuito de zelar pela dignidade da pessoa humana. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1946 já mostrava essa tendência, contudo, o processo foi intensificado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 1º, III, como objetivo da república a dignidade da pessoa humana. Dignidade da pessoa humana apresenta três dimensões, segundo Ingo Sarlet (2005, p. 40- 49): ontológica, comunitária e histórico-cultural.

A primeira dimensão, ontológica, considera que a dignidade é uma qualidade inerente de toda pessoa (Sarlet, 2005, p. 40). A dimensão comunitária considera que a dignidade deve ser analisada no contexto social que esta inserida (Sarlet, 2006, p. 47-49), não podendo alguém realizar um ato que fira a dignidade do outro. Por fim, a última dimensão, cultural, considera que a dignidade da pessoa humana é resultado do trabalho de várias gerações (Sarlet, 2006, p.46).

Assim, pode-se observar que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente de todas as pessoas que deve ser respeitada tanto pelos particulares como pelo Estado, logo, não pode ser realizado ato que resulte na violação desse princípio. Além disso, o conceito de dignidade adotado pela constituição seguindo o pensamento de Immanuel Kant que passou a tratar da dignidade sem os conceitos religiosos (Petterie, 2007, p. 61). A máxima kantiana está expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na sua própria pessoa como na do outro, sempre como fim e jamais como meio” (Sauwen, 2000, P.66). Dessa forma, a ideia de Kant era que a pessoa jamais poderia ser tratada como coisa, porque ela detinha dignidade, e essa noção se espalhou pelo mundo.

Definindo o significado de dignidade de forma resumida, tendo em vista a extrema dificuldade de conceitua-lo devido a sua amplitude, observa-se que o mesmo está inserido como base do ordenamento jurídico constitucional. Assim, hoje, o centro de todas as normas jurídicas encontra-se na pessoa e na sua dignidade, e não mais nos bens materiais. Ademais, a Constituição Federal de 1988 previu limites ao direito privado,

porque atualmente todas as normas infraconstitucionais devem respeitar os princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, função social, boa-fé.

Nesse contexto é promulgado o Código Civil de 2002, que ao contrário do Código anterior, apresenta um sentido mais paritário e social (Diniz, 2012, p. 67). O Código tem como proposta apresentar cláusulas abertas, como a boa-fé e a função social, para serem adequadas ao caso e ao tempo, e visa não tratar de todas as situações, mas sim indicar princípios orientadores para interpretá-las. Assim, de acordo com Miguel Reale (2002), os princípios norteadores do Código Civil são: socialidade, eticidade e operabilidade. O princípio da socialidade prevê que em caso de conflito entre interesse público e interesse privado, deve prevalecer o primeiro, havendo como reflexo desse princípio a função social (Reale, 2002). O segundo princípio, eticidade, prevê que todas as relações devem respeitar a dignidade da pessoa humana, decorrendo dele a boa-fé. Novamente pode-se observar o princípio da dignidade da pessoa humana, assim, confirma-se o processo de interferência dos princípios constitucionais sobre o direito privado, e posição central do ser no ordenamento jurídico. Por fim, o terceiro princípio, operabilidade, fornece ao órgão aplicador da lei maior elastério para analisar o caso concreto (Diniz, 2012, p. 67).

O atual código também não trata apenas de questões patrimoniais, como o anterior, mas aborda, por exemplo no âmbito dos direitos da personalidade o direito a disposição dos órgãos. Segundo o Código Civil de 2002, a pessoa pode dispor de órgãos desde que seja de forma gratuita. Isso mostra uma

grande mudança, porque agora o código civil aborda questões que envolvem situações existenciais.

Dessa forma, torna-se evidente que hoje é possível negócios que tratem tanto das questões patrimoniais como existenciais.

### 3 NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS

Os negócios jurídicos, tradicionalmente, podem ser considerados como mero instrumentos de autonomia, segundo a visão oitocentista trazida pela Revolução Francesa (Marquesi; Maertins, 2016). Contudo, conforme já exposto, houveram grandes mudanças sociais que influenciaram as transformações do Direito. Surgiram novas situações jurídicas que não estavam previstas no ordenamento e que não tratavam apenas de questões patrimoniais, como também existenciais. Os países passaram a se preocupar mais com a proteção do ser humano, tendo em vista os avanços tecnológicos, assim, isso influenciou no Brasil com o processo de constitucionalização do direito civil e a apresentação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Dessa forma, atualmente, o negócio jurídico é “mecanismo de cooperação interpessoal e de respeito aos interesses públicos” (MARQUESI; MARTINS, 2016, s/p). Ademais, os negócios podem atualmente versar sobre questões patrimoniais como existenciais.

O Código Civil adota a teoria dualista para tratar de negócios jurídico, assim, segundo essa teoria, os atos são divididos em de efeito *ex lege* e de efeito *ex voluntae* (Meireles, 2009, p.111). Os negócios jurídicos são atos cujos efeitos são determinados pelas partes dentro dos limites impostos pela lei. O próprio

código divide no Livro III os fatos jurídicos em: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos, prescrição e decadência, e da prova. Dessa forma, o Código apresenta primeiros aspectos gerais dos negócios jurídicos (Meireles, 2009, p.113).

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 120), o negócio jurídico apresenta como base a vontade, e ele como uma categoria geral, disciplinada no Código, está apto a “exercer sua função em qualquer espécie de situação subjetiva, seja ela patrimonial ou não”.

Isso decorre do fato de hoje existirem situações jurídicas existenciais. Retornando ao estudo do primeiro ponto, tornou-se evidente que os avanços sociais e tecnológicos influenciaram muito o direito, e uma dessas mudanças foi a existência de situações jurídicas que podem ser existenciais ou patrimoniais.

A diferença entre as situações existenciais e patrimoniais pode ser observada de dois perfis: interesse e função (Meireles, 2009, p. 22). O perfil do interesse é “o que é”, sendo que esse interesse pode ser patrimonial, existencial ou ambos (MEIRELES, 2009, p. 23). Observa-se que a patrimonialidade é analisada de acordo com o contexto jurídico-social (Meireles, 2009, p. 29), e apresentará um equivalente em dinheiro (Meireles, 2009, p. 33). Contudo, a autora (Meireles, 2009, p. 34), frisa que nem todas as situações jurídicas não patrimoniais são existenciais. A autora realiza uma divisão, na qual há as situações jurídicas que se dividem em situações patrimoniais e situações não patrimoniais *lato sensu* e situações dúplices (quando envolverem os dois aspectos). As situações não patrimoniais se subdividem em situações existenciais e situações não patrimoniais *stricto sensu*. As primeiras, situações existenciais, tem como interesse

a própria pessoa, enquanto a segunda, não patrimonial *stricto sensu*, não representa um valor da personalidade (Meireles, 2009, p. 34). Nesse trabalho será entendido a noção de situação existencial como tendo como objeto a própria pessoa, assim como apresentado pela autora Rose Melo Vencelau Meireles.

O outro perfil é o funcional que indica qual a função do instrumento (Meireles, 2009, p. 37). Segundo esse perfil, a situação patrimonial tem função social, de acordo com a Constituição Federal e o Código Civil. Todavia, as situações existenciais têm como função direta e imediata o livre desenvolvimento da personalidade (Meireles, 2009, p. 39), assim, elas não têm função social, porque são função social (Meireles, 2009, p. 44). Então, pode-se observar as diferenças entre as situações patrimoniais e as existenciais.

Em caso de conflito entre essas duas situações, deve-se prevalecer a situação existencial (Meireles, 2009, p. 9), por tratar da pessoa.

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 47), relações patrimoniais não estão completamente excluídas de terem aspectos existenciais – isso pode ser ilustrado no caso do testamento, que hoje é possível ele conter questões existenciais invés de apenas disposição de bens, segundo a autora (MEIRELES, 2009, p. 47):

Todavia, ainda é possível distinguir as situações existenciais das patrimoniais porque as relações existenciais incidem diretamente sobre o desenvolvimento da personalidade, enquanto que as relações patrimoniais não se afastam da lógica da equivalência e só indiretamente repercutem em aspectos essenciais da pessoa humana.

Dessa forma, tornou-se possível a existência de negócios jurídicos existenciais. Também é possível a existência de contratos que envolvam situações existenciais como por exemplo o contrato de uso da imagem (Meireles, 2009, p. 49)

A respeito desses tipos de negócios, eles podem ser diferenciados dos negócios patrimoniais, porque apresentam valor essencial a pessoa, podem até apresentar uma contraprestação econômica, pois o que os caracteriza é o seu objeto (Marquesi; Martins, 2016). Assim, enquadram-se como objeto desses negócios a moradia, a educação, a saúde, o patrimônio mínimo, a dignidade, entre outros (Marquesi; Martins, 2016). Todavia, esses negócios muitas vezes são atos de vontade cujo conteúdo é existencial, mas não tem efeitos apresentados pelo ordenamento, assim, eles se baseiam na autonomia privada.

Noemí Lidia Nicolau (2003) trata desses negócios como “negócios jurídicos personalíssimos”:

Es importante tener en cuenta que los derechos personalísimos, como todos los derechos subjetivos, se dinamizan cuando su titular celebra negocios jurídicos que los involucra, a los que denominamos ‘negocios jurídicos personalísimos’, para diferenciarlos de los actos de contenido patrimonial<sup>2</sup>.

Assim, novamente é destacado a presença dos direitos da personalidade nesses negócios, porque esses direitos constituem questão essencial da pessoa, dessa forma, envolvem

<sup>2</sup> Tradução nossa” É importante ter em conta que os direitos da personalidade, como todos os direitos subjetivos, tornam-se mais dinâmicos quando seu titular celebra negócios jurídicos que os envolve, que são denominados ‘negócios jurídicos personalíssimos’, para diferenciá-los dos atos de conteúdo patrimonial”.

aspectos vitais para o livre desenvolvimento do ser humano. Contudo, destaca-se que esses negócios não têm como objeto exclusivamente direitos, mas sim a tutela da personalidade como um todo. Isso porque a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 1º, III apresenta a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção da pessoa, assim é tutelada a personalidade, mesmo que não esteja expressa o direito no Código (Meireles, 2009, p. 148-149). Logo, conclui-se que as situações existenciais não são taxativas, sendo criadas em decorrência de diversos avanços.

Dessa forma, mesmo diante da ausência de normas expressas sobre esses direitos, a própria Noemí Lidia Nicolau (2003) critica essa previsão genérica, as situações jurídicas são protegidas pelos princípios constitucionais.

Conforme já foi tratado, os negócios jurídicos existenciais versam sobre a personalidade e os seus direitos. O Código Civil prevê nos artigos 11 a 21 os direitos da personalidade, todavia, esse rol não é taxativo, como apresentado a cima, devido ideia de cláusula geral de tutela da pessoa.

A respeito dos direitos da personalidade é interessante observar a questão da sua indisponibilidade. Porque, durante muito tempo, entendeu-se que esses direitos eram absolutamente indisponíveis, assim, obviamente, seria impossível a criação de um negócio jurídico que verse sobre ele.

Tendo como base o livre desenvolvimento da personalidade pode-se dispor de forma relativa desses direitos, contudo, o limite de disposição está na dignidade da pessoa humana (Borges, 2016).

Assim, torna-se possível atos de disposição como a cessão de uso de imagem, doação de óvulos, entre outros procedimentos.

#### 4 NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Conforme já apresentado anteriormente, a sociedade passou por diversas transformações. Dentro dessas mudanças pode-se citar as das biotecnológicas que permitiram a geração de uma criança por meio de reprodução assistida, a doação de órgão, a utilização de células tronco para tratamento de doenças, entre outras coisas. Essas transformações no campo da saúde fizeram com que fosse criado o Biodireito, que é estudo jurídico sobre as biotecnologias, visando impor limites para que a pessoa não seja violada (Diniz, 2008).

Além do surgimento dessa nova disciplina, os negócios jurídicos também foram ampliados, surgindo como espécie do negócio jurídico existencial, o negócio biojurídico.

Os negócios biojurídicos apresentam como objeto aspectos da saúde e do corpo do agente (Meireles, 2016), logo, tem como especificidade os casos que envolvem a saúde da pessoa como um todo, tanto questões físicas quanto psíquicas. Alguns exemplos desses negócios são: diretivas antecipadas de vontade, contrato de doação de sêmen/óvulo, gestação de substituição, entre outros.

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2016), esses negócios podem ser classificados como os demais negócios, assim, podem ser unilaterais, diretivas antecipadas de vontade, ou bilaterais, gestação de substituição. Todavia, esses negócios apenas podem ser gratuitos, porque tratam do corpo da pessoa,

assim qualquer aspecto lucrativo ligado à sua disposição estaria ferindo a dignidade da pessoa ao tratá-la como coisa.

Um aspecto importante desses negócios – tanto no gênero existencial como na espécie biojurídica – refere-se a capacidade e a situação do incapaz. Segundo o artigo 104 do Código Civil a capacidade é requisito de validade do negócio jurídico. Assim, tendo em vista que esses negócios tratam de aspectos essenciais da pessoa, apenas o titular da situação poderia se manifestar sobre a mesma. Todavia, esse contexto não é possível no caso de um incapaz, e segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 128), não seria aceito a não realização de um negócio existencial que envolva uma parte incapaz apenas porque ele não teria capacidade jurídica, uma vez que a não realização do ato poderia violar a cláusula geral de proteção da pessoa prevista na Carta Constitucional. Assim, não poderia deixar de amputar um membro de um absolutamente incapaz, quando este corre risco de vida se não realizar o procedimento, apenas pelo fato dele não ter capacidade de exercício; isso porque a ausência do procedimento seria capaz de ferir a proteção da sua vida.

Além disso, também não poderia excluir totalmente a vontade de um incapaz apenas pela sua incapacidade, como por exemplo um adolescente, porque trata-se da sua personalidade. Assim, pode-se observar que as questões envolvendo incapazes e negócios biojurídicos é extremamente delicada. Ademais, a noção apenas do Código Civil de capacidade de direito e de exercício não é mais suficiente para esses casos (Meireles, 2009, p. 128)

Diante dessa situação, Pasquale Stanzione (*apud* Meireles, 2009, p. 130) apresenta como sugestão a ponderação entre a

vontade do menor e dos genitores, em um momento concedendo prevalência a autodeterminação do menor de idade, tendo em vista a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da pessoa<sup>3</sup>, e em outro momento, predominando os poderes-deveres dos pais. Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p.135), afirma que “nas situações existenciais deve-se buscar a maior participação do incapaz, quer seja por idade, quer seja por doença”. A autora não retira a importância do representante do incapaz, mas conclui que é importante que nessas situações haja limites à representação (MEIRELES, 2009, p. 134). Assim alguns questionamentos apresentados pela autora:

Deve-se questionar se pode o representante legal autorizar a participação do incapaz em experimentação científica que não lhe traga qualquer benefício direto, se pode autorizar o uso indiscriminado da imagem do incapaz em troca de contraprestação ou se pode autorizar a esterilização do incapaz, por exemplo.

Assim, pode-se concluir que a autonomia privada nos casos existenciais deve ser exercida pessoalmente, contudo, pode ser exercida em razão de um incapaz, se for para seu benefício e por razões de necessidade.

Interessante ao tratar desses negócios é analisar o aspecto da autonomia, porque conforme apontado, esses negócios se baseiam na autonomia privada, uma vez que não detém regulamentação específica (Meireles, 2009, p. 123). Todavia, além

<sup>3</sup> O livre desenvolvimento da pessoa ou da personalidade não está expresso no texto constitucional, contudo é resguardado de forma implícita, ao tratar da proteção da pessoa. Ademais, no cenário internacional o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica que apresenta expressamente o livre desenvolvimento da personalidade.

da autonomia privada tradicional do Direito Civil, também incide o princípio bioético da autonomia do paciente. Por se tratar de um negócio biojurídico, logo tem como objeto a saúde e o corpo da pessoa, terá a incidência tanto do Biodireito como da Bioética, que se refere às normas éticas de comportamento que os médicos devem seguir durante as suas funções. Um dos princípios da bioética<sup>4</sup> é o princípio da autonomia do paciente. Segundo esse princípio a pessoa capaz para tomar decisões, deve tê-las tratadas com respeito, dessa forma, os atos médicos devem ser autorizados pelo paciente (Roberti, 2007, p. 64) que tenha conhecimento sobre os riscos e aceite ser submetido a eles. Assim, deve-se respeitar as escolhas do paciente, desde que elas não prejudiquem outras pessoas (Pona, 2014, p. 127). Dessa forma, negócios biojurídicos celebrados tem como fundamento esse princípio bioéticos, por isso é oportuno cita-lo. Todavia, é nítida a sua relação com a autonomia privada, enquanto esta trata de forma ampla de todas as questões privadas envolvendo a pessoa, no âmbito jurídico, a bioética apresenta um princípio, que não tem efeito jurídico, contudo, apresenta os mesmos conceitos existentes no âmbito jurídico, mas voltado para o âmbito médico. Esse princípio, assim como os demais princípios bioéticos, é muito importante, porque, conforme já salientado, o Direito nem sempre consegue alcançar as mudanças sociais, e a existência de um princípio norteador de condutas que envolvem os profissionais da saúde resguardam ainda mais o ser humano.

Um exemplo de negócio biojurídico que pode ser analisado é a diretiva antecipada de vontade. Essa diretiva é um documento

<sup>4</sup> Há três princípios bioéticos que surgiram na década de 1970 por meio do *Belmont Report* que são: autonomia, beneficência (dele decorre o princípio da não maleficiência) e justiça (Diniz, 2008, p.14).

no qual o paciente expressa quais os tratamentos que aceita se submeter e quais não aceita, se estiver impossibilitado de expressar a sua vontade no futuro, e também como deseja ser tratado. Segundo Éverton Willian Pona (2014, p.137), as diretrivas formam um negócio jurídico, porque hoje negócio não está mais centrado em aspectos patrimoniais, e sim existenciais, tendo a própria autonomia privada se ampliado para autodeterminação.

Segundo Éverton Willian Pona, (2014, p.137-138), a doutrina especializada caracteriza a diretiva como um negócio jurídico: unilateral, gratuito, revogável, personalíssimo. Unilateral quer dizer que não precisa da concordância de outra parte para fazê-lo, apenas é necessário a expressão da vontade pelo paciente, segundo o Conselho Federal de Medicina, a manifestação da vontade poderia ser por meio de anotação no prontuário do paciente, sem necessidade de um documento específico. A gratuitade está relacionada ao objeto do negócio que é a pessoa e a sua vida, assim, tendo em vista a dignidade, não pode haver remuneração econômica. A terceira característica, revogável, torna, obviamente, possível com que o paciente revogue a diretiva, caso mude a sua opinião. Tendo em vista a posição do Conselho Federal de Medicina sobre a confecção da diretiva, a alteração das disposições poderia então ser realizada por uma anotação no prontuário, todavia, destaca-se que isso gera diversas discussões que não são objeto do trabalho. Por fim, ser personalíssimo, porque envolve o desenvolvimento da personalidade do paciente, assim, apenas o paciente tem a capacidade para realizar a diretiva.

Assim, Éverton Willian Pona (2014, p. 139) afirma que o fundamento das diretrivas antecipadas de vontade serem

um negócio jurídico está na autonomia privada em situações existenciais, que no caso envolvem a vida, à saúde e o corpo do paciente.

Isso ilustra bem como hoje é possível a existência de negócios jurídicos existenciais e biojurídicos

## CONCLUSÃO

Após analisar as transformações sofridas no contexto internacional e no Brasil sobre os negócios jurídicos, passando de uma visão oitocentista para uma visão contemporânea, pode-se observar como esse instituto se transformou ao longo dos anos, e essa evolução está intimamente relacionada com as mudanças que a sociedade passou, graças aos avanços científicos, biológicos e tecnológicos.

Também não pode esquecer que a visão do mundo também mudou, passando a se preocupar mais com o ser humano, esquecendo-se, de certa maneira, da propriedade. Assim, a mudança do eixo central dos ordenamentos jurídicos do *ter* para o *ser*, também foi essencial para essa nova visão de negócios jurídicos, e obviamente, essa preocupação com o homem está diretamente relacionada com as mudanças ocorridas.

Assim, hoje pode-se falar em negócios jurídicos existenciais e em negócios biojurídico, quando envolverem situações jurídicas existenciais e, mais especificamente no caso do segundo, o corpo e a saúde da pessoa. Podem ser citados para tipos desses negócios, destacando em muitos casos o papel do Biodireito para auxiliar na regulamentação, como por exemplo a diretiva

antecipada de vontade, doação de óvulo, gestação de substituição, entre outros.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 3. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos da personalidade. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**- autonomia privada e situações jurídicas existenciais (e-book). Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacompileado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.129. v. 1.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Os direitos da personalidade em defesa do embrião pré-implantado: a autonomia corporal. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**- autonomia privada e situações jurídicas existenciais (e-book). Curitiba: Juruá, 2016.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**- autonomia privada e situações jurídicas existenciais (e-book). Curitiba: Juruá, 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**- autonomia privada e situações jurídicas existenciais (e-book). Curitiba: Juruá, 2016.

NICOLAU, Noemí Lídia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño. **Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, v. 16, 2003.

ONU (1948) . **Declaração Universal do Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948, Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTERIE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PONA, Éverton Willian. **Autonomia Prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais**: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. 2014. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 19 maio 2017.

ROBERTI, Maura. **Biodireito**: novos desafios. Porto Alegre: safE, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4<sup>a</sup> ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2006.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro” – Da bioética ao biodireito – Temas Polêmicos, legislação atualizada, Projetos de Lei**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.





# **BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A MÍNIMA INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUCESSÓRIAS POR MEIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**

Arthur Lustosa Strozzi  
Daniela Braga Paiano  
Isabela Nabas Schiavon

## INTRODUÇÃO

A transformação dos modelos familiares acarretou a mudança paradigmática do reconhecimento constitucional de novas entidades familiares, sob a ótica da repersonalização do Direito Civil. Diante disso, pode-se observar que houve uma ampliação do conceito de família para outras conjunturas anteriormente não tratadas de modo expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que passassem a ser reconhecidas como relação jurídica as mais recentes configurações de entidades familiares, com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana.

Em face dos novos modelos de família é que se entende que não se pode classificá-la de maneira permanente e inalterável, visto que a família é entidade *sui generis*, sendo tutelada pela Constituição como base da sociedade, o que implica em reconhecer

que os indivíduos que compõem o núcleo familiar também devem ter os seus interesses protegidos no ordenamento jurídico.

As famílias contemporâneas passam a contemplar, para além do escopo afetivo-eudemonista, o aspecto da autonomia e liberdade tanto nas suas relações familiares, quanto nas suas disposições sucessórias, demandando a observação das relações jurídicas contemporâneas sob o aspecto da contratualização.

Nesse contexto, a reflexão se volta para ingerência estatal nos espaços de autonomia no âmbito do Direito de Família e Sucessões, mais especificamente sobre os interesses individuais relacionados à liberdade do exercício da vontade.

Diante dessa conjuntura, o estudo tem como objeto a análise o Direito de Família e Sucessões sob a ótica negocial. Dessa forma, o problema da pesquisa fundamenta-se em investigar se a normatividade jurídica hodierna recepciona os anseios e vontades dos indivíduos no que tange à contratualização das suas relações familiares e sucessórias.

A pesquisa apresenta relevância na medida em que se coaduna com o cenário atual das aspirações dos indivíduos no desejo de reger a sua vida privada, tanto em sua estrutura familiar, quanto nas consequentes implicações sucessórias. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação dos negócios jurídicos ao Direito de Família e Sucessório, a fim de compreender a extensão da autonomia privada e a interferência estatal no âmbito das relações jurídicas de família e sucessões. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a

hipóteses concretas. A problemática da pesquisa será desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória.

## **1 RELAÇÕES FAMILIARES E SUCESSÓRIAS CONTEMPORÂNEAS: NEGÓCIOS JURÍDICOS, AUTONOMIA PRIVADA E AMÍNIMA INTERFERÊNCIA DO ESTADO**

A Constituição de 1988 posicionou a pessoa humana na centralidade no ordenamento jurídico, ampliando os espaços de liberdade para realização mútua do casal, com escopo nos princípios da igualdade e da solidariedade familiar e possibilitando a exteriorização do projeto familiar em sua realização patrimonial e pessoal.

A compreensão do direito civil na legalidade constitucional nas relações familiares e sucessórias passou a ser a perspectiva adotada na solução de demandas desses universos, tendo em vista as transformações havidas no interior das famílias. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p. 7), a Constituição da República de 1988 “representa o marco fundamental do novo modelo familiar, tendo ela dado o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, seja no que diz respeito ao estabelecimento da igualdade, seja no que tange à garantia da liberdade e à imposição da solidariedade”.

A Constituição de 1988 passou a garantir proteção constitucional à união estável (art. 226, §3º), à família monoparental (art. 226, §4º); à igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, §5º); à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio, independentemente de culpa (art. 226, § 6º) e ao planejamento familiar,

fundado na dignidade da pessoa humana, como livre decisão do casal (art. 226, §7º).

Isso porque, houve uma transformação da família instituição para a família voltada para a centralidade da pessoa humana, tendo como função principal a realização existencial dos seus membros, de modo que a alteração substancial de uma situação jurídica deve necessariamente conduzir uma releitura do fenômeno jurídico à luz dos novos valores adotados, portanto, tendo a Constituição passado a refletir alguns dos anseios das novas famílias.

Em complementariedade, Dimitre Braga Soares de Carvalho (2021, p. 334-335) afirma que a constitucionalização do Direito Civil não implica em apenas conferir superioridade hierárquica à constituição, a fim de designar os contornos do ordenamento jurídico “mas antes de tudo, permite uma reinterpretação dos velhos institutos e conceitos do direito privado, na busca da concretização dos mais preciosos valores e preceitos constitucionais”.

A maneira como cada família deseja desenvolver as suas aspirações comuns e a forma como os casais desejam construir sua relação conjugal implica, hodiernamente, em uma discussão sobre os limites da intervenção estatal na esfera familiar e sucessória. Nesse sentido, a privatização da família e a limitação da intervenção do Estado nas relações familiares e sucessórias tornou a utilização do negócio jurídico um importante instrumento para tutela da autonomia e autodeterminação da vida privada.

Com o intuito de oportunizar um maior entendimento sobre os limites e possibilidades legais da realização de negócios jurídicos que envolvam as relações familiares e sucessórias, pressupondo a lógica contratual, passa-se a dispor sobre a teoria geral dos negócios jurídicos e os seus planos de existência, validade e eficácia.

O negócio jurídico pode ser estudado sob três perspectivas, quais sejam: voluntarista, objetivista e estruturalista. No entendimento voluntarista de Francisco Amaral (2018, p. 465) o negócio jurídico, enquanto instrumento à serviço da autonomia privada e, tendo o contrato como seu símbolo, consiste na própria “declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece”. Desse modo, tem-se admitido uma bipartição do conceito de negócio jurídico em dois elementos, quais sejam: “(a) uma vontade particular dirigida à produção de determinados efeitos, com o que as pessoas regulam seus interesses; e (b) o reconhecimento, pelo sistema legal, do poder que os particulares têm de regular, assim, os seus interesses (autonomia privada)” (AMARAL, 2018, p. 466). Nesse sentido, na visão da teoria voluntarista, o negócio jurídico é tido como lei entre partes que o compõem, como “uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos” (ROOPPO, 1947, p. 49).

Outrossim, insta pontuar as perspectivas negociais a partir de uma visão objetivista, expressa pela teoria preceptiva de Emilio Betti e normativista de Luigi Ferri. Segundo a teoria preceptiva de Emílio Betti (2008, p. 88) “o negócio é um ato que ora consiste numa declaração, ora num simples comportamento”. Assim sendo, por corresponder o negócio a um fato

social, enquanto a autonomia representa um fenômeno social, compete ao negócio jurídico a satisfação daquela exigência de recognoscibilidade que orienta a vida social; em outras palavras, “deve ser um fato socialmente reconhecível” (BETTI, 2008, p. 89).

Betti (2008, p. 275-276), pois, reconhece o negócio jurídico como simples produto da autonomia privada, de relevância jurídica como qualquer outro ato valorado pelo direito objetivo, entretanto, não o julga fonte de direito, tampouco norma jurídica.

Por outro viés, na teoria normativista de Luigi Ferri (2001, p. 27), defende-se que ao considerar a autonomia privada como poder dos particulares de criar normas, vislumbra-se a relação entre autonomia e negócio jurídico, de tal sorte que este é manifestação daquela. Portanto, o negócio jurídico assim como a lei, é fonte normativa, eis que “el negocio no es, a mi parecer, un fenómeno social que después se convierte en jurídico, sino un fenómeno jurídico que, como cualquier otro fenómeno jurídico, tiene una importancia social. La intersubjetividad del derecho no es más que la consecuencia de su intrínseca socialidad” (FERRI, 2001, p. 68).<sup>1</sup>

Sob outra perspectiva, Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 02) busca trazer a definição de negócio jurídico buscando revelar a sua estrutura, diversamente de outros autores que vão definir negócio jurídico com preponderância na sua gênese ou função. Portanto, faz uma crítica a esses dois tipos de definição

<sup>1</sup> Tradução livre: “O negócio não é, a mim parece, um fenômeno social que depois se converte em jurídico, mas um fenômeno jurídico que, como qualquer outro fenômeno jurídico, tem uma importância social. A intersubjetividade do direito não é mais que a consequência de sua intrínseca sociabilidade”.

e vem a definir negócio jurídico sob uma visão essencialmente estrutural. Aduz, em uma perspectiva estrutural, que o “negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto” (AZEVEDO, 2002, p. 16).

Enquanto categoria, o negócio representa a hipótese de fato que se traduz em uma “manifestação de vontade” seguida de determinadas circunstâncias que fazem com que essa manifestação seja visualizada, socialmente, como dirigida à produção de efeitos. Como fato jurídico concreto, por seu turno, o negócio consiste em uma “declaração de vontade”, cujos efeitos “queridos” são atribuídos pelo ordenamento, “respeitando os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, 2002, p. 16).

Nessa lógica, o negócio se desprende da concepção de ato de vontade do agente para ilustrar uma vontade qualificada, visto que “o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como declaração de vontade do agente” (AZEVEDO, 2002, p. 21).

Independentemente da visão adotada, é inconteste o fato de que o negócio jurídico corresponde a um “fato histórico e a uma categoria lógica”, conforme defende Francisco Amaral (2018, p. 472-473), eis que no decorrer dos tempos vem sofrendo uma série de alterações, à medida que se injetou olhar social sobre essa estrutura privada, seja com a passagem do sujeito abstrato e genérico para a figura da pessoa, seja pela previsão do instituto da autodeterminação, diante da possibilidade de interesses existenciais.

À vista disso, a despeito da corrente adotada, denotam-se os planos do negócio jurídico. Conforme aduz Pontes de Miranda (2012, p. 23), idealizador da *escada ponteana*, “o fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel, etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam”.

Assim, de um modo geral, o plano da existência seria a base da qual decorrem as demais situações que eventualmente acontecem no mundo jurídico, ficando “circunscrito a saber se o suporte fáctico suficiente se compôs, dando ensejo à incidência” (MELLO, 2008, p. 102). Logo, corresponde ao plano do *ser*, não se preocupando com a invalidade ou eficácia de um fato jurídico, podendo ser este lícito ou ilícito. Os pressupostos de existência seriam: agente; vontade; objeto e forma.

Quanto ao plano da validade, Marcos Bernardes de Mello (2008, p.104) pondera que os requisitos de validade são aplicados apenas aos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos<sup>2</sup>, correspondendo ao espaço de análise da: capacidade do agente; liberdade da vontade; licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto e adequação das formas, incluindo a manifestação de vontade livre como um requisito para a validade do negócio jurídico, que deve se dar livre de vícios.

2 O ato jurídico *stricto sensu* é o ato pelo qual a vontade do interessado, o elemento volitivo, em conjunto com o a concretização de um fato jurídico, resulta efeitos previamente estabelecidos na norma jurídica respectiva, portanto, os efeitos independentem da vontade do interessado, sendo *ex lege*. O negócio jurídico é o ato no qual o efeito jurídico dele decorrente é desejado pelo interessado, isto é, os efeitos são queridos pelo interessado, diz-se *ex voluntate*.

Relativamente ao plano da eficácia, este corresponde ao espaço para produção de efeitos do negócio jurídico. Verifica-se se há algum elemento accidental, condição ou termo, que impeça o negócio jurídico de produzir os seus efeitos e se tornar eficaz de pronto (MELLO, 2008, p. 105-106), caso contrário os efeitos do negócio são produzidos a partir do momento da contratação.

Tais planos de existência, validade e eficácia devem ser observados na análise da viabilidade dos negócios jurídicos que são realizados visando a efetivação da vontade dos indivíduos nas suas relações familiares e sucessórias e, portanto, as anulabilidades, nulidades e ineficácia negociais integrantes da teoria geral da legislação civilista verificam-se como balizadoras de todos os contratos que tenham como objeto temas de Direito de Família e Sucessões.

Pensar na ampliação do espaço de atuação do indivíduo sobre a destinação do seu patrimônio no Direito Sucessório e sobre como deseja concretizar o seu planejamento familiar, implica em examinar a interferência estatal nas relações privadas.

Nos termos do art. 1.513 do Código Civil é proibida a interferência de qualquer pessoa, de direito público ou privado, na comunhão de vida instituída pela família, de modo que é assegurada à família a regulamentação dos seus próprios interesses no livre exercício da sua autonomia privada, sendo essa limitada apenas quando violar direitos de terceiros (TARTUCE, 2022, p. 42). Há, portanto, a consagração da proteção à privacidade familiar, somente permitindo exceções se a intervenção for feita pelo Estado, em tutela aos direitos fundamentais dos participantes da família. Logo, “a liberdade é um dos mais importantes princípios do Direito de Família e realçada no

atual Código Civil ao vedar qualquer forma de imposição ou restrição na constituição da família” (CARVALHO, 2009, p. 13).

O princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, além de estar previsto na legislação específica, encontra-se disposto na Constituição Federal, no artigo 226, §7º, que dispõe que: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988). Isso significa que cabe ao Estado intervir nas relações familiares apenas para fornecer tais recursos, bem como em situação de violação de direitos. Ressalta-se que a Constituição também garante a liberdade ao indivíduo por meio do rol de direitos e garantias dispostos no seu artigo 5º.

Diante desse cenário aduz-se que a mínima intervenção estatal seja admitida como prerrogativa fundamental para efetivação da vontade do sujeito e da preservação da sua autonomia privada. Isso porque, “de liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei” (MADALENO, 2022, p. 132).

Destarte, a ingerência do Estado nos espaços da vida privada, para além da esfera da liberdade patrimonial, influencia também a autonomia existencial, compreendida como um aspecto da dignidade humana orientada à realização de valores extrapatrimoniais para o desenvolvimento pleno da personalidade (TEIXEIRA, 2019, p. 35-38), inclusive no que

tange a comunhão integral de vida na constituição da família e de seus efeitos sucessórios.

Para Stéfano Rodotá, existe um verdadeiro espaço de “indecibilidade para o legislador” em que somente o indivíduo tem legitimidade para legislar, por se tratar de questões muito intrínsecas a personalidade da pessoa (RODOTÁ, 2008). Diante disso é que se defende nesse estudo a compreensão da inviolabilidade da intimidade da família pelo ordenamento jurídico, isto é, da mínima intervenção estatal nas relações familiares e sucessórios.

Dessa forma, o Estado não deve intervir em aspectos da vida privada que dizem respeito somente a vontade da pessoa, como expressão mais pura da sua dignidade, de modo a possibilitar que busquem a sua própria felicidade no modelo familiar que deseja viver, isso porque o princípio constitucional da liberdade autoriza o livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar (ROSA; MOREIRA ALVES, 2023, p. 154-155). Afinal a família é espécie de Direito Privado e não de Direito Público e no direito de família mínimo deve prevalecer, como regra geral, o exercício da autonomia.

Ademais, Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves (2023, p. 155-156) afirmam que em razão do princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família, “a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *última ratio*, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família”, devendo a atuação do Estado se limitar a fiscalização das interações familiares e sucessórios e a eventual intervenção quando envolver abuso de

direito ou sujeitos de direitos por ele especialmente protegidos em razão da sua vulnerabilidade.

## **2 ESPAÇOS PARA A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUCESSÓRIAS**

No âmbito da contratualização das relações familiares e sucessórias, o contrato é visto como um instrumento de ajuste que versa sobre a intimidade das partes, de modo que não deveria incidir imposição estatal sobre ele, dessa forma “a limitação da participação do ordenamento e da sistemática jurídica deverá ser limitada e compreendida tão somente como controladora e fiscalizadora da observância da dignidade, proteção de vulnerabilidades e ilicitude do ato contratado” (MARZAGÃO, 2023, p. 49-50). Desta forma, o presente estudo passa a analisar ambas no contexto dos negócios jurídicos envolvendo tais relações.

À luz dos paradigmas estabelecidos no direito civil na legalidade constitucional, percebe-se que as escolhas existenciais avançam na medida em que o indivíduo encontra-se posicionado no centro do ordenamento jurídico. A constitucionalização e a personalização do direito conferiram destaque às escolhas existenciais, uma vez que as situações jurídicas de diversas naturezas devem ser funcionalizadas para promover a realização dos seres humanos.

A Constituição de 1988 adotou o paradigma democrático para a estrutura familiar, buscando abolir qualquer forma de discriminação entre cônjuges ou filhos, e estabelecendo uma relação intrínseca entre direitos e responsabilidades, assim

como entre autoridade e democracia. Nesse sentido, ao tentar eliminar tais desigualdades, a Constituição desempenha um papel crucial ao assegurar tais igualdades, promovendo a autonomia individual e pressupondo a solidariedade entre os membros dos arranjos familiares, ao declarar que a família é a base da sociedade (art. 226, *caput*), reafirmando a presença da democracia dentro dela. As famílias democráticas, moldadas por diversas estruturas, são formadas por grupos de pessoas unidas por laços afetivos e recíprocos, orientadas para promover o pleno desenvolvimento da personalidade de cada membro. Uma família democratizada é aquela em que se respeita, incentiva e protege a dignidade de seus integrantes (MORAES; TEIXEIRA, 2021, p. 1-3).

Os negócios jurídicos podem e devem servir os arranjos familiares na busca da construção normativa própria de cada família, com base no diálogo e na busca pela realização de seus membros. Sabe-se que é fundamental estabelecer condições de paridade e simetria entre os integrantes dessa relação, para que seja possível preservar o equilíbrio essencial à manutenção de uma comunhão de vida afetuosa. Um ambiente saudável permite o melhor desenvolvimento da personalidade de cada componente desse núcleo familiar, para isso busca-se a preservação dos acordos celebrados e não regras heterônomas e interventivas do Estado.

No aspecto da conjugalidade, a intervenção do Estado tem se reduzido<sup>3</sup>, isso ascende a possibilidade dos casais, celebra-

3 Tal afirmação é consubstanciada em alguns exemplos, tais como, (i) a Lei nº. 11441/2017, que prevê a possibilidade de o casal proceder à separação ou o divórcio por meio de escritura pública no respectivo tabelionato de notas, desde que não haja litígio, nem interesse de incapazes; (ii) no estado do Paraná, em específico, o Pro-

rem negócios jurídicos – alguns clássicos, mas com uma nova roupagem ou modernos –, que podem ser vistos em alguns exemplos, (i) o contrato de paraconjugalidade, celebrado por duas pessoas casadas que buscam modular a conjugalidade, ao estabelecer direitos e deveres específicos e recíprocos, em busca de comunhão plena de vida, prescindido de forma, isto é, pode ser celebrado por instrumento particular, em especial, ante a privacidade dos cônjuges<sup>4</sup>; (ii) o pacto antenupcial, que antigamente possuía uma roupagem exclusiva de criação de um estatuto patrimonial para os futuros cônjuges, mas que hoje pode ser visto como um instrumento para modular cláusulas existenciais<sup>5</sup> e convenções processuais<sup>6</sup>; e (iii) o pacto pós-nup-

---

vimento nº. 318/2023 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, que permitiu o divórcio na modalidade acima transcrita, mesmo com filhos menores, desde que haja a regulamentação de direitos intransigíveis (p. ex. guarda, regime de convivência e alimentos dos filhos menores) no âmbito judicial; (iii) a Emenda Constitucional 66/2010, suprimindo do texto constitucional os requisitos temporais de concessão do divórcio, bem como afastou a necessidade de se provar a culpa para se decretar o divórcio. Ressalta-se que em novembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, após a promulgação da mencionada emenda, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico.

4 O crédito dessa modalidade contratual é atribuído a Silvia Felipe Marzagão, publicado no livro denominado “Contrato paraconjugal: a modulação da conjugalidade por contrato”. A autora defende a possibilidade de os cônjuges durante a constância do casamento estabelecer regras para modular a respectiva conjugalidade.

5 O Enunciado 635 do Conselho Nacional da Justiça Federal, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil (2018), estabelece que o pacto antenupcial pode conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem princípios da dignidade humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar. Em 2006, no Brasil foram celebrados 26.363 pactos antenupciais; em 2022, esse número subiu para 48.327 (ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL, 2022, p. 76).

6 Defende-se a possibilidade de inclusão de negócios jurídicos processuais no mencionado instrumento a permitir, se for o caso e vontade dos nubentes, pactuarem cláusula compromissória ou de mediação no contexto do divórcio litigioso. É possí-

cial, que permite a alteração do regime de bens do casamento, mediante autorização judicial, mas admite a inclusão de cláusulas existenciais para regulamentar questões que surgem durante a conjugalidade<sup>7</sup>.

Ainda no contexto das relações familiares, outros instrumentos negociais ascenderam nos últimos anos, destacam-se: (iv) o pacto de convivência, negócio jurídico formado por uma relação jurídica subjetiva, com núcleo na solidariedade familiar constitucional, que objetiva a autorregulamentação do relacionamento de integrantes de uma união estável, no plano patrimonial e existencial; (v) o pacto de coparentalidade, negócio jurídico atípico celebrado por duas pessoas capazes, cujo objeto é estabelecer cláusulas patrimoniais e existenciais para a geração, criação, manutenção, desenvolvimento de filho, sem a existência de vínculo afetivo entre os genitores, sendo que as cláusulas que envolvem direitos indisponíveis dependem de apreciação e homologação por parte do Poder Judiciário; e (vi) o contrato de namoro, negócio jurídico bilateral e declarativo, “no qual as partes que estão tendo um relacionamento afetivo acordam consensualmente que não há entre elas objetivo de constituir família” (XAVIER, 2023, p. 116).

No contexto do direito sucessório, os indivíduos, ao longo de suas vivências, acumulam um acervo patrimonial que, após

---

vel, também, a inclusão de um determinado número de sessões de terapia familiar ou aguardar a anuência de um especialista em desenvolvimento infantil dar o seu aval a respeito da capacidade do filho conseguir suportar, da melhor forma possível, o fim do matrimônio dos genitores.

7 Sugere-se a utilização do contrato paraconjugal para a celebração de cláusulas de maior intimidade, ante a desnecessidade da autorização judicial e a tutela da vida privada existencial, individual e familiar, sendo que a privatização da família pressupõe a defesa da liberdade dos seus membros.

a morte, será transmitido aos seus sucessores. Na maioria dos casos a sucessão não é planejada e ainda ocorre da forma como está disposta na ordem de vocação hereditária legal. Além disso, a sociedade contemporânea não está habituada a pensar na morte, tratá-la como algo iminente de acontecer, optando por deixar para pensar sobre ela no futuro, com a concepção de que é uma situação distante que não necessita de planejamento antecipado.

Todavia, há quem deseja exercer maior controle sobre a sucessão do seu acervo patrimonial, demonstrando uma postura mais ativa na destinação da sua sucessão patrimonial *post mortem* diversa daquela prevista em lei, seja para prevenir conflitos familiares, para preservação da atividade empresarial familiar, para destinar os bens àquelas pessoas que tem mais afeto ou pela preocupação de serem deixadas sem nenhum bem. Assim, “na hipótese de discordância das regras sucessórias contidas no ordenamento jurídico pátrio, cabe ao titular do patrimônio utilizar um dos mecanismos jurídicos que possibilitam o planejamento sucessório” (PAIANO; SGARBI, 2021, p. 51).

Pode-se dizer que o planejamento sucessório é um conjunto de atos jurídicos realizados de forma organizada, que objetivam a transferência de patrimônio de um indivíduo àqueles que escolheu como seus sucessores. Sob essa perspectiva, o planejamento sucessório valoriza a autonomia privada do indivíduo que em vida optou por escolher a maneira pela qual os seus bens seriam transmitidos quando do seu falecimento.

Para Rolf Madaleno (2015, p.196) planejamento sucessório é: “o exercício prático de uma atividade preventiva com a adoção de procedimentos realizados ainda em vida pelo titular da

herança com vistas à distribuição e ao destino de seus bens para após a sua morte". No mesmo sentido, conforme Daniele Chaves Teixeira (2019, p. 41), o planejamento sucessório "[...] permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte".

De acordo com, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce (2019, p. 88), planejamento sucessório "é o conjunto de atos e negócios jurídicos efetuados por pessoas que mantêm entre si alguma relação jurídica familiar ou sucessória, com o intuito de idealizar a divisão do patrimônio de alguém [...] procurando concretizar a última vontade da pessoa cujos bens formam o seu objeto". Assim, na elaboração do planejamento sucessório deve-se examinar qual o desejo do sujeito e seus objetivos com a sucessão patrimonial a fim de que se possa escolher o instrumento jurídico mais adequado para tanto, como por exemplo o testamento, a doação, o seguro de vida, a *holding*, o *trust*, o regime de bens e a renúncia da concorrência sucessória no pacto antenupcial.

No que tange ao pacto antenupcial, observa-se que é o instrumento jurídico de expressão da manifestação da vontade dos nubentes para com os efeitos do casamento, efeitos estes que irradiam quando do divórcio e quando da sucessão. Questiona-se, portanto, quais seriam os temas possíveis de serem nele abordados, bem como se seria possível além do estabelecimento de cláusulas patrimoniais, a inclusão de cláusulas extrapatrimoniais, relativas às relações pessoais advindas do matrimônio. O mesmo questionamento se aplica ao contrato de convivência nos casos em que a formação familiar se dá por união estável.

Quanto ao conteúdo, isto é, ao objeto do pacto antenupcial, admite-se que traga cláusulas diversas daqueles que tratarão do regime de bens, sejam de caráter existencial ou de caráter patrimonial (SCHREIBER, 2022, p. 383). Dessa forma, Maria Berenice Dias (2016, p. 505) afirma que “nada impede que os noivos disciplinem também questões existenciais, de natureza não patrimonial. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”. No mesmo sentido, o Enunciado nº 635 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal estabeleceu que: “o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar” (BRASIL, 2018).

Dentre as temáticas acerca das quais se discute a validade de cláusulas extrapatrimoniais no pacto estão: a indenização por violação de dever conjugal ou outras origens, a rotina doméstica, os métodos reprodutivos no planejamento familiar, a religião da prole, a destinação dos embriões, a guarda e a convivência em caso de separação do casal, a guarda do animal de estimação, a nomeação de tutor, a realização de negócios jurídicos processuais, dentre outras cláusulas condicionais. No que tange às cláusulas patrimoniais, citam-se: a estipulação de um importe a título de pensão alimentícia, a doação de um bem e a confissão de dívida, por exemplo.

Gustavo Tepedino (2008, p.14) entende “inexistir óbice para o ajuste de matéria extrapatrimonial, sendo essa a legítima vontade das partes”, isso porque “[...] torna-se imperiosa a incidência dos

princípios informadores da autonomia privada na legalidade constitucional, de modo a conciliar a liberdade individual com a tutela dos valores existenciais que especialmente na comunidade familiar, devem ser preservados e privilegiados” (TEPEDINO, 2015, p. 496). Assim, somente autoriza-se o afastamento das cláusulas firmadas pelo casal quando regulamentar direitos indisponíveis, tais como a autoridade parental, à solidariedade conjugal e o dever de mútua assistência (TEPEDINO, 2008, p. 10), por tratarem de conteúdo irrevogável.

Paulo Lôbo (2023, p. 165) aponta algumas cláusulas de caráter patrimonial que não podem ser acordadas no pacto antenupcial por implicarem na sua nulidade, quais sejam: a estipulação do início da eficácia do regime de bens para um período posterior a data do casamento; o impedimento do cônjuge de administração de seus bens particulares; a vedação do cônjuge de reivindicar a venda de um imóvel sem a sua anuência; a dispensa da autorização do cônjuge para prestar fiança; e a permissão de venda ou doação unilateral dos bens comuns sem a autorização do cônjuge.

Dessa maneira, o princípio da mínima intervenção estatal no Direito de Família justifica a possibilidade de os nubentes ou conviventes fazerem acordo sobre disposições tanto patrimoniais, quanto extrapatrimoniais, de cunho subjetivo, desde que não sejam contrárias à disposição de lei (art. 1.655, CC). Nesse sentido, pactuar cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais é um reflexo da autonomia privada e da autodeterminação dos indivíduos no Direito de Família, naquilo que tange a sua vida privada.

Na conjuntura do Direito Sucessório deve-se levar em consideração que a disposição do patrimônio sucessório, para além de tutelar a autonomia no que tange a destinação patrimonial dos bens, também abrange a autodeterminação, que vem a ser o aspecto existencial da vontade dos entes familiares em planejarem a sua estrutura e desenvolvimento familiar da maneira com que possam satisfazer os seus anseios pessoais na concretização da família contemporânea, voltada para plena realização dos seus integrantes.

A atuação do Estado deve se limitar a fiscalização das interações familiares, sendo a intervenção resguardada para as situações em que houver abuso de direito ou violação de norma de ordem pública. Outrossim, as disposições fixadas pelas partes nos contratos de família e sucessões devem observar os pressupostos e requisitos estabelecidos pela teoria geral do negócio jurídico, bem como devem observar os princípios da igualdade e da solidariedade familiar advindos do Direito de Família e Sucessório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas análises realizadas acerca das transformações dos modelos familiares e de sua influência na configuração do Direito Civil, tornou-se evidente que houve uma mudança paradigmática no reconhecimento constitucional de novas entidades familiares. A repersonalização do Direito Civil emerge com um reflexo desse processo, destacando a ampliação do conceito de família para abranger novas configurações

antes não expressamente contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As famílias contemporâneas, além do aspecto afetivo-eude-monista, passam a incorporar a autonomia e as liberdades nas relações familiares e sucessórias. Isso conduz à necessidade de observar tais relações sob a perspectiva dos negócios jurídicos. Diante desse cenário, a pesquisa direcionou sua atenção para o Direito de Família mínimo e sob à ótica negocial, buscando investigar se a normativa jurídica atual possui instrumentos para funcionalizar e promover a realização de seus membros.

A pesquisa analisou também negócios jurídicos e suas respectivas cláusulas no contexto do direito sucessório. Observou-se que há uma crescente conscientização sobre a importância do planejamento sucessório, que é composto por diversos atos jurídicos, permitindo que o indivíduo determine a forma como seus bens serão transmitidos, prevenindo conflitos familiares e preservando a continuidade de atividades empresariais, por exemplo.

Em síntese, a mínima intervenção estatal no Direito de Família e Sucessões justifica a celebração de acordos que englobam tanto aspectos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, refletindo a autonomia e autodeterminação dos indivíduos na construção de suas vidas familiares. A atuação do Estado deve ser limitada à fiscalização das interações familiares, intervindo apenas em casos de abuso de direito ou violação de normas de ordem pública. As disposições nos contratos de família e sucessões devem observar os requisitos estabelecidos pela teoria geral do negócio jurídico, além de pautar-se pelos princípios da igualdade e solidariedade familiar. Nesse contexto, a juris-

prudência evolutiva e a adaptação da legislação são essenciais para acompanhar as transformações sociais e as necessidades dinâmicas das famílias contemporâneas.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia provada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa. (org.). Direito Civil. **Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. **Cartório em números**. 2022. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2022/12/Carto%C81rios-em-Nu%C81meros-Edic%C81%A7a%C83o-2022.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2023.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 635 da VIII Jornada de Direito Civil**. 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1174>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituicao.htm). Acesso em: 05 fev. 2023.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. O direito de família na seara dos direitos humanos: a constitucionalização das relações afetivas como instrumento interpretativo para enfrentar as vulnerabilidades na sociedade contemporânea. In: GHILARDI, Dóris (coord.) **Tecnologias, famílias e vulnerabilidades: novos olhares no Brasil e no Exterior**. Florianópolis: Habitus, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. 2a. ed. atual., rev. e ampliar. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento Sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 5. *E-book*.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

MADALENO, Rolf. Planejamento Sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Contrato paraconjugal**: a modulação da conjugalidade por contrato. Teoria e prática. Indaiatuba: Foco, 2023.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. 1. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 135-160.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, São Paulo, IOB Thomson, 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAIANO, Daniela Braga; SGARBI, Vivian Martins. Doação como forma de planejamento sucessório. In: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Marcos Alves da; CARDIN, Valéria Silva Galdino (org.). Direito de Família e Sucessões I. **Anais do III Encontro Virtual do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Direito das obrigações [Tomo XXIII]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no Direito Sucessório**: uma reflexão a partir da eficácia do regime de separação de bens. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODOTÁ, Stefano. **Politici, liberateci dalla vostra coscienza**. 2008. Disponível em: <http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>. Acesso em: 04 jun. 2023.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROOPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1947.

ROSA, Conrado Paulino da; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. **Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 5. *E-book*.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) et al. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regimes de bens no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 2. p. 5-21, 2008.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168/163>. Acesso em: 25 mar. 2023.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2023.





## **DA IMPUGNABILIDADE CLAUSULAR: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO CONTRATUAL**

Adiloar Franco Zemuner  
Maurício dos Santos Vieira

## DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O mundo vive em constante evolução!

Em face disso, as transformações mundiais que se verificaram nas áreas econômicas e sociais nos últimos séculos fizeram com que a área jurídica, igualmente, passasse por uma grande alteração e atualização, em especial, no que tange aos contratos em geral, uma das espécies de negócios jurídicos e dependentes da manifestação de vontades das partes, se desnudando, não integralmente, das estruturas romanistas obrigatoriais ancoradas no velho brocardo *pacta sunt servanda*<sup>1</sup>, do século XVIII para, com as vestimentas do dirigismo contratual, consequência da junção do direito civil-constitucionalizado, apresentando modernos princípios que, agregados aos clássicos, resultou

---

<sup>1</sup> Tradução livre: do latim: acordos devem ser mantidos.

um excelente traje contratual, com vistas à preservação da intensa relação negocial.

Assim, a evolução da sociedade que cada vez mais sedimentava a economia e, via de consequência, a vida social, fazendo surgir como mecanismos mais viáveis para o estímulo comercial, frente às modernas tendências dos mercados e, a reformulação dos contratos, ante a aplicabilidade do direito civil-constitucionalizado, inserindo por meio do legislativo civilista, as cláusulas gerais, cláusulas obrigatórias, mas, também, cláusulas abertas, as quais podem, por vezes, trazer vantagens especiais apenas para uma das partes contratantes.

A despeito dessa realidade contemporânea, jamais se deve deslembra a origem privatista da matéria em estudo. Por isso, quanto ao direito contratual, integrante do Direito Civil que tutela os ramos do Direito Privado e, sob a égide da Constituição Federal, que tem a finalidade precípua de apontar a direção com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana e à superação das desigualdades sociais, possibilita à uma das partes contratantes, prejudicada pela inserção de cláusulas não condizentes com a legislação, os usos do lugar e os bons costumes, impugná-las extrajudicialmente e/ou judicialmente, por meio de ação específica junto ao Poder Judiciário, que deve se manter flexível e atualizado.

Nessa linha de pensamento, a presente pesquisa tem como fundamento espantar os abusos verificados em cláusula contratual, enaltecedo a principiologia das relações negociais e, também, ressuscitando o velho brocado *rebus sic stantibus*<sup>2</sup>,

2 Tradução livre: do latim: estando assim as coisas.

demonstrando, por meio de decisões judiciais o verdadeiro e real equilíbrio contratual que, sempre, deve haver entre as partes contratantes, as quais têm seu enfoque na proteção do interesse social.

## 1 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

O ser humano é o centro, o *leitmotiv*<sup>3</sup> dos negócios jurídicos!

Na teoria geral dos negócios jurídicos, a doutrina apresenta a sua relevância para a vida social, porquanto resultante da atuação do ser humano, que gera em razão de sua vontade, os efeitos por ele desejados, desde que reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Na afirmação de Roberto de Ruggiero (1999, p. 25), os negócios jurídicos são “(...), manifestações humanas que têm o condão de criar efeitos jurídicos não previamente antecipados pela lei. Trata-se, aqui, dos negócios jurídicos”.

Antônio Junqueira de Azevedo (2010, p. 16) afirma que “(...), negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos”, podendo, por isso, inferir que há dois elementos a serem destacados, a saber: o primeiro, o negócio jurídico dependente das vontades opostas e declaradas das partes interessadas e, segundo, os efeitos pretendidos e esperados pelas partes interessadas devem estar regidos pela norma jurídica.

Vale ressaltar, a título de comento histórico que, a despeito da matéria negócio jurídico não ser tratada no direito romano e nem ser agasalhada pelo Código Civil dos Estados Unidos do

<sup>3</sup> Tradução livre: do alemão: motivo condutor.

Brasil – Lei n. 3.071, de 1ºJaneiro.1916, elaborado pela equipe do renomado Clóvis Beviláqua (1955, p. 198), que preferiu tratar dos Fatos Jurídicos, logo em seguida, como segmento desse, os Atos Jurídicos e, ainda, como disposição totalmente dissociada de seu rol elucidativo, encontra-se a figura dos Contratos, o mundo jurídico doutrinário sempre se preocupou em pesquisar, estudar, ensinar, escrever, discutir e aplicar os conhecimentos nas questões que o envolveram.

No entanto, os negócios jurídicos tiveram a sua ascensão, sendo elevado à condição de fatos jurídicos, somente com a equipe do ilustre Miguel Reale (1998, p. 9), ao apresentar as inovações imprescindíveis na nova legislação civilista, registrou que, para “(...), atender às novas contribuições da civilistica contemporânea no que se refere, por exemplo, à disciplina dos negócios jurídicos”, quando da elaboração do novo Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10.Janeiro.2002.

Os negócios jurídicos prescindem de elementos indispensáveis, sem os quais não haverá realização, quaisquer que sejam as suas espécies, mas, que neste trabalho, se preocupou com em abordar os contratos em geral e, em específico os agrários. Por isso, serão abordados os elementos constitutivos dos negócios jurídicos em geral.

## 1.1 Os Elementos Indispensáveis

Importante registrar que a validade dos negócios jurídicos prescinde de elementos essenciais para a sua realização, os quais, estão dispostos no Código Civil, a saber:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Antes de tratar dos requisitos acima elencados, será abordado um elemento que na prática mercadológica, tem sido adotado pela sociedade, qual seja, aproximação das partes contratantes, elemento não tipificado no Código Civil vigente, mas, muitíssimo adotado por inúmeros segmentos mercantis da sociedade, porquanto, oportuniza o conhecimento dos produtos ou mercadorias a serem negociados e/ou dos serviços a serem prestados, que são disponibilizados por uma das partes interessadas na realização do negócio jurídico.

Nesse sentido, os produtos e/ou serviços são apresentados e/ou demonstrados, por meio das maneiras mais simples às mais sofisticadas, isto é, por panfletos que são entregues nas vias públicas, ou distribuídos de casa em casa, ou enviados pelos Correios; por meio de divulgação pelos veículos de comunicação, ou pelas mídias sociais; por meio de feiras livres nacionais e internacionais, ou de congressos específicos, realizados naquele segmento.

Outro elemento trata-se do primeiro requisito disposto pela legislação civil, ou seja, a capacidade do agente, a qual é representada pelo sujeito de direitos e deveres perante a sociedade – a pessoa, qualquer pessoa, que no direito brasileiro são tipificadas em duas maneiras: a pessoa natural ou física e, a pessoa jurídica.

Ainda, para a realização dos negócios jurídicos a legislação brasileira exige, igualmente, como requisito de validade, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. Ora, pode-se afirmar que lícito é toda coisa que não se encontra contrária à ordem jurídica e aos bons costumes e, que são possíveis de negociação.

Por derradeiro, exige-se a forma solene para certas negociações estabelecidas na legislação, mas, regra geral, para a realização dos negócios jurídicos não são exigidas forma solene.

## 2 DOS CONTRATOS EM GERAL

Negócio jurídico é gênero, do qual o contrato é espécie!

A palavra contrato vem do latim *contractus* e, significa trato, ajuste, acordo, convenção, dentre outras, mas, juridicamente, pode-se conceituar como o negócio jurídico bilateral por meio do qual as partes, visando o atingimento de determinados interesses patrimoniais, ante a manifestação de vontades divergentes, estabelecem cláusulas e condições que se comprometem cumprir, em razão de um objeto e seu valor, bem como, definem prestações e obrigações recíprocas, criando deveres jurídicos principal.

Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo (2010, p. 1-3), ao tratar a respeito de contratos, leciona que:

A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende a sua gênese, ou à sua função; assim, ora o define como ato de vontade que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à formação do ato, à vontade que lhe dá origem

(autonomia da vontade), ora o define como um preceito (dito até mesmo ‘norma jurídica concreta’) que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra ordenadas, com o que atende, principalmente, ao caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (auto regramento da vontade).

Para a concretização do contrato, como uma das espécies de negócios jurídicos, torna-se elemento essencial, indispensável e estrutural à sua formação, ou seja, constitui a própria essência, dentro de suas características peculiares ao tipo de negócio entabulado, que as vontades devem ser exteriorizadas pelas partes contratantes, as quais José Abreu (1988, p. 45-46) afirma: “(...) objetivando obter efeitos práticos, na maioria das vezes de conteúdo econômico, por via da qual se deseja o estabelecimento de um vínculo que mereça a tutela do ordenamento jurídico”, demonstrando a sua relevância.

O autor supra continua afirmando que o relacionamento negocial “(...) é marcado e caracterizado pelo elemento volitivo humano e apresenta nítido cunho de satisfação dos interesses privados das partes envolvidas”, revelando que, a despeito das vontades opostas dos contratantes, os resultados são concordes, em razão da manifestação livre, autônoma e independente, o que levou o renomado Roberto Senise Lisboa (2010, p. 29), a registrar:

A vontade pessoal constitui-se em fonte da obrigação a partir da sua declaração livre e séria, que pode ser: uma declaração unilateral (...) ou uma declaração bilateral, gerando efeitos jurídicos a partir da convergência ou do acordo de vontades sobre a esfera de cada declarante.

Assim, como emerge das declarações divergentes de cada parte envolvida, apesar de resultados convergentes, o contrato tem o condão de criar para elas vínculos, representados por direitos e deveres que antes não existiam, tendo como objeto precípua, a consecução dos interesses privados de cada uma. Nessa relação contratual, pode-se constatar a influência do princípio da boa-fé que, a despeito de estar presente desde sempre, com a nova roupagem do direito civil-constitucionalizado, a sua participação tem sido de extrema relevância.

## 2.1 O Princípio da Boa-fé

Com uma gama de preceitos básicos da organização contratual, os princípios podem ser explícitos ou implícitos. Na legislação civilista, representada pelo Código Civil, constata-se o papel preponderante da boa-fé nele inserida, por cinquenta e sete citações, em especial, em três artigos, a saber: no Art. 113, quando trata da interpretação das normas, no Art. 186, quando trata do exercício do direito e, no Art. 422, quando trata da relação entre as partes contratantes, consoante seu teor: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da boa-fé está na ordem do dia-a-dia dos contratos!

Em razão dessa máxima, o princípio da boa-fé pode ser definido como o respeito que deve permear todas as relações negociais, cumprindo cada parte contratante o que fora estabelecido e acordado, na crença da existência de um comportamento pessoal normal e regular, quer seja no início, quer

seja na conclusão, quer seja na execução do contrato entre elas firmado. Nesse sentido, Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 80-81), registra que:

Em suma, na definição de boa-fé, a doutrina põe em relevo as noções de lealdade, honestidade, retidão de conduta e mútua confiança. De fato, para Gorphe, ‘a boa-fé, entendida especialmente como vontade leal ... é a alma das relações jurídicas’. Wieacker também se refere à honestidade e à manutenção da palavra empenhada. Para ele, a boa-fé reenvia ‘a uma elementar exigência pessoal de ética jurídica, isto é à virtude jurídica de manutenção da palavra, à confiança e à lealdade’.

Ainda, o mesmo autor registra em continuidade:

Hernandez Gil se refere ‘à coesão social, a consciência do dever, a honestidade, a retidão, a mútua confiança’. Por sua vez, Carbonnier utiliza referências a um ‘dever de honradez e probidade’ e coloca em relevo a importância da cooperação entre os contratantes e a vontade de não infringir o ordenamento jurídico.

É de se perceber que para o elenco de renomados doutrinadores acima referenciados, o princípio da boa-fé, presente nas relações contratuais, as partes contratantes devem respeitar as regras da moralidade e dos bons costumes, agindo corretamente entre elas, visando o atingimento dos interesses individuais pretendidos e almejados.

Mirian de Lourdes Bonizzoni, Kátia Cilene P.G. Alves e Marlene A. S. Bittencourt (2006, p. 150), ao escreverem sobre os princípios do negócio jurídico, assim se expressaram: “Sempre se tem a boa-fé no sentido de expressar a intenção pura

com que as pessoas realizam o negócio jurídico, certas de que estão agindo na conformidade do Direito, consequentemente protegidas pelos preceitos legais”.

Ademais, cumpre alertar neste momento que, no direito brasileiro, o princípio da boa-fé não tem sido adotado para a interpretação de contratos, a rigor das disposições trazidas pelos artigos do Código Civil, talvez, em face de seu conceito ser leve e amplo ao mesmo tempo. Ainda, nessa linha de pensamento, tem-se que dos princípios modernos trazidos pela equipe do professor Miguel Reale (1998, p. 6-8), um deles é o princípio da eticidade, o qual aduz que:

O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto.

O outro é o princípio da operabilidade, o qual aduz que:

O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado. Porque, no fundo, o que é que nós somos – nós advogados? Somos operadores do direito: operamos o Código e as leis, para fazer uma petição inicial, e levamos o resultado de nossa operação ao juiz, que verifica a legitimidade, a certeza, a procedência ou não da nossa operação – o juiz também é um operador do Direito; e a sentença é uma renovação da operação do advogado, segundo o critério de quem julga.

Ambos conferindo ao magistrado o poder de apreciação e de interpretação de cláusulas contratuais, que o levará, caso necessário, a declarar nulo ou anulável cláusulas incompatíveis

com o princípio em tela, ou a decidir pela revisão contratual, em face de situações enfrentadas por uma das partes contratantes que, por serem inesperadas ou imprevisíveis não pôde cumprir a sua parte na avença.

## 2.2 O Contrato Agrário

O Brasil é o celeiro do mundo!

Essa afirmação tem sua relevância quando, em matéria de negócios jurídicos, o contrato agrário se faz presente para ser a ferramenta utilizada pelos exploradores do campo, oportunizando aos brasileiros e, aos estrangeiros residentes no Brasil, com suas famílias, o desenvolvimento dessa atividade.

Rildo Mourão Ferreira e Érika Mourão (2020, p. 31-48) aduzem que:

O Brasil é considerado um dos maiores líderes mundiais na produção e exportação de vários produtos agropecuários, o que configura o agronegócio como o setor mais importante da economia nacional, um verdadeiro pilar no desenvolvimento e crescimento do país.

Cumpre registrar que o objeto do contrato agrário se materializa na propriedade agrícola, a qual se convalida na composição da terra, do capital e do trabalho, o que levou Imar Santos Cabeleira (1985, p. 11), a apresentar o conceito à espécie contratual em testilha, a saber: “Contratos agrários são aqueles que tendem a desenvolver a atividade agrícola mediante o cultivo ou a base da produção da terra”.

Referidos contratos são regulados, especificamente, pelo Estatuto da Terra – Lei n. 4.504/1964 e, por seu Regulamento – Decreto n. 59.566/1966, os quais dispõem a respeito das espécies tipificadas: o arrendamento rural e a parceria rural. No entanto, o Código Civil, dispõe em seu Art. 425, que: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”, por isso, há diversas outras modalidades contratuais agrárias atípicas, como: comodato rural, contrato de roçado, *leasing* agrário, contrato do fica, contrato de pastoreio, contrato de invernagem ou pastagem dentre outros, as quais são regidas no couber pelos institutos jurídicos agraristas e, subsidiariamente, pelo *Codex* civilista.

Assim, pode-se constatar que, nas legislações supra há a ingerência direta do poder estatal, em especial, visando a proteção do homem do campo, por ser ele a parte contratual menos favorecida – hipossuficiente e, em razão dessa necessidade, são obrigatórias e irrenunciáveis certas cláusulas contratuais, como: direito de preferência do arrendatário na alienação do imóvel por ele arrendado; direito à renovação contratual, o estabelecimento de prazos mínimos referente à exploração da terra, dentre outras.

### 3 DA IMPUGNABILIDADE CLAUSULAR

Os contratos devem ser firmados observando-se, sempre, a uma, os elementos indispensáveis à validade do negócio jurídico entabulado e, a duas, os princípios de probidade e de boa-fé, ambos estabelecidos, obrigatoriamente, no Código Civil (Art. 422), quer na fase inicial, na fase da conclusão e na fase de

execução. No entanto, há contratos que, mesmo com todas as orientações legislativas, ainda, são elaborados contendo cláusulas totalmente inadequadas, indevidas ou ilegais.

Em situações nas quais se verificam a existência de cláusulas contratuais que não se coadunam às disposições legais vigentes, anteriormente referenciadas e, em sendo desatendidas essas determinações legais, a parte contratante que se sentir prejudicada, poderá buscar os seus direitos, primeiramente, por meio de acordo extrajudicial.

Se não vingar a forma acima, torna-se necessária a impugnabilidade clausular contratual, pela via judicial, a qual tem como finalidade combater, com argumentos legais e irrefutáveis o teor de quaisquer cláusulas que não estão conforme à principiologia ditada para a consecução das relações jurídicas calcadas na ética dos negócios mercadológicos.

Por isso, quanto à essas cláusulas, Cláudia de Lima Marques (2003, p. 249-276) aduz que, podem ser nominadas de gerais, abertas, abusivas, impositivas, exonerativas e/ou limitativas, porquanto “(...) atingem a natureza do contrato, não atacam a primeira obrigação (...)”, mas atacam a sombra delas. Nesse sentido, a Corte Maior brasileira, atenta de longa data às discussões de cláusulas como as preditas, registrado pelo ilustre Anderson Schreiber (2018, p. 485-486), assim decidiu: o “Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 2.675, em Janeiro.1938”, cuja decisão do Pleno, “(...), reconheceu a possibilidade de revisão do contrato, com

vistas ao equilíbrio contratual”, sendo Relator Ministro Laudo de Camargo e Relator *ad hoc*<sup>4</sup> o Ministro Costa Manso.

Portanto, uma das partes contratantes, ao se deparar, eventualmente, com cláusulas contratuais que não atendem de maneira proba os limites mercadológicos estabelecidos pela sociedade, assim como, os princípios clássicos e modernos aplicados aos contratos em geral e os específicos para os contratos agrários, deve impugna-las, amparada no Art. 187, do Código Civil, batendo às portas do Poder Judiciário, que promoverá o equilíbrio necessário àquela relação jurídica negocial.

### 3.1 As Cláusulas Gerais ou Abertas

Com a modernidade singrando os mares das relações contratuais contemporâneas, inserindo no bojo do *Codex* civilista, as cláusulas gerais, torna-se indispensável, tecer alguns comentos e, Freddie Didier Jr. (2023, p. 71) afirma que a função dessas cláusulas é “estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas”.

Ora, entende-se por cláusulas gerais um texto normativo que não dispõe claramente o seu significado e, nem suas eventuais consequências jurídicas. Em outras palavras, a equipe da Magistratura Estadual – Grupo de Estudo (MEGE, 2023, p. 1), ensina que, as cláusulas gerais “compõem-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos, servindo como ponto de referência interpretativo para a aplicação de demais disposições normativas”.

---

<sup>4</sup> Tradução livre: do latim: para isso.

Ainda, referentemente às cláusulas gerais Judith Martins-Costa (2000, p. 28), aduz que:

(...) percebe-se o quanto multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca de seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isto, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sendo relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à técnica da casuística, que o seu perfil poderá ser traçado.

Contudo, se uma parte contratante imbuída na intenção de se beneficiar, ao elaborar o contrato que será firmado por ela e pela outra parte contratante mais frágil, redige determinadas cláusulas, com perfil multifacetário e conteúdo aberto, a fim de tirar proveito em alguma situação inesperada ou imprevisível no futuro, elas somente poderão ser equilibradas por decisão judicial, na qual, o magistrado, terá a árdua tarefa de aplicar os valores negociais e os princípios do direito civil-constitucional.

### 3.2 As Cláusulas Abusivas, Impositivas, Exonerativas ou Limitativas

Lado outro, referentemente às cláusulas supra, o ordenamento jurídico brasileiro possui duas legislações, no âmbito do Direito Privado, a estabelecerem características que as definem, sendo a primeira, a Lei n. 8.078, de 11. Setembro. 1990, nominada de Código de Defesa e Proteção do Consumidor e, a segunda, a Lei n. 10.406, de 10. Janeiro. 2002, que instituiu o Código Civil.

Nessa esteira, a douta Cláudia de Lima Marques (2002, p. 175-176) registra, quanto às cláusulas abusivas, ensinamentos que, com certeza, poderão ser estendidos às demais cláusulas em apreço, o seguinte: “(...), poderíamos afirmar, sucintamente, que cláusula abusiva é aquela que viola a boa-fé obrigatória das relações entre iguais (*ex vi* Código Civil) e entre desiguais (*ex vi* Código de Defesa do Consumidor) (...).”

Assim, tanto uma cláusula quanto as outras, em determinadas circunstâncias, poderão ser objeto de impugnabilidade contratual, por ação judicial específica, a ser promovida pela parte contratante que se sentir prejudicada e/ou lesada. Ainda, a autora Cláudia de Lima Marques (2019, p. 154-155) comenta que:

Essa renovação teórica do contrato à procura de equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de sociabilização da teoria contratual. É importante notar que esta sociabilização, na prática, se fará sentirem poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança de paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.

Pode-se afirmar então que, as disposições do Código Civil, ao determinar que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (Art. 113), tem-se nela o elemento externo ao sujeito, e assim deve ser invocada para interpretar as cláusulas contratuais que esse mesmo sujeito celebrou. Quanto a interpretação, José Carlos Moreira Alves (2003, p. 120) admite que

a boa-fé é “(...) algo exterior ao sujeito, vinculando-se ao dever de cooperação que se exige nas relações obrigacionais, e regra de interpretação que ora conduz a um resultado integrador das obrigações assumidas, ora a um resultado limitador delas”.

No entanto, repise-se, ainda é possível encontrar em meio aos negócios jurídicos, contratos com cláusulas gerais, ou abertas, ou abusivas, ou impeditivas, ou exonerativas, ou mesmo limitativas impostas por uma das partes contratantes à outra, geralmente, que se encontra em situação de vulnerabilidade. Nesse momento, não havendo qualquer condição de se entenderem extrajudicialmente, deverá promover a medida judicial pertinente, impugnando a referida cláusula, visando o equilíbrio contratual.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Terceira Turma, sendo Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, corroborando o presente estudo, ao julgar o REsp n. 1.447.082/TO – 2014/0078043-1, em 10. Maio.2014, assim decidiu:

RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL. DIREITO AGRÁRIO. LOCAÇÃO DE PASTAGEM. CARACTERIZAÇÃO COMO ARRENDAMENTO RURAL. INVERSÃO DO JULGADO. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIROS. DIREITO DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA TERRA EM FAVOR DE EMPRESA RURAL DE GRANDE PORTE. DESCABIMENTO. LIMITAÇÃO PREVISTA NO ART. 38, DO DECRETO 59.566/66. HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL. SOBRELEVO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL NO MICROSSISTEMA NORMATIVO DO ESTATUTO DA TERRA. APLICABILIDADE DAS NORMAS PROTETIVAS EXCLUSIVAMENTE AO

HOMEM DO CAMPO. INAPLICABILIDADE A GRANDES EMPRESAS RURAIS. INEXISTÊNCIA DE PACTO DE PREFERÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA INEXISTENTE.

1. Controvérsia acerca do exercício do direito de preferência por arrendatário que é empresa rural de grande porte. 2. Interpretação do direito de preferência em sintonia com os princípios que estruturaram o microssistema normativo do Estatuto da Terra, especialmente os princípios da função social da propriedade e da justiça social. 4. Proeminência do princípio da justiça social no microssistema normativo do Estatuto da Terra. 5. Plena eficácia do enunciado normativo do art. 38 do Decreto 59.566/66, que restringiu a aplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra exclusivamente a quem explore a terra pessoal e diretamente, como típico homem do campo. 6. Inaplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra à grande empresa rural. 7. Previsão expressa no contrato de que o locatário/arrendatário desocuparia o imóvel no prazo de 30 dias em caso de alienação. 8. Prevalência do princípio da autonomia privada, concretizada em seu consectário lógico consistente na força obrigatória dos contratos ('*pacta sunt servanda*'). 9. Improcedência do pedido de preferência, na espécie.

10. Recursos Especiais providos.

Portanto, as partes contratantes devem, primadas pelo respeito ao negócio jurídico que pretendem realizar, observar e cumprir as determinações legais e os princípios referentemente às cláusulas a serem elaboradas, sempre, de acordo com a tipificação contratual, assim como, objetivando atingir o propósito que fez com que elas se encontrassem e, nunca, jamais redigirem textos clausulares em benefícios próprios, sejam individuais ou empresariais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou os negócios jurídicos hodiernamente, ressaltando as influências que sofreu do Direito Romano, em razão do desenvolvimento social da humanidade, com enfoque nas alterações e atualizações da legislação civilística ao acatar as modificações principiológicas aos contratos em geral, levando as partes contratantes a observarem e cumprirem as cláusulas contratuais pactuadas.

Caso contrário e, a pedido da parte interessada, o Estado, por meio do Poder Judiciário, intervém e, obriga, por meio de sentença, que elas – cláusulas – sejam cumpridas, ou se houver abuso de direito, em razão de beneficiar a parte mais forte em detrimento da parte mais fraca, a cláusula poderá ser declarada nula ou anulável, permanecendo hígidas as demais, haja vista que o contrato, sem dúvida alguma, deve cumprir o seu objeto maior, que é a circulação de riquezas.

Registre-se, ainda, a existência de inúmeras possibilidades jurídicas, oportunizadas para que a parte contratante, ao se sentir prejudicada, busque a defesa e a proteção de seus direitos, em razão da destinação do negócio jurídico realizado e do interesse social. Em razão dessa prerrogativa, uma das ferramentas possíveis é a Ação de Impugnabilidade Clausular, visando o equilíbrio daquele instrumento contratual, em especial, ante o respeito, a probidade e a boa-fé que devem permear quaisquer relacionamentos negociais, atentando-se aos critérios de justiça social e igualdade.

## REFERÊNCIAS

ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

ALVES, José Carlos Moreira. **O novo Código civil brasileiro e o direito romano: seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico**. In: Franciulli Netto, Domingos; Mendes, Gilmar Ferreira e Martins Filho, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40956>. Acesso em: 23 nov. 2023.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizione Scientifihe Italiene, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 7<sup>a</sup>. ed., Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1955.

BONIZZONI, Mirian de Lourdes; ALVES, Kátia Cilene P.G.; BIT-TENCOURT, Marlene A. S. **O “Negócio Jurídico” no Código Civil e o Direito Romano**. Revista da Faculdade de Direito, v. 3, n. 3, São Paulo: Universidade Metodista de São Paulo, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de Setembro de 1916. **Código Civil dos Estado Unidos do Brasil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm).

Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de Novembro de 1964. **Estatuto da Terra**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Decreto n. 59.566, de 14 de Novembro de 1966. **Regulamento dos Contratos Agrários**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d59566.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) – **Resp n. 1447082 TO 2014/0078043-1**. T3 - TERCEIRA TURMA. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em: 10/05/2016. Publicação em: DJe 13/05/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/340014921/inteiro-teor-340014935>. Acesso em: 30 nov. 2023

CABELEIRA, Imar Santos. **Contratos de arrendamento e parceria rural**. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil. Les biens. Les obligaions.** 19 éd., v. II. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

DEDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento.** 25ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodim, 2023.

GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito Civil: elementos do direito.** V. 4, São Paulo: RT, 2012.

GORPHE, François. **Le Principe De La Bonne Foi.** Paris: Librairie Dalloz, 1928.

HERNANDEZ GIL, Antonio. **Derecho de obligaciones.** Madrid: Ceura, 1983.

LISBOA, Roberto Senise. **Código Civil de A a Z.** Parte II. Barueri-SP: Manole, 2008

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos: teoria geral e contratos em espécie.** São Paulo: Método, 2008

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4ª. ed., São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Das Cláusulas Abusivas e o Código Civil.** Anais do EMERJ, fev./jun. 2002 – Parte I, Rio de Janeiro: TJRJ, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 9ª. ed., São Paulo: RT, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: RT, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** t. III, 2<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MEGE – Magistratura Estadual - Grupo de Estudo. **TJSP: Qual a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado?** Disponível em: <https://blog.mge.com.br/tjsp-diferenca-clausula-geral-conceito-juridico/>. Acesso em: 23 nov. 2023.

MOURÃO, Rildo Mourão Ferreira e Érika. Contribuição da Política Agrícola Brasileira para o crescimento do Agronegócio. **Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas**, Portugal-PT, v.1, n. 2, p. 31-48, Ago./Dez.2020. Disponível em: [www.revistas.editoraenterprising.net](http://www.revistas.editoraenterprising.net). Acesso em: 30 nov. 2023.

REALE, Miguel. **VISÃO GERAL DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL.** Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1998, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil.** Campinas: Bookseller, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Saraiva Jus, 2018.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil. Direito das obrigações e teoria geral dos contratos.** 18<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé.** Madrid: Civitas, 1977.



# **A EXECUÇÃO NEGOCIADA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DA COLABORAÇÃO AO PLANO EXECUTIVO**

Paulo Henrique Guilman Tanizawa  
Luiz Alberto Pereira Ribeiro

## INTRODUÇÃO

O processo estrutural, mecanismo inserido no âmbito do processo coletivo, objetiva a reestruturação de uma instituição burocrática para reformular seu modo de atuação. Nesse contexto, é o funcionamento da estrutural que causa, permite ou perpetua a violação ao interesse da coletividade. Somente o redimensionamento da dinâmica de atuação que permitirá o realinhamento do funcionamento dessa estrutura.

A arquitetura do processo estrutural é identificada pela complexidade em contraposição à simples correspondência a uma forma específica de tutela quando da violação de um direito, pela prospectividade em contraposição à retrospectividade e o trato episódico do litígio, pela estrutura policêntrica e multipolar ao revés de um modelo bilateral com partes e interesses bem definidos e previamente identificados, pelo

protagonismo judicial e pelo perfil dialógico e colaborativo na construção da decisão judicial, ao revés do modelo tradicional de processo pautado nos limites da discussão e imposição da solução às partes.

O presente ensaio objetiva demonstrar a abertura do processo estrutural à colaboração e, destacar, a essencialidade do plano executivo conformado à luz de um perfil negocial.

## 1 POR UM MODELO EXECUTIVO COLABORATIVO

A morfologia do processo estrutural contempla a postura ativa do juiz (Chayes, 1976) e o caráter dialógico do processo como características de notável relevância. É inegável que um processo bem conduzido e um magistrado atendo à pluralidade de perspectivas veiculadas em seu bojo, contribuem para a melhor compreensão do fenômeno litigioso estrutural e para a efetivação do direito. Tradicionalmente, a execução é tida como atividade imperativa de interferência da função estatal na esfera jurídica e patrimonial do devedor até a plena satisfação do direito material da parte credora (Dinamarco, 1988). Na execução estrutural, contudo, a perspectiva da imperatividade não assume a mesma repercussão quando contrastada com a execução tradicional.

Se o protagonismo judicial é bem-visto como elemento catalisador na fase de conhecimento, no processo estrutural a implementação das medidas necessárias nem sempre comportam o mesmo *modus operandi*. Para Mark Tushnet, a implementação de decisões judiciais complexas exige uma supervisão judicial bastante rigorosa das operações, tarefa para

a qual alguns arguem que os juízes carecem de treinamento adequado. Para o autor, se os juízes complementarem suas próprias capacidades recorrendo a especialistas ou delegando sua autoridade aos auxiliares da justiça, como os *special masters*, estar-se-ia diluindo o componente especificamente judicial para a mera supervisão e, assim, reduziria a legitimidade de sua intervenção (Tushnet, 2011). Não é por outra razão que Russel Weaver apontou haver uma aparente inconsistência da reforma estrutural com a função judicial, exatamente em razão da necessidade e dos problemas de supervisão e acompanhamento das medidas (Weaver, 2004). Ou seja, não é incomum se cogitar a falta de habilidade e capacidade dos juízes – no mais das vezes, de modo não proposital – para lidar com situações complexas envolvendo organizações burocráticas e execuções complexas (Gismondi, 2018).

Notadamente, essa deficiência é decorrente da própria complexidade do litígio estrutural. Por tais razões, a diretriz do art. 6º do Código de Processo Civil, ao estabelecer um modelo de processo cooperativo, sobressai como importante inspiração para a execução no processo estrutural. A noção de cooperação do Código de Processo Civil é a de que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva. A cooperação fomenta a estruturação de uma comunidade de trabalho, que equilibra a participação dos sujeitos do processo e racionaliza os poderes concorrentes de partes e juiz no processo civil (Mitidiero, 2019). Usualmente as partes possuem parcela de interesses antagônicos e ao juiz é vedado manifestar interesse naquilo que julga, sob pena de violar o preceito da imparcialidade. Todavia,

como bem explicitado por Cassio Scarpinella Bueno, isso não significa que não exista outro tipo de interesse comum aos sujeitos processuais, “que é o de resolver a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da melhor forma possível, imunizando-a de ulteriores discussões” (B, 2012, p. 86).

Na doutrina portuguesa, a cooperação é retratada a partir de uma tríade de deveres a serem observados pelas partes e pelo juiz. Há um dever de *esclarecimento* que impõe ao magistrado conferir às partes as explicações sobre suas manifestações e postulações (Sousa, 1997), o dever de *prevenção* que estabelece a necessidade de o órgão jurisdicional prevenir as partes a respeito do uso inadequado do processo (Sousa, 1997), o dever de *auxílio* que indica a necessidade de auxiliar as partes na superação das dificuldades relativas ao cumprimento de seus ônus e deveres processuais ou no exercício de suas faculdades e direitos e, por fim, o dever do *consulta* às partes, situação em que o magistrado tem de dialogar com as partes antes de pronunciar suas manifestações e decisões (Sousa, 1997).

O mérito do modelo cooperativo está, nas precisas lições de Cassio Scarpinella Bueno, em “viabilizar um constante diálogo, uma verdadeira *conversa* entre os sujeitos processuais para que cada qual se desincumba da forma mais escorreita possível de seus deveres, direitos, faculdades, ônus e obrigações ao longo de todo o procedimento” (BUENO, 2012, p. 87). Essa formatação é plenamente aplicável à execução estrutural. Um modelo executivo cooperativo pressupõe fazer do ambiente processual um cenário de aproximação de visões distintas, em uma perspectiva dialógica, para que a técnica executiva eleita seja a mais efetiva possível. Isso pode resultar em desfechos

muito mais eficientes do que a imposição de uma visão unilateral do magistrado (Arenhart, 2020).

Em consequência, o caráter imperativo da execução passa a não ser fruto de imposição solitária do juízo, mas resultado de uma construção dialógica a respeito da aplicação das técnicas executivas. Como bem ilustrado por Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Franco Bahia,

(...) uma das dificuldades em se conseguir o cumprimento da decisão que trata de políticas públicas está em questões que fogem ao conhecimento do magistrado. Por mais que o magistrado se esforce, há questões técnicas, financeiras e burocráticas que apenas a Administração Pública domina e que deverão ser consideradas quando da definição do 'como' e 'quando' as políticas deverão ser implantadas (THEODORO JUNIOR, NUNES; BAHIA, 2013, p. 150).

Essa postura cooperativa minimiza os efeitos colaterais da implementação das medidas e torna a atividade jurisdicional mais efetiva e aderente à realidade relativa à reforma estrutural.

Por certo, é imperioso reforçar que a cooperação envolve todos os sujeitos do processo, sejam eles partes ou terceiros, além do órgão jurisdicional. A convergência de informações para a consecução de determinado objetivo é essencial para o sucesso da atividade executiva. Isso pressupõe a realização de audiências públicas, se necessário, a viabilização da intervenção de terceiros, interessados ou não, como o *amicus curiae*, para amplificar o debate relativo à implementação das medidas estruturais. Não necessariamente essa atividade deve culminar obrigatoriamente em uma medida negociada ou em um acordo.

Ainda que seja delineada pelo órgão judicial, a imperatividade do Estado-juiz estará presente e será conformada pela participação das partes e interessados. A premissa de que “em toda execução há invasão da esfera jurídica do executado” (ASSIS, 2018, p. 109), permanece hígida. Apenas a eleição do meio de ocorrência da invasão da esfera jurídica do executado é que se pautará em mecanismo mais participativo e menos impositivo.

Mark Tushnet comenta que, em interessante caso envolvendo invasores de prédios urbanos na África do Sul, ocupantes se apossaram de prédios impróprios para a habitação humana, os quais eram desprovidos do fornecimento de água potável e vulneráveis a incêndios. A despeito dos despejos solicitados, não para a tutela do direito do legítimo possuidor, mas para a proteção dos posseiros contra os riscos reais de acidentes, a Corte Constitucional daquele país, antes de prosseguir com os despejos, empenhou-se em discutir com aquela coletividade e demais interessados a possibilidade de fornecimento de água potável e proteção contra incêndios. O Poder Público Municipal, por fim, acabou por tolerar a permanência dos moradores no local e passou a fornecer água e serviços de bombeiros de emergência (Tuhnet, 2011), antes de prosseguir com as medidas de desapossamento.

Não se ignora que a adoção de medidas executivas coercitivas ou sub-rogatórias ensejariam a resolução do problema de ocupação ilegal. Todavia, diante da possibilidade de ocorrência de uma catástrofe – o que potencializaria a gravidade do conflito e, possivelmente, a repercussão negativa do caso – as perspectivas consideradas no debate e a postergação da realização do ato executivo, pouparam a atuação jurisdicional da inefetividade

e de críticas. Na lúcida avaliação de Mark Tushnet, nem todo diálogo entre litigantes, interessados e Poder Público resultará em progresso, podendo haver recalcitrância em todos os sentidos e, em algumas situações, o custo de eliminar as condições de risco de vida ou de fornecer alguns direitos mínimos podem ser excessivos (Tushnet, 2011).

Sobretudo, o modelo cooperativo aplicado à execução estrutural alarga as raias da previsibilidade, permite que o juiz e as partes tenham ciência dos pontos positivos e negativos de repercussão e potencializa a assertividade da atividade executiva. As perspectivas norteadoras pautadas nos deveres de auxílio, prevenção, consulta e esclarecimento, submetem a execução no processo estrutural ao modelo constitucional de processo, a um ambiente que agrega aos interessados a possibilidade de influir e contribuir com a atividade executiva. Não há qualquer distorção ou desprestígio da atividade judicante na adoção dessa perspectiva. Ainda que haja uma equalização na distribuição das atividades dos sujeitos processuais, o órgão judicial permanece pessoalmente envolvido na implementação de suas decisões e na perspectiva de orientação do planejamento das relações pós-julgamento com as partes. Não é por razão diversa que Owen Fiss destaca que a medida a ser implementada pressupõe um relacionamento longo e contínuo entre o juiz e a instituição, especialmente para fins de moldá-la visando a melhor efetividade (Fiss, 1979).

O modelo executivo colaborativo é exigência, permita-se a insistência, da premissa que a cognição judicial não se exaure com a fase de conhecimento. Por certo, a burocracia estatal e a complexidade das instituições não recomendam que esse

acoplamento seja realizado sem a participação das partes e dos interessados<sup>1</sup>.

Sob certo ponto de vista, o modelo colaborativo é uma possível resposta para as críticas à atuação jurisdicional nesse tipo de demanda. Alguns críticos evocam que a implementação das *structural injunctions* viola os critérios de separação de poderes, especialmente pelo fato de os juízes não possuírem aptidão administrativa e fiscalizatória das instituições, bem como pelo medo de que as determinações executivas possam implicar em gastos excessivos dos fundos públicos, desestabilizando as contas públicas (Eisenberg, 1980). Permitir que as questões executivas e que a técnica processual executiva sejam conformadas e identificadas mediante um procedimento colaborativo é capaz de reduzir essas críticas usualmente veiculadas (Arenhart, 2020).

## 2 O PLANO EXECUTIVO ESTRUTURAL

A coordenação dos atos materiais a serem realizados é um dos maiores desafios na implementação de uma reforma estrutural para a reorganização de uma estrutura burocrática. A adequada efetivação da medida somente assumirá a relevância e os efeitos esperados, se observar o arranjo de complexidade inerente à organização objeto da reforma. É usual que persista

1 “Resgatar a importância do espaço público processual, no qual todos os interessados possam participar do aprimoramento do sistema jurídico, pode representar a tentativa de redescoberta da importância dessa estrutura normativa contra a indiferença e a apatia (coletiva) política na qual os cidadãos (clientes não participantes) estão imersos, e que são geradas pelo argumento dos ‘manipuladores olímpicos do poder’ e pelos seus discursos tecnológicos de máxima eficiência prática e de diminuta repercussão social (cidadã)” (NUNES, 2012, p. 251).

uma série de atos dependentes, os quais necessitam de realização em momento adequado, conforme o grau de essencialidade e urgência clamado pela situação concreta.

Suponha que em uma situação hipotética, uma organização tenha a necessidade de alterações no âmbito administrativo e financeiro, na estrutura física dos prédios e no âmbito cultura operacional em virtude da baixa produtividade e incidentes de corrupção. A execução dos atos materiais nas respectivas áreas deverá ser realizada de forma escalonada, considerando, estrategicamente, as prioridades e importâncias. Esse programa de estipulação de um cronograma executivo é instituído a partir da elaboração de um plano.

O plano de execução consiste em um método de trabalho, uma forma de organização para lidar com a exigência da complexidade da reestruturação da organização. O plano apenas sistematiza e coordena a cadência dos atos materiais a serem implementados, considerando a sequência lógica e estratégica mais aderente às necessidades do caso concreto. A elaboração de um plano não é ideia genuinamente forjada para o processo estrutural. A necessidade de atos compassados é inerente a qualquer processo complexo. Exemplo mais comum, no âmbito ordinário, são os planos de recuperação judicial. Nessa oportunidade, promove-se a identificação dos ativos e passivos, estipula-se uma ordem de pagamentos, faz-se o perfilamento dos créditos e débitos existentes para, ao final, obter-se a reconstrução da sociedade empresária e o atendimento paulatino dos credores.

No processo estrutural, essencialmente na fase executiva, apesar da premissa ser a mesma, o plano deve ser elaborado

conforme as necessidades do caso concreto – e não por qualquer imposição legal –, eis que uma estratégia poderá ser útil para uma situação e, por circunstâncias do local, não ser efetiva em outro.

A elaboração do plano e sua implementação é um dos fatores de eficácia no processo estrutural. Na experiência norte-americana envolvendo o sistema escolar dual, Owen Fiss enfatizou que a qualidade da tutela buscada também deu origem ao conceito de “planejamento”, pois o sucesso da empreitada dependia das ações concretas propostas para futura implementação (FISS, 1974, p. 753). Em suma, o plano apenas rationaliza a operatividade das medidas identificadas, as quais serão implementadas mediante um *design* executivo previamente estabelecido. Como bem destacado por Chayes, há que ser realizado um esforço para traçar um programa para conter as consequências futuras de forma a acomodar toda a gama de interesses envolvidos (Chayes, 1976).

Para Edilson Vitorelli a elaboração de um plano de transformação estrutural é o pedido central no processo estrutural (2020)<sup>2</sup>. No entanto, se as mudanças estruturais são complexas e progressivas, não há como atribuir à fase de conhecimento, propriamente dita, a incumbência de suportar todas as discussões sobre a elaboração desse plano. Se o plano de reorganização institucional vai nortear toda a atuação sobre a instituição, é

2 “Desse modo, a melhor técnica para a elaboração do pedido parece ser o requerimento de elaboração e fiscalização de um plano que proporcione a mudança que o autor considera necessária, a partir do que for demonstrado na inicial. (...). Em resumo, a premissa geral é a de que o pedido, em uma ação estrutural, deve requerer a elaboração e implementação de um plano de reorganização institucional” (VITORELLI, 2020, p. 241).

mais aderente que essas questões sejam inerentes aos aspectos executivos. A rigor, o plano elaborado norteia a cadeia de atos executivos, ou seja, as alterações práticas no mundo sensível. As medias a serem realizadas são coordenadas a partir desse plano estratégico previamente formulado. Por tais razões, é verificável sua maior aplicabilidade no âmbito executivo.

A importância do plano de reestruturação está na sua aptidão de sistematização das ações a serem implementadas. O conteúdo do plano, a rigor, é de coordenar a atuação das medidas reorganizadoras da instituição, definir a forma de realização, incluindo, como bem destacado por Edilson Vitorelli, “as metas de curto, médio e longo prazo, indicadores para verificação do seu alcance e sujeitos responsáveis, da forma mais clara a objetiva possível”, bem como “definir as sanções, justificativas aceitáveis para o descumprimento e eventos que podem ensejar a repactuação” (VITTORELLI, 2020, p. 482). Nada impede, contudo, que o plano seja apenas parcial e que contemple apenas um dos contextos da reforma estrutural. É possível que seja delineado um plano específico para resolver a questão da gestão e administração e governança de boas práticas de uma instituição, mas, no âmbito das questões relativas à reforma da estrutura física, por serem mais simples, a mera determinação judicial com a identificação e especificação do que deve ser feito baste para satisfação da coletividade.

A abertura do processo estrutural à participação também pressupõe a colaboração dos diversos interessados para o delineamento do plano. Nesse sentido, Edilson Vitorelli enfatiza que a elaboração do plano deve ser realizada “em cooperação com os agentes responsáveis pela estrutura, com a sociedade

impactada pela sua atividade e com o juiz” (VITORELLI, 2020, p. 482). Essa abertura à participação é, sem dúvida, a materialização da premissa de que a execução no processo estrutural é monitorada e colaborativa. Assim, é possível a realização de audiências públicas, consulta à sociedade afetada, intervenção de *amicus curiae*, intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública – caso não estejam atuando na condição de autores da ação estrutural –, peritos e profissionais com conhecimento técnico na área, entre outros.

Por certo, a atuação do juiz nesses casos é eminentemente gerencial. Seja no acompanhamento da elaboração ou implementação do plano, a manifestação judicial é menos *inquisitorial* e mais *negocial*. Conforme o perfil delineado por Judith Resnik, o juiz gestor, ao invés de concentrar suas energias na centralização das decisões, passa a se reunir com as partes, desenvolver planos de litígio e obriga a obediência às suas novas regras de gestão, razão pela qual, possui mais planilhas de dados para análise, técnicas de gestão para observar e, cada vez mais, se atentar para as peculiaridades procedimentais e para a fiscalização do caso que atua (Resnik, 1982). Conforme dito, o plano é um instrumento de trabalho para nortear a atuação dos sujeitos que atuam no processo coletivo estrutural, o que o torna mecanismo hábil a ser implementado para auxiliar a atuação das fases de liquidação e cumprimento de sentença.

Comungando dos estudos de Edilson Vitorelli, é possível cogitar a elaboração do plano pelo próprio réu responsável pela gestão da instituição, por um terceiro imparcial, por um administrador ou interventor judicial ou por uma entidade específica. Atribuir a incumbência de elaboração do plano de

reorganização ao réu responsável pela gestão da instituição, cinge-se na possibilidade mais usual e reduz a possibilidade de insucesso da reforma institucional. Isso ocorre, pois: a) preserva as competências do gestor, minorando as críticas relativas à invasão de autonomia na administração da coisa pública, b) contempla o aproveitamento dos conhecimentos do gestor sobre o funcionamento da instituição, a partir do ideal de cooperação, o que pode potencializar o sucesso da reforma institucional e facilitar a identificação dos pontos sensíveis e c) evita passar a impressão que o gestor está sendo alienado ou escamoteado de suas funções, a ponto de transmutá-lo em um adversário das alterações que se almejam implementar (Vitorelli, 2020). Sobretudo, ainda que a elaboração do plano não seja capitaneada pelo gestor responsável pela instituição objeto da reestruturação, à luz das matizes da cooperação, é imprescindível sua participação. O ponto de atenção, nesse caso, está na necessidade de verificação e monitoramento da proposta elaborada pelo executado, antes e durante a implementação. Na advertência de Edilson Vitorelli, é temerário que “o réu proponha providências cuja implementação não acarreta a transformação necessária na realidade. O gestor pode se valer do processo para, por exemplo, reduzir a sua capacidade de atendimento ou mesmo se excluir daquele campo de prestação de serviço” (VITORELLI, 2020, p. 246). Assim, o contrapeso do monitoramento há que recair sobre o órgão judicial com o auxílio imprescindível da parte autora-exequente, para aferição da pertinência e execução das medidas materiais.

No caso dos planos elaborados por um terceiro imparcial – seja um administrador ou interventor judicial – a atribuição

é conferida a sujeito diverso das partes que, em razão de seu conhecimento técnico ou de expertise no assunto, assume a incumbência de elaborar o plano de atuação para nortear a identificação das medidas e sua implementação. O terceiro assume o encargo na condição de auxiliar do juízo – em condições processuais análogas ao do perito judicial – para apenas delinear o plano e submetê-lo à implementação a cargo do gestor institucional, o que torna essa possibilidade uma intervenção menos agressiva sobre a administração originária (Vitorelli, 2020).<sup>3</sup>

Já a nomeação de um administrador ou interventor judicial para a elaboração do plano de ação após o reconhecimento da necessidade de reforma da instituição socialmente relevante, por sua vez, representa mecanismo de maior severidade. Nessa hipótese, persiste o afastamento dos gestores encarregados pela instituição e a nomeação de um administrador judicial, especialmente nos casos em que “há indicativos de que os responsáveis pela instituição não estão dispostos a colaborar com a reestruturação, ou pior ainda, que podem obstar o seu desenvolvimento” (VITORELLI, 2020, p. 252).

3 Sobre o assunto, o autor complementa: “Como se percebe, independentemente de quem será o responsável pela elaboração dos detalhes, o pedido de se preocupar que o plano a ser elaborado seja capaz de: 1) buscar o estabelecimento e a hierarquização de prioridades de atuação, prestigiando o atendimento mais imediato às situações mais severamente comprometidas; 2) buscar a definição de cronograma de execução de curto, médio e longo prazo para as atividades; 3) definir, caso se trate de órgão público, mecanismos para que o custeio das atividades se mantenha disponível; 4) firmar uma metodologia de acompanhamento do cumprimento das metas definidas, com apresentação periódica de relatórios, indicadores de resultados e providências em caso de descumprimento (VITORELLI, 2020, p. 249).

Nas duas possibilidades acima mencionadas, a principal desvantagem é o custo. Por se tratar de profissionais com incumbências específicas, é cediço a necessidade de remuneração pelos serviços técnicos prestados. O problema é agravado quando o réu é o Poder Público, visto que, sucumbente na fase de conhecimento, terá o ônus de suportar as despesas com eventuais honorários e, não havendo disponibilidade orçamentária, os pagamentos serão submetidos ao exercício financeiro seguinte (art. 91, §2º do Código de Processo Civil).<sup>4</sup> Eventuais dificuldades na eleição desse profissional ou no custeio dessas atividades reverteria, certamente, em prejuízos e atrasos na consecução da reforma estrutural. A alienação dos responsáveis ainda permanece nessas circunstâncias, visto que “se o plano é elaborado por um terceiro, os réus podem se converter em adversários da sua implementação, comprometendo-a, ou podem se escudar de responsabilidades, no caso de fracasso” (VITORELLI, 2020, p. 251). Como se vê, incumbir um terceiro ou administrador judicial para a elaboração de um plano é providência excepcional.

Essa situação foi ilustrada em *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (SUPREME COURT OF UNITED STATES, 1971), oportunidade em que a Suprema Corte Americana enfrentou a problemática do transporte público de alunos negros para a integração nas escolas públicas. Apesar dos gestores terem

4 “A antecipação das despesas nos casos do CPC 91 é regulamentada pela Res. CNJ 153/12, segundo a qual cabe aos Tribunais disciplinar a forma pela qual essa antecipação deverá ser feita e promover verba orçamentária para tal despesa. O comando do CPC 91, §2º, traça regras de direito financeiro quanto ao adiantamento de verbas para perícia. Parece-nos que, então a previsão orçamentária partiria dos orçamentos do MP, da Defensoria Pública e da Fazenda” (NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 555).

apresentado seus planos de dessegregação para a resolução do caso, o órgão judicial rejeitou as três propostas sugeridas por reputá-las constitucionalmente inadequados, o que ensejou que a questão fosse resolvida a partir da nomeação de um consultor externo (Weaver, 2004). Contudo, Eduardo Dantas enfatiza que nem todos os resultados foram positivos no caso *Swann*, eis que, “em algumas ações, foram cometidos determinados excessos e equívocos que poderiam ter causado efeitos extremamente negativos caso não tivessem sido corrigidos a tempo” (DANTAS, 2019, p. 37).

Há ainda a possibilidade de criação de uma entidade específica com a incumbência de elaborar e implementar o plano de reestruturação. Edilson Vitorelli enfatiza três vantagens para assim proceder (Vitorelli, 2020): a) como a entidade criada é distinta da instituição que será reestruturada, a atuação é independente e não há a contaminação com as práticas, hábitos e políticas nocivas usualmente praticadas; b) como a entidade foi criada com uma finalidade específica, poderá concentrar todo seu esforço e expertise para o fiel cumprimento desse objetivo; c) não ocorre o envolvimento do Poder Judiciário, já que o órgão judicial atua apenas de modo indireto e no monitoramento.

Por outro lado, a entidade específica exige um elevado grau de investimento para a criação e manutenção. Ainda que as despesas de remuneração possam recair sobre o executado, incidiria nas mesmas dificuldades práticas do art. 91, §2º do Código de Processo Civil, anteriormente comentadas. Embora a entidade tenha maiores condições de se desenvolver tecnicamente e suportar a carga dos problemas decorrentes no interregno da implementação da reestruturação da instituição

socialmente relevante, entende-se que sua aplicação seria mais aderente aos casos de elevada complexidade, eis que a atuação é suficientemente próxima dos demais terceiros nomeados para a elaboração do plano.

Pode-se imaginar que incumbir um terceiro (perito, administrador, interventor, entidade específica etc.) para a elaboração do plano atende muito mais às necessidades meramente técnicas que o caso exige, do que os aspectos processuais. Como bem destacado por Edilson Vitorelli, “o problema disso é que essa pessoa acaba incorporando, de alguma forma, uma autoridade pública – já que atua em nome ou por delegação do juízo –, sem estar submetida aos mesmos controles que o próprio agente público” (VITORELLI, 2020, p. 262). Sobre essa questão, Robert Nagel enfatiza que esses nomeados não tiveram o mesmo treinamento para garantir os hábitos e as capacidades de imparcialidade esperada nos juízes (Nagel, 1984)<sup>5</sup>. Se assim for, os mecanismos de monitoramento, controle e transparência devem ser potencializados pelo juízo.

Finalmente, parece necessário enfatizar que um plano de transformação estrutural pode falhar. Ainda que o plano seja traçado, que as medidas sejam identificadas em sede de

5 O autor ainda destaca a situação que os nomeados pelo juízo, em alguns casos estão sob a tentação de fazer tanto “bem” quanto possível e, diante de ordens judiciais com contornos não tão claros, às vezes adotam posturas e providências questionáveis, ou ainda, resolvem questões que possuem pouca ou nenhuma relação com o processo. No original: “These judicial appointees, who are actually ‘in the field’, are under the entirely understandable temptation to do as much ‘good’ as possible. Moreover, the contours of the decree are sometimes unclear and so their permissible duties are arguable. In such circumstances, it is not surprising that judicial officers might resolve many issues that have little or nothing to do with the law-suit” (NAGEL, 1984, p. 406-407).

liquidação de sentença e que a implementação e a efetivação sejam operacionalizadas nos moldes almejados, conforme a estratégia previamente delineada, ainda persiste a possibilidade de revisão e reelaboração do plano caso os resultados esperados não sejam atingidos. Charles Sabel e William Simon destacam que um dos modos de avaliação ocorre quando o desempenho é medido em relação ao desempenho de instituições comparáveis, o que facilita o conhecimento e o direcionamento da atenção para as práticas mais bem-sucedidos em instituições semelhantes, implicando em perpetrar um processo de aprendizagem e reconstrução contínuas (Sabel; Simon, 2004)<sup>6</sup>.

Diagnosticado que determinada medida não foi suficientemente atendida ou que teve baixa repercussão concreta, um novo diagrama deve ser escalonado e toda a estratégia revista. Nesse passo, a modificação do plano original, a abertura de novos canais de participação dos interessados e discussão das novas perspectivas, a deflagração de novos incidentes de liquidação, a efetivação das novas medidas identificadas e um novo monitoramento devem ser implementados para que a reforma estrutural seja observada.

Em suma, o plano de executivo estrutural não é produto de imposição judicial. O perfil negocial persiste tanto para sua elaboração quanto para seu acompanhamento e mensuração de performance. Ou seja, somente a participação e colaboração dos diversos sujeitos é capaz de amplificar a efetividade desse método de trabalho destinado a organização das exigências e da complexidade da organização objeto da reestruturação.

<sup>6</sup> SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, fev. 2004, p. 1019.

## CONCLUSÃO

Em uma sociedade cada vez mais complexa, com desafios/problems estruturais, principalmente quando se analisa as políticas públicas, toma dimensão extremamente importante a busca de solução para esses litígios complexos e, desta forma, o processo estrutural se apresenta como um instrumento muito interessante.

É possível compreender o processo estrutural na perspectiva de um processo coletivo que objetiva a restruturação de uma instituição burocrática a partir de um plano de reorganização institucional, com vistas a reformular o seu modo de atuação, a partir de um modelo cooperativo que envolve vários sujeitos (as partes, o juiz, o ministério público, terceiros interessados, dentre outros).

Sem perder de vistas a importância do processo estrutural em si (no aspecto da fase cognitiva), o plano de reorganização institucional torna-se mais relevante, ainda, quando pensado e instrumentalizado sob o ponto de vista de execução no processo estrutural, posto que a coordenação dos atos materiais a serem realizados é um dos maiores desafios na implementação da reforma estrutural a fim de efetivar a reorganização de um estrutura burocrática.

Por tais razões, se faz necessário afirmar que o perfil negocial, na concepção do modelo cooperativo, não se consuma no processo estrutural na fase cognitiva, persistindo (e tendo uma relevância essencial) na execução estrutural com a participação e colaboração dos diversos sujeitos (as partes, o juiz, o ministério público, terceiros interessados, dentre outros),

tendo o juiz uma atuação mais gerencial (menos inquisitorial) com vistas ao acompanhamento e a implementação do plano de restruturação institucional.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. O papel do judiciário na implementação de direitos fundamentais: homenagem ao Min. Luiz Edson Fachin. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETTI JUNIOR, Hermes; REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (orgs.). **Coletivização e unidade do direito**. Londrina: Thoth, 2020, v.2.

ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 20.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. v. 89, n. 7, mai. 1976.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em caso de graves violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá: 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, jan. 1980.

FISS, Owen. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, nov. 1979.

FISS, Owen. The fate of an idea whose time has come: antidiscrimination law in the second decade after Brown vs. Board of Education. **University of Chicago Law Review**. Vol. 41, n. 4, 1974.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and**

**Public Policy**, v. 7, n. 2, p. 395-411, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**. v. 96, 1982.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, fev. 2004.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2.ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução comparticipada de políticas públicas. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 224, 2013, p. 121-152, versão digital.

TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. **National University of Juridical Science Law Review.** v. 4, 2011

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural:** teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020.

WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. **San Diego Law Review.** v. 41, 2004.





**PLANO DIRETOR MUNICIPAL  
COMO EXPRESSÃO DE NEGÓCIOS  
JURÍDICOS PÚBLICOS E PRIVADOS.  
GÊNESE DO PROCESSO DE  
ELABORAÇÃO DE SUAS NORMAS.**

Nelia Edna Miranda Batisti

## INTRODUÇÃO

Partindo de uma premissa interdisciplinar propõe-se aqui uma reflexão sobre a gênese ou origem de uma legislação que impacta diretamente a vida da população de uma cidade: o Plano Diretor Municipal.

Definido pelo próprio legislador constituinte como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (CF, 1988, art. 182, § 1º), suas normas impõem diretrizes para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. A legislação que traça as diretrizes da política urbana brasileira estabelece a garantia do direito a cidades sustentáveis, garantia essa entendida como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços

públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (Lei 10.257, art. 2º, I).

As garantias acima enumeradas são implementadas por meio de negócios jurídicos públicos e privados regulados por essa legislação específica denominada Plano Diretor. A implementação das garantias que visam à uma cidade sustentável, a par da natureza jurídica de direito público das normas que as regulam, afeta diretamente as relações jurídicas privadas ao estabelecer, por exemplo, limites ao direito de locomoção, ao direito de propriedade, ao uso dos bens e transportes públicos etc. O problema que orienta esta pesquisa, todavia, não é analisar negócios jurídicos públicos e/ou privados regulados pelas normas de um Plano Diretor Municipal, mas situar a origem de suas normas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, verificando as interações discursivas que se estabelecem dentro desse sistema.

Investigar o processo de elaboração das normas de um Plano Diretor Municipal é buscar sua gênese a partir de seu planejamento e execução. A investigação da origem das normas de um Plano Diretor Municipal visa revelar os sistemas responsáveis pela geração da obra. O processo de elaboração das normas de um plano Diretor, ao contrário de uma obra de arte, por exemplo, é um processo vinculado cujas etapas são previamente estabelecidas por lei, o que não impede, contudo, que seja estabelecida a sua origem.

Para tal finalidade recorremos a uma área de pesquisa que vem despontando nos estudos da linguagem, com foco nos processos de criação, denominada de Crítica Genética. A Crítica Genética, que originariamente tinha como objeto a

investigação dos processos de elaboração das obras de arte, estendeu as fronteiras de seus estudos para abarcar novas áreas.

O objeto de investigação do crítico genético é o próprio movimento criador, o percurso da criação, os registros documentados, nominados de documentos de processo. Em contato com esses documentos de processo, no caso do processo de elaboração da lei geral do Plano Diretor, é possível apreender, de antemão, as condições de produção e os efeitos de sentido decorrentes das proposições normativas que irão compor a minuta da lei que será submetida à aprovação pelo Poder Legislativo. Além disso, podem-se apreender também as ideologias que interpelavam os sujeitos responsáveis pelas demandas normativas, quando de seu processo de elaboração.

O trabalho do crítico genético é um trabalho de interpretação, de mediação dos sentidos, podendo ser equiparado na área jurídica ao trabalho do hermeneuta jurídico. Os documentos avaliados nesse percurso recebem o nome de dossiê genético ou prototexto pela Crítica Genética. As normas de uma lei geral de um Plano Diretor não nascem prontas. Avaliar esse percurso é revelar as interações jurídicas e discursivas que ocorrem no desenvolvimento desse processo.

Segundo Biasi (2010, p. 111), “o dossiê genético torna-se objeto de pesquisa da crítica interpretativa, que o fará passar do estatuto de *corpus* analisado ao estatuto de prototexto”. No caso, os processos de escritura e a emergência das significações devem ser estudados conforme uma determinada abordagem crítica: poética, psicanalítica, linguística, sociocrática e intertextual, ou jurídica – acrescentamos nós – para fins deste estudo. A Crítica genética tem por objeto analisar o percurso, o processo,

o ir e vir do movimento criador. Para cumprir tal finalidade necessita nas palavras de Biasi (2010, p. 111) da “adaptação de um método de análise textual às realidades movediças da gênese”.

Nesse sentido, o método adotado por este estudo é a análise descritiva dos documentos de processo selecionados (normas), que em termos jurídicos representam os fundamentos legais que determinam a necessidade, a competência e os procedimentos prévios necessários para a elaboração da lei geral de um Plano Diretor. Além do método descritivo, para tratar das realidades movediças da gênese é necessário também determinar sob qual fundamento teórico será feita a análise dos documentos selecionados.

Considerando a natureza jurídica de um Plano Diretor Municipal, conforme estabelecida no art. 182, § 1º da Constituição Federal, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” adotamos a Pragmática da Comunicação Normativa apresentada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, que tem como princípio norteador a interação discursiva para as reflexões aqui apresentadas.

Ferraz Jr. (2021) apresenta um modelo operacional de investigação do discurso normativo “que se enquadra numa espécie de linguística do diálogo, mais do que numa teoria do uso dos sinais” (2021, p. 5). Os instrumentos utilizados pelo autor levam à pragmática no seu sentido do ato de falar, unindo-se, propositadamente, às noções de discurso e diálogo. Ocupa-se dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como centro diretor o princípio da interação discursiva.

O princípio da interação discursiva aplicado à comunicação normativa, como apresentado por Ferraz Jr. (2021), leva em consideração os editores da norma e os seus destinatários. Nesse sentido, as normas do Plano Diretor regulam relações que podem ser caracterizadas como de direito público. As relações jurídicas de direito público ocorrem quando a relação jurídica se estabelece entre Administração Pública (Estado) e cidadão como, por exemplo, quando estabelecem regras de uso e parcelamento do solo urbano, de sistema viário, transporte público etc.

Como já destacado acima, a Crítica Genética trabalha com a origem, com o percurso da criação. As normas de um Plano Diretor Municipal, por serem normas jurídicas, estão inseridas dentro de um sistema ou ordenamento jurídico, cujo critério de inserção se apoia na validade de suas normas ou, mais especificamente, no modo como o Direito regula o processo de criação de suas normas. Desvendar a origem das normas de um Plano Diretor Municipal significa, nesse contexto, situá-las dentro do ordenamento jurídico.

## 1 ORDENAMENTO JURÍDICO

A finalidade deste tópico não é adentrar nas densas teorias que tratam do ordenamento ou sistema jurídico por não ser este o objeto desta pesquisa, mas tão somente buscar a origem das normas de um Plano Diretor Municipal dentro dessa estrutura.

O termo estrutura aqui é concebido como um conjunto de regras que determinam as relações, ou interações, entre os elementos do ordenamento jurídico. Para Ferraz Júnior (2023,

p. 139) “o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de elementos normativos (normas) e não normativos e por uma estrutura composta por um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos”.

A noção de ordenamento é complexa. Em princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. “O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas” (FERRAZ JÚNIOR, 2023, p. 139). Esclarece porém o autor que um ordenamento jurídico não é composto só de normas, mas também de outros elementos não normativos tais como: critérios de classificação, meras definições, preâmbulos, exposições oficiais de motivos etc.

Para exemplificar, cita a sala de aula que é composta por um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc. Esses elementos, contudo, só pelo fato de estarem juntos não formam uma sala de aula, pois esta reunião de elementos pode ocorrer dentro de um depósito da escola. O que permite identificar a sala de aula é a disposição deles, uns em relação aos outros. Quando se diz que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório) nela se pensa como um sistema. O sistema é assim “um complexo que se compõe de uma estrutura e de um repertório. Nesse sentido, ordenamento é um sistema” (FERRAZ JÚNIOR, 2023, p. 140).

Para maior clareza enfatizamos: na concepção de Ferraz Júnior. (2023), um ordenamento enquanto sistema contém um repertório e uma estrutura. O repertório é composto por elementos normativos e não normativos que guardam relações entre si. As regras que estabelecem como essas relações ocorrem

representam a estrutura do ordenamento jurídico. A relação hierárquica que se estabelece dentro de um ordenamento jurídico por meio de regras superiores e regras inferiores é um exemplo de regra de estrutura. As regras hierárquicas estabelecidas como regras de subordinação e de coordenação “não são regras jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento” (FERRAZ JÚNIOR, 2023, p. 140).

Ferraz Júnior destaca a importância do ordenamento como sistema unitário, concebido como repertório e estrutura e marcado por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo. “Esse princípio recebe em Kelsen o nome de *norma fundamental*” (FERRAZ JÚNIOR, 2023, p. 140, grifos do autor).

A noção de ordenamento como sistema unitário é intuitivamente fácil de ser percebida. Se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira norma da série, a norma fundamental, da qual todas as demais normas promanam. De acordo com Kelsen (1988, p. 33):

‘uma ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é-como vermos- uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.

A norma fundamental, contudo, é difícil de ser caracterizada. Ferraz Júnior (2023, p. 140) questiona sobre o seu estatuto teórico: a norma fundamental “é norma? É um ato de poder?

É uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio lógico que organiza o sistema?".

A resposta às indagações acima decorre de opções teóricas cujo fundamento último é um problema zetético (aberto a investigações). Para a dogmática analítica, "ordenamento é um conceito operacional que permite a integração das normas num conjunto, dentro do qual é possível identificá-las como normas jurídicas válidas" (FERRAZ JÚNIOR, 2023, p. 141). Validade, para a dogmática analítica, é o elemento unificador do ordenamento jurídico.

## **2 3 VALIDADE COMO ELEMENTO UNIFICADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Do conceito de ordenamento, acima expresso, extrai-se validade como elemento unificador do ordenamento jurídico. Tal conceito é utilizado por Kelsen para explicar a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico até chegar à norma fundamental. Para Kelsen, a norma que representa o fundamento de validade de outra norma, é, em face desta uma norma superior

mas a indagação de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será

aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). (KELSEN, 1998, p. 217).

Outra característica importante destacada por Ferraz Júnior é o caráter dinâmico do sistema jurídico em oposição ao sistema estático como tratado por Kelsen. O sistema jurídico é dinâmico porque capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Nesse processo de transformação, normas são promulgadas, subsistem no tempo, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas concluindo que “o sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social” (FERRAZ JÚNIOR, 2023, p. 141).

As noções de ordenamento, sistema, estrutura e validade são necessárias para descrever a gênese do processo de elaboração das normas de um Plano Diretor de um município, porque implica situar o lugar que as normas que compõem o Plano Diretor ocupam dentro do ordenamento jurídico brasileiro para determinar sua origem e verificar as interações discursivas que se estabelecem entre seus elementos. Essas relações são determinadas por um conjunto de regras que compõem a estrutura do ordenamento e/ou sistema jurídico, como visto acima.

Da concepção de ordenamento jurídico uno, em virtude do prévio escalonamento de suas normas, conforme proposto por Kelsen (1998) em sua obra Teoria Pura do Direito, decorre a noção de validade da norma jurídica e a peculiaridade que tem o Direito de regular a sua própria criação.

A peculiaridade que tem o Direito de regular a sua própria criação ocorre de forma que uma norma determine o pro-

cesso pelo qual outra norma será produzida ou até mesmo o conteúdo da norma a produzir. Segundo Kelsen (1998, p. 246) dado o caráter dinâmico do Direito, “uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”.

A noção de sistema normativo desenvolvida por Ferraz Júnior (2021), sob a rubrica da Organização da Comunicação Normativa, trata da questão da validade, efetividade e imprevidividade das normas jurídicas. Para fins deste estudo que se ocupa da criação da norma jurídica será considerado tão somente o aspecto validade. A questão da validade como elemento unificador do ordenamento jurídico é tratada por Ferraz Jr. (2021) em seus aspectos jurídicos e linguísticos.

No aspecto jurídico, a questão da validade da norma jurídica, destaca o autor, é fundamental para compreender a unidade do ordenamento jurídico. É um tema de muitas facetas propiciando a seu estudo implicações práticas em torno da capacidade da norma de resolver conflitos, bem como o desenvolvimento de conceitos como direito vigente, direito eficaz, normas em vigor, suspensão da vigência, da eficácia, conceitos que procuram enquadrar questões como a do âmbito de aplicação, retroatividade e irretroatividade, nulidade e anulabilidade da norma.

Em termos linguísticos, sob o crivo da Pragmática da Comunicação Normativa, Ferraz Júnior (2021) apresenta a norma jurídica como discurso normativo em que o atributo validade é tratado como uma qualidade linguística do discurso. As normas jurídicas, enquanto discurso, têm a peculiaridade

de ser fatos relativos à linguagem em que o atributo validade é assim considerado propriedade de uma entidade linguística, o que significa dizer que normas válidas ou inválidas são entidades linguísticas.

Para esclarecer o que significa dizer que validade é uma propriedade de uma entidade linguística, Ferraz Jr. traz os seguintes exemplos citados por Capella (1968, p.151):

‘vermelho’ ou ‘quente’ são predicáveis a objetos cuja matéria não é linguagem. Ao contrário, ‘ter sílabas’ é predicável a objetos cuja matéria é linguagem. Isto significa que a própria linguagem, além de ser veículo de expressão, pode ser, ela própria objeto. Distinguimos, pois, entre entidades não linguísticas (a casa é vermelha), entidades linguísticas (‘vermelho’ é uma palavra) e propriedades de relações entre entidades linguísticas (‘vermelho’ tem três sílabas). Neste último caso está ‘validade’, termo que se refere a propriedades de entidades linguísticas (FERRAZ JÚNIOR, 2021, p. 88).

Ferraz Júnior (2021) indica que o exemplo mais comum de análise de validade da norma jurídica é encontrado em Kelsen para quem validade é o modo de existência específico da norma. Assim, para Kelsen, a norma só é válida se promulgada por um ato legítimo de autoridade não for revogada. A qualidade válida da norma não depende, porém, desse ato de autoridade, que é apenas condição, mas não fundamento de existência. O fundamento da validade da norma está sempre em outra norma, o que leva Kelsen até a hipótese da norma fundamental, conforme exposto acima.

Em termos linguísticos, Ferraz Júnior (2021) extrai da teoria de Kelsen que validade é uma qualidade sintática da norma, pois designa uma propriedade das relações entre normas independentemente do seu usuário ou da sua relação a um comportamento que a norma exige. Ela é válida, portanto, no sistema das normas, “sendo validade o nome da relação que entre as normas do sistema é estabelecida” (FERRAZ JÚNIOR, 2021, p. 90).

Assim como nos estudos da linguagem sobre semântica em que “explicar o significado transborda as próprias fronteiras do puramente linguístico, entre outros motivos porque ele está fortemente ligado à questão do conhecimento” (OLIVEIRA, 2012, p. 24), a dimensão semântica de validade, bem como a sintática, também apresenta dificuldades. Ferraz Júnior (2021) informa que observando a doutrina sobre o tema não há acordo entre validade e eficácia.

Para a doutrina dominante, “validade é tomada como relação de conformidade entre o fato-tipo da norma e a hipótese normativa superior que a prevê e a disciplina” (Ferraz Jr. 2021, p. 94), o que na terminologia do autor é considerada, em princípio, uma qualidade sintática porque a relação ocorre entre as normas do ordenamento, sem levar em consideração os seus destinatários.

Eficácia, por sua vez, “é entendida como a relação entre a ocorrência (concreta) dos fatos estabelecidos na norma superior, que condicionam a produção do efeito, e a possibilidade de produzi-lo” (Ferraz Jr. 2021, p. 94). Na terminologia do autor é considerada uma qualidade semântica que designa a corres-

pondência com certos atos ou fatos. Assinala Ferraz Jr. que não há consenso a respeito do tema na doutrina.

O conceito de validade na dimensão pragmática envolve o discurso normativo como interação em todos os seus aspectos. A noção de controle da situação comunicativa está ligada a uma qualidade do discurso normativo enquanto decisão, ou seja, a sua capacidade de pôr fim aos conflitos. Ferraz Júnior (2021) procura demonstrar que a validade das normas está ligada a essa qualidade. A expressão norma válida não é apenas uma propriedade sintática (relação entre normas) dos discursos normativos em respeito ao aspecto relato (informação) mas se revela como propriedade pragmática.

Para a Pragmática, conforme apresentado por Ferraz Jr (2021) a expressão norma válida refere-se à relação entre discursos normativos tanto no aspecto relato (informação), quanto no aspecto cometimento (relação autoridade-sujeito). No sentido pragmático, validade se refere à função de terminar conflitos, pondo neles um fim, institucionalizando-os.

Assim, para Ferraz Júnior (2021, p. 98) validade “exprime uma relação de competências decisórias e não uma relação dedutiva de conteúdos gerais para conteúdo individualizado ou menos gerais”. Com fundamento no princípio da interação que guia a análise pragmática, a relação de validade inclui também a provável reação do endereçado e, desta forma, tanto o aspecto relato como o aspecto cometimento da norma.

A conexão pragmática que ocorre entre os discursos normativos é chamada por Ferraz Júnior. (2021) de imunização e passa a compor o conceito de validade. Validade “é uma pro-

priedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização" (2021, p. 98). Imunização, por sua vez, para Ferraz Júnior é

um processo racional (fundamentante) que capacita o editor a controlar as reações do endereçado, eximindo-se de crítica, portanto capacidade de garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático de prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação linguística (2021 p. 98).

A noção de controle da comunicação normativa para Ferraz Júnior significa que o discurso normativo é uma interação e que a validade designa uma propriedade dessa interação. Isto é, "normas não são entidades independentes e os seus caracteres têm de ser examinados em seu sentido interativo" (FERRAZ JÚNIOR, 2021, p. 96). Ferraz Júnior (2021) apresenta ainda duas técnicas de validação dos discursos normativos. Trata-se de dois modos ou técnicas diferentes de imunização que não alteram, porém, a noção de que norma válida é norma imunizada. São elas:

- Imunização condicional: uma norma imuniza a outra disciplinando-lhe a edição.

Na imunização condicional a relação se estabelece entre normas. Uma norma é a imunizante e a outra a imunizada. Esta técnica de imunização é bastante apropriada para os procedimentos de delegação de poderes e o controle de validade se resolve com a constituição de sistemas hierárquicos. Neste sentido pode-se dizer que a norma inferior tem seu fundamento de validade em norma superior.

- Imunização finalista: a imunização ocorre com a delimitação do relato.

Na imunização finalista a validade continua a ser a relação entre o aspecto relato da norma imunizante (informação) e o aspecto cometimento da norma imunizada (relação autoridade-sujeito), mas a técnica é outra. A norma imunizante não se importa com a edição da norma imunizada, mas fixa-lhe um determinado relato.

A distinção entre a técnica condicional e a finalista pode ser explicada da seguinte forma: enquanto na imunização condicional são fixadas as condições para o aparecimento da decisão normativa imunizada, na imunização finalista são fixados os efeitos a atingir, deixando em aberto as condições necessárias.

Importante destacar sobre as técnicas de validação acima descritas é que elas devem ser utilizadas concomitantemente. A distinção entre as duas técnicas está referida à posição do editor da norma no sentido de sua imunização. Pode ocorrer que uma norma obedeça às técnicas de validade condicional, mas não às de validade finalista, como no caso de uma norma editada por um órgão que tenha competência legislativa para editar normas, mas que seja incompetente em razão da matéria a ser legislada. Para que a norma seja válida, para que haja imunização, “exige-se a concorrência das duas técnicas, caso contrário, a norma será inválida” (FERRAZ JÚNIOR, 2021, p. 103).

As técnicas de validação pragmaticamente são procedimentos imunizantes. Como visto acima, o próprio proceder está sujeito a regras que determinam a maneira do editor executar

aquilo que lhe compete, ou seja, regras decorrentes do devido processo legal.

As técnicas de validação fazem do discurso normativo um sistema complexo que reúne esquemas hierárquicos de matérias e competências com esquemas não hierárquicos de controle de decisão introduzidos pelo princípio da divisão dos poderes, o qual separa competências constitucionais e legislativas, administrativas, judiciárias, atividades preliminares, fazendo da relação de validade, nas palavras de Ferraz Júnior (2021, p.104) “uma qualidade pragmática das normas muito mais complexa que a simples relação de adequação sintática entre elas”.

Dos aspectos extraídos da Teoria Pragmática da Comunicação Normativa desenvolvida por Ferraz Jr. percebe-se que validade não é apenas uma propriedade sintática dos discursos normativos, mas uma propriedade pragmática. Validade exprime, assim, “uma relação de competências decisórias e não uma relação dedutiva de conteúdos gerais para conteúdo individualizado ou menos gerais” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 25).

Do acima exposto, pode-se constatar, seja sob os aspectos pragmáticos apresentados por Ferraz Jr. seja pela teoria positivista da construção escalonada do ordenamento jurídico desenvolvida por Kelsen (1998), que a noção de validade é fundamental para a compreensão dos sistemas jurídico-normativos ou dos ordenamentos jurídicos como tratado pela doutrina majoritária. Ambas as teorias tratam da unidade do ordenamento ou sistema jurídico.

As noções de sistema normativo ou ordenamento jurídico e validade são imprescindíveis para o estudo da gênese das normas do Plano Diretor de um município. Para melhor compreensão, demonstramos a seguir a posição das normas de um Plano Diretor Municipal no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3 LOCALIZAÇÃO DAS NORMAS DO PLANO DIRETOR DE UM MUNICÍPIO NA ESTRUTURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Para localizar as normas do Plano Diretor de um município no ordenamento jurídico brasileiro é necessário retomar alguns conceitos básicos, dentre eles, a estrutura da República Federativa do Brasil. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, como se extrai do art. 18 da Constituição Federal. (CF, 1988).

A noção fundamental de um Estado federal repousa na distribuição de competências entre os entes que o compõem. O princípio geral norteador da repartição de competências entre os entes que compõem a federação é o da predominância do interesse. Segundo esse princípio, cabe à União legislar sobre as matérias e questões de interesse geral, nacional, aos Estados legislar sobre as matérias de interesse regional e aos Municípios legislar sobre matérias de interesse local.

Silva (2003), ao tratar do tema da repartição de competências entre os entes federativos brasileiros, ensina que a Constituição de 1988 adota um sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo por meio de uma repartição de competências

que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (1988, CF, arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (1988, CF, art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (1988, CF, art. 30).

O sistema da Constituição de 1988, segundo Silva (2003) combina com essa reserva de campos específicos, nem sempre exclusivos, mas apenas privativos, possibilidades de delegação (1988, CF, art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (1988, CF, art. 23) e setores concorrentes entre a União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, deferindo aos Estados e Municípios a competência suplementar.

Competência, nas palavras de Silva (2003, p. 477), significa a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. “Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”. Diversas são as espécies de competência que podem ser classificadas sob vários aspectos.

Para os fins deste estudo interessa a competência legislativa, ou seja, estabelecer dentre os entes da federação de quem é a competência para o processo de elaboração das normas de um Plano Diretor Municipal, bem como situar as normas de um Plano Diretor Municipal dentro do ordenamento jurídico.

O tema da distribuição de competências é considerado como um dos elementos primordiais para a caracterização do Estado federal. É certo que todos os interesses terão repercussão em

cada uma das três esferas citadas, por isso se fala em princípio da predominância do interesse face à dificuldade de sustentar um interesse como sendo exclusivamente de âmbito nacional, regional ou local. Como exemplo pode ser citada a política de desenvolvimento urbano, cuja execução foi atribuída ao Poder Público municipal pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 182, caput, § 1º e 2º, nos seguintes termos:

## CAPÍTULO II DA POLÍTICA URBANA

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, *conforme diretrizes gerais fixadas em lei*, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

1º *O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal*, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Aplicando as noções de ordenamento jurídico uno ao ordenamento jurídico brasileiro observamos que a Constituição da República Federativa do Brasil representa, abaixo da norma fundamental pressuposta, a escala mais elevada que regula a produção das normas de um Plano Diretor Municipal. O termo Constituição é aqui entendido em sentido material que significa, segundo Kelsen, (1988, p. 247) “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”.

Importante destacar que Constituição em sentido material não se confunde com Constituição em sentido formal, documento

designado como Constituição que no caso do ordenamento jurídico brasileiro não só contém normas que regulam a produção de normas gerais (legislação), mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes como, por exemplo, os preceitos que estabelecem que as normas contidas na Constituição “não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que a lei simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos” (Kelsen, 1998, p. 247). Constituição em sentido formal pode, assim, assumir qualquer conteúdo servindo de estabilização das normas designadas como Constituição material, que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica.

Com base na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro, as normas contidas no artigo 182, caput, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil são consideradas normas constitucionais materiais. São normas superiores que estabelecem como deve ocorrer a produção das normas jurídicas gerais referentes ao Plano Diretor Municipal, bem como a determinação dos órgãos competentes para a sua elaboração e execução.

Extrai-se assim das normas contidas no art. 182, caput e §1 da Constituição Federal de 1988 que a competência para executar a política de desenvolvimento urbano, em conformidade com as diretrizes gerais fixadas em lei, é do Poder Público municipal. A política de desenvolvimento urbano tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Numa escala descendente, no segundo escalão do ordenamento jurídico brasileiro, em cumprimento às disposições

constitucionais, temos a Lei 10.257/2001 elaborada pela União, conhecida como Estatuto da Cidade (EC), que estabelece as diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano a serem observadas por todos os Municípios. A Lei 10.257/2001, art. 3º, destaca entre outras atribuições a competência da União para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico:

Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (BRASIL, 2001).

No sistema normativo brasileiro a distribuição de competências materiais e legislativas segue a ordem estabelecida pela Constituição Federal. Em relação ao Plano Diretor, a Constituição Federal atribui à União a competência para elaborar as normas gerais, o que a União o fez por meio da Lei (Lei 10257/2001, art. 3º, I). Ao Município atribui competência para legislar sobre interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber (CF, 1988, art. 30, I e II).

A chamada competência suplementar dos Municípios, em termos de distribuição de competências legislativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, não é irrestrita, ao contrário, apresenta-se como condicionada. Os Municípios podem suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, sob duas condições: presença de interesse local e compatibilidade com a legislação federal e estadual, conforme se depreende da Constituição Federal de 1988, art. 30, incisos I e II, abaixo transcrito.

Art. 30. Compete ao Município

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

O Plano Diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é por definição constitucional considerado “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (1988, CF, art. 182, § 1º) que deve ser executada pelo Município. Cabe assim ao Município legislar sobre seu planejamento e execução inserindo em sua Lei Orgânica as normas necessárias para tal finalidade.

Para demonstrar a posição das normas de um Plano Diretor dentro do ordenamento jurídico brasileiro, elegemos, para fins exemplificativos, o Município de Londrina-PR e a sua correspondente organização político-administrativa.

Em atenção às disposições constitucionais, o Município de Londrina inseriu em sua Lei Orgânica, promulgada em 05 de abril de 1990, no Título IV, capítulo I, que tratam do desenvolvimento municipal, os artigos 110 e incisos e artigo 119, caput, que dispõem, respectivamente:

#### TÍTULO IV

#### DO DESENVOLVIMENTO MUNICIPAL

#### CAPÍTULO I

(...)

Art. 110. *O Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento municipal, obrigatório e aprovado mediante lei, abrangerá as funções da vida coletiva em que se incluem habitação, trabalho, circulação e recreação,*

e, em conjunto, os aspectos físicos, econômicos, sociais e administrativos, atendidos os seguintes pressupostos: (...)

Art. 119. São instrumentos de desenvolvimento urbano, além de outros:

I – o *Plano Diretor*; (Grifo nosso)  
(...)

A Lei Orgânica de um Município é considerada a lei mais importante do Município. A Lei Orgânica do Município equivale no âmbito da pessoa jurídica de direito público interno União à Constituição Federal e no âmbito da pessoa jurídica de direito público interno Estado à Constituição Estadual, compondo, assim, a estrutura una do ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ao Município, como pessoa jurídica de direito público interno, integrante da federação brasileira, legislar de forma suplementar sobre as atribuições que lhe foram legalmente conferidas. Nesse contexto, em cumprimento às disposições constitucionais e infraconstitucionais, a Câmara Municipal de Londrina aprovou em 07 de janeiro de 2022 a Lei nº 13.339, nominada de Plano Diretor Municipal de Londrina (PDML).

Os excertos da legislação em análise, acima destacados em escala descendente, chamados de documentos de processo pela Crítica Genética, demonstram a estrutura escalonada de um ordenamento jurídico e a localização das normas de um Plano Diretor Municipal dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Sob o enfoque da Crítica Genética que trata dos processos de criação e da Pragmática da Comunicação Normativa, como exposta por Ferraz Jr. (2021), com base no princípio da interação discursiva, verifica-se que as normas superiores, ordenadas hierarquicamente, imunizam as normas inferiores determi-

nando a sua forma de criação (imunização condicional) e/ou determinando o seu conteúdo (imunização finalista).

Tais afirmações podem ser confirmadas pelo conteúdo da ementa da Lei Geral do Plano Diretor do Município de Londrina, Lei 13.339/2022 e do parágrafo único do art. 1º, da mesma lei, abaixo destacados.

### LEI Nº 13339, DE 7 DE JANEIRO DE 2022

Institui, nos termos da Constituição Federal, da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e desta lei, as diretrizes da *Lei Geral do Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina* e dá outras providências..

A CÂMARA MUNICIPAL DE LONDRINA, ESTADO DO PARANÁ, APROVOU E EU, PREFEITO DO MUNICÍPIO, SANCIONO A SEGUINTE LEI:

### TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES CAPÍTULO I DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL

Art. 1º A presente lei aprova a revisão da Lei nº 10.637, de 24 de dezembro de 2008, que instituiu o Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina – PDPML, o qual passa a ser denominado Plano Diretor Municipal de Londrina – PDML.

*Parágrafo único. Esta lei está fundamentada nas disposições da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, da Lei Orgânica do Município de Londrina e demais legislações correlatas. (LONDRINA, 2022, grifos nossos).*

(...)

Os documentos de processo como tratados pela Crítica Genética, acima descritos, permitem concluir que a gênese ou origem das normas de um Plano Diretor Municipal se encontra na Constituição Federal. No plano da validade, invertendo a ordem apresentada do ordenamento jurídico brasileiro de descendente para ascendente temos que as normas de um Plano Diretor municipal retiram seu fundamento de validade, como proposto por Kelsen ou são imunizadas como proposto por Ferraz Jr., pelas normas da Lei Orgânica do Município, que por sua vez são validadas ou imunizadas pela Lei 10.257/2001 que é validada ou imunizada pela Constituição Federal, integrando, assim, o ordenamento jurídico brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de elaboração das normas de um Plano Diretor Municipal, sob a perspectiva da Crítica Genética e da Pragmática da Comunicação Normativa, que tem como princípio a interação discursiva, situa-se como um elo dentro de uma interação específica: a interação jurídico-normativa.

O objeto dos sistemas normativos (repertório do sistema) são normas especificadas por seus atributos validade e efetividade. O que permite a coesão do sistema como um todo são as relações que se estabelecem entre elas. O sistema jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas tais como o dos conflitos sociais, políticos, religiosos etc.

As reflexões aqui apresentadas, de caráter interdisciplinar, no aspecto jurídico buscaram revelar o sistema responsável

pelo processo de elaboração das normas de um Plano Diretor Municipal, bem como as interações jurídico-discursivas estabelecidas no percurso da criação de suas normas. Para tanto, foram apresentadas as noções de sistema e/ou ordenamento jurídico com destaque para o atributo validade como elemento unificador do ordenamento jurídico.

O conceito de validade, com fundamento na Teoria Pura do Direito desenvolvida por Kelsen (1998), foi apresentado por Ferraz Jr. (2021) em seus aspectos linguísticos como uma relação sintática que ocorre internamente entre as normas do ordenamento jurídico e, em sua dimensão pragmática, como uma relação de imunização da norma inferior pela norma superior, exprimindo não só uma relação dedutiva de conteúdos gerais para conteúdos menos gerais ou específicos entre normas do ordenamento jurídico, mas também uma relação de competências decisórias.

O conceito de validade na dimensão pragmática envolve o discurso normativo como interação em todos os seus aspectos. A noção de controle da situação comunicativa está ligada a uma qualidade do discurso normativo enquanto decisão, ou seja, a sua capacidade de pôr fim aos conflitos.

O processo de elaboração das normas de um Plano Diretor Municipal é um processo vinculado que vem previamente estabelecido por lei. Numa escala descendente em um ordenamento jurídico escalonado, pode ser vislumbrado na seguinte ordem: a Constituição da República Federativa do Brasil representa o escalão de Direito positivo mais elevado no percurso de criação das normas de um Plano Diretor Municipal (1988, CF, art. 182; 1988, CF, art. 30). A norma que regula a produção é a

norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a inferior, aqui representadas, na sequência, pelas leis: Estatuto da Cidade, Lei 10257/2001, art. 3º; Lei Orgânica do Município de Londrina de 1990, arts. 110, 111, 119; Plano Diretor Municipal de Londrina – PDML – Lei Municipal 13339/2022, nominadas de normas infraconstitucionais.

No aspecto jurídico, o recorte da legislação apresentado e suas interações normativas representam os fundamentos jurídicos que devem ser previamente observados quando do processo de elaboração das normas de um Plano Diretor Municipal, sob pena de ser declarada a invalidade de suas normas.

Sob o enfoque da Crítica Genética, o recorte da legislação destacado representa o percurso da criação das normas jurídicas de um Plano Diretor Municipal cuja gênese ou origem se encontra na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BIASI, Pierre-Marc de. **A genética** dos textos. Tradução de Marie-Hélène Paret Passos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

BRASIL (CONSTITUIÇÃO 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em <http://planalto.gov.br>. Acesso em 10 de agosto de 2023.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um modelo pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (org.). **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 7-37

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica.** 5. ed. – (2. Reimp.) Barueri (SP): Atlas, 2021.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação .12. ed. – Barueri (SP):Atlas, 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LONDRINA (PR). **Lei Orgânica Municipal, de 05 de abril de 1990.** Disponível em [www1.cml.pr.gov.br](http://www1.cml.pr.gov.br) Acesso em: 01 out. 2023

LONDRINA (PR). **Lei nº 13.339, de 7 de janeiro de 2022.** Lei Geral do Plano Diretor Participativo Municipal de Londrina. Londrina, D. O, 19 jan. 2022. Disponível em: <http://www1.cml.pr.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2023.

OLIVEIRA, Roberta Pires de. Semântica. **In introdução à linguística:** domínios e fronteiras, vol. 2. Fernanda Mussalim, Anna Christina Bentes, organizadoras. -8. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed.- São Paulo: Malheiros, 2003.





# **A GESTÃO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS SUSTENTÁVEIS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO BRASILEIRO**

Lucas Mendonça Giuseppin  
Marlène Kempfer

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa traz parte de aspectos que foram tratados na dissertação “Sistema de Gestão dos Serviços Públicos de Água e Esgoto para o Estado Ambiental Brasileiro: Segurança Hídrica e Universalização”, defendida em 28 de setembro de 2023, junto ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL.

Os destaques propostos neste capítulo consideram que é dever público de nível constitucional executar a infraestrutura necessária para garantir a todos o acesso e a permanência à água potável e ao tratamento de esgoto sanitário. A execução desses serviços poderá ser feita diretamente pelo Município ou, ora em destaque, por meio do negócio jurídico do contrato administrativo de concessão de serviços públicos (Art. 175 da CF/88).

A partir da Constituição Federal de 1988 foi aprovado o Marco Legal do Saneamento Básico (MLSB) previsto na Lei 11. 445/2007 e com importantes alterações por meio da Lei 14.026/2020. Tais meios regulatórios exigem para esses serviços públicos gestão sustentável, especialmente, para atender os direitos ambientais e de saúde, essenciais à qualidade de vida para a presente e futuras gerações.

Apesar das atuais conquistas legislativas, defende-se, que para a efetividade de soluções sustentáveis, diante dos graves problemas do saneamento que persistem no Brasil, será necessário organizar uma gestão de modo que para todos os negócios jurídicos que a envolvem seja considerada a crise ambiental e a racionalidade hídrica brasileira (Art. 225 da CF/88). Os marcos regulatórios referidos, apesar de exigir o respeito ao meio ambiente, consideram a racionalidade do sistema federativo brasileiro (Art. 18 da CF/88), tal qual previsto na Constituição.

Defende-se que para alcançar níveis de sustentabilidade desses serviços públicos e para mitigar as consequências do atual desequilíbrio ambiental e assegurar melhor qualidade de vida, a gestão do sistema de saneamento básico precisa ocorrer em convergência entre os sistemas hídricos brasileiros (ciência da natureza) e o pacto federativo (ciência política).

O desafio neste sentido deve ser enfrentado, pois, a considerar a história brasileira sobre os caminhos do saneamento básico, em nenhum momento, se ateve a esta convergência. As preocupações foram os controles político e financeiro desse sistema, especialmente, durante os períodos de governos não democráticos. Embora, na atualidade, existam órgãos colegiados

(Comitê de Bacias, por exemplo) que sejam consultados a respeito de temas ambientais que envolvam a gestão, infelizmente, seus pareceres não têm caráter vinculatório. Neste sentido será necessário recorrer ao Judiciário para impor os argumentos em favor da tutela ambiental que é essencial para promover vários outros direitos, entre eles, a saúde humana.

## **1 SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: SUA GESTÃO ENTRE O GOLPE MILITAR E A REDEMOCRATIZAÇÃO**

A gestão do saneamento básico foi marcada pela centralização político-administrativa no Poder Executivo Federal entre o golpe militar de 1964 e a redemocratização do país, ocorrida em 1985. Conforme as lições do cientista social Luiz Fernando Abrucio (1998, p. 72-73), em obra intitulada “Os barões da federação”, o governo central, para compelir as demais esferas federativas ao alinhamento com as diretrizes federais, utilizou os denominados convênios intergovernamentais. Os convênios serviram de pilares da tecnocracia militar e forneciam, além de assistência técnica, apoio financeiro aos Estados e Municípios, que deveriam seguir as orientações do Poder Executivo federal para fazer jus ao suporte técnico-financeiro. O governo militar defendia o modelo desses convênios com o argumento de que promoviam a modernização do Estado. Porém, segundo o autor, esse instrumento se mostrou mais afeito ao autoritarismo, de forma a impor as diretrizes traçadas pela União, visto que o não alinhamento de Estados e municípios significava restringir acesso a recursos financeiros em um período de acentuada crise econômica (Abrucio, 1998, p. 72-73).

Neste contexto histórico que foi criado o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), institucionalizado por meio do Decreto-Lei nº 949/1969, que conferiu ao Banco Nacional de Habitação (BNH) a competência para financiar ações, com recursos próprios e do Fundo de Garantia por tempo de serviço (FGTS), a fim de implementar e melhorar os sistemas de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário (Brasil, 1969, n.p.).

Após quase dez anos, as estruturas do PLANASA foram definidas pela Lei Federal nº 6.528/1978, que dispôs sobre as diretrizes gerais do plano e definiu que, ao lado das ações de financiamento do BNH, o planejamento nacional ocorreria pelo Poder Executivo federal, por meio do Ministério do Interior.

O Decreto nº 82.587/1978 regulamentou a legislação e traçou uma das principais diretrizes do PLANASA, o condicionamento dos financiamentos destinados às obras de saneamento básico apenas para os municípios cujos serviços fossem prestados por Companhias Estaduais de Saneamento, conforme art. 2º de citado regulamento:

São serviços públicos de saneamento básico, integrados ao PLANASA, aqueles administrados e operados por companhias de saneamento básico, constituídas pelos Governos Estaduais que, em convênio com o Banco Nacional da Habitação, estabelecem as condições de execução do Plano, nos respectivos Estados, observados os objetivos e metas fixados pelo Governo Federal (BRASIL, 1978, n.p.).

O ex-ministro da economia, Carlos Kawall Leal Ferreira, analisou o mecanismo de financiamento do BNH durante a

execução do PLANASA. Segundo o autor, o financiamento das obras de saneamento era 50% provido pelos Estados, por meio de Fundos de Água e Esgoto, e 50% financiado pelo BNH com recursos do FGTS. Ao impor a prestação pelas Companhias Estaduais, o mecanismo promoveu forte centralização das políticas de saneamento básico. A justificativa era a promoção de subsídios cruzados, modelo que permitia a prestação a um grande número de municípios, com a junção de regiões superavitárias e deficitárias do ponto de vista tarifário (Ferreira, 1995, p. 119).

O desenvolvimento do PLANASA pode ser classificado, quanto aos volumes de investimentos, em três fases: a primeira (1968 a 1974), foi o período em que os mecanismos foram institucionalizados e realizados os primeiros investimentos. O professor Marcus André Barreto Campelo de Mello (1989, p. 87-96), destaca que, nesta fase, os investimentos entre os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário não foram simétricos. Na segunda fase (1975 a 1983), houve forte expansão dos investimentos em água e esgoto, com a duplicação do volume total de aportes financeiros. No entanto, em 1980, dezoito das vinte e três empresas estaduais encontravam-se em *déficit* na relação despesas operacionais e receitas. A terceira fase (1984 até 1998) é traduzida pelas dificuldades financeiras enfrentadas pelo BNH iniciadas a partir de 1981, em razão da crise econômica generalizada no país, com o crescente número de saques do FGTS (principal fonte de custeio do BNH) e alto desemprego (Mello, 1989, p. 91-96). Neste período as dificuldades das companhias estaduais de saneamento são ainda mais afetadas pelas crises inflacionárias. Em 1986, o BNH foi extinto, fato

que foi prejudicial ao sistema de saneamento, pois esse órgão fornecia diretrizes técnicas e financiamento aos Estados, às companhias estaduais de saneamento e aos Municípios. As suas atividades financeiras foram transferidas à Caixa Econômica Federal e o planejamento do saneamento básico inserido nas competências do Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente.

## **2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA GESTÃO DO SANEAMENTO BÁSICO**

A partir da redemocratização brasileira em 1985, as bases do PLANASA foram desestruturadas, movimento que foi acentuado a partir de 1991, em decorrência, principalmente, da situação precária das finanças das companhias estaduais (INFURB, 1995, p. 43).

O setor de saneamento, após o declínio do PLANASA, foi influenciado pelo movimento de reforma administrativa do Estado, que inaugurou o modelo de Administração Pública gerencial, com a aprovação da Emenda Constitucional 19, de 1998. O Ministério da Administração e Reforma do Estado, à época, sob gestão de Luiz Carlos Bresser-Pereira, lançou as bases do Estado gerencial no documento intitulado “Os avanços da reforma na administração pública”. Nele, ressalta a necessidade de redefinir o papel estatal, com o fortalecimento da regulação de mercados, a modernização da capacidade administrativa e promoção de ajuste fiscal, políticas extensíveis aos Estados e Municípios, em vista do excesso de pessoal (Brasil, 1998, p. 11-12).

O modelo gerencial no Brasil é resultado de um processo histórico. Em uma fase inicial, desde o império até o período da Era Vargas, a Administração Pública brasileira foi dominada pelo patrimonialismo, sem uma divisão clara entre os interesses públicos e privados. Em seguida, especialmente a partir dos governos de Getúlio Vargas, surgiu a Administração Pública burocrática, com parâmetros rígidos de controle de forma a combater o regime até então vigente. Bresser-Pereira destaca que a “administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos”. Segundo o autor, este modelo surgiu em um “momento em que a democracia dava seus primeiros passos, era natural que desconfiasse de tudo e de todos, – dos políticos, dos funcionários, dos cidadãos. Deveriam existir controles rigorosos e procedimentais” (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 3).

O modelo gerencial surge em contraponto ao burocrático, com foco não nos procedimentos, mas nos resultados e na qualidade dos serviços públicos. O suporte normativo para esta Administração gerencial encontra-se no art. 37 da Constituição Federal de 1988, que elenca, entre os princípios da Administração Pública, a eficiência.

Uma das formas de racionalizar e tornar mais eficientes as prestações estatais é o estabelecimento de prioridades, com reserva ao Estado de atividades cuja prestação direta é essencial e a alocação ao setor privado das atividades que este pode melhor desenvolver, por meio das concessões e parcerias público-privadas.

Foi neste contexto que surgiram as primeiras concessões dos serviços públicos de água potável e tratamento de esgoto.

O economista Frederico Turolla (1999, p. 67) examinou essas concessões: a primeira concessão plena ocorreu no município de Limeira (SP), em 1995. O município contava com 200 mil habitantes e a operação do abastecimento de água e esgotamento sanitário foi concessionada à empresa Águas de Limeira, pertencente ao grupo francês *Lyonnaise des Eaux*. Em 1997, a empresa teve uma receita operacional líquida de 18,6 milhões de reais; em 1996, o Município de Ribeirão Preto (SP) concedeu os serviços de esgotamento sanitário às empresas CH2M Hill e REK Construtora.

Desde a década de 1990 convivem, no Brasil, três modelos de prestação dos serviços de água e esgoto: i) prestação pelos Serviços Autônomos de Água e Esgoto (SAAE), regime autárquico, criados na década de 1940; ii) prestação pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico, incentivada nos governos militares; e, iii) concessão dos serviços à iniciativa privada, implementada na reforma do Estado e no modelo gerencial de Administração Pública na década de 1990.

Com a extinção do PLANASA, por meio do Decreto federal de 10 de setembro de 1991 foram criadas a Secretaria Nacional de Saneamento Básico vinculada ao Ministério da Ação Social e a Fundação Nacional da Saúde vinculada ao Ministério da Saúde. O Decreto nº 2.982/1999 transferiu as ações de saneamento para a Secretaria de Desenvolvimento Urbano, ligada à Presidência da República. A Medida Provisória nº 103/2003 remodelou a organização administrativa do Brasil e atribuiu o planejamento nacional do saneamento básico ao Ministério das Cidades (Brasil, 1991; 1999; 2003, n.p.).

Em relação à legislação setorial sobre o planejamento nacional das políticas públicas de saneamento básico, com o fim do PLANASA houve um espaço temporal sem qualquer regulamentação. A aprovação da Lei Federal nº 11.445/2007 alterou este panorama e previu o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), cujo detalhamento coube ao governo federal. O texto final do PLANSAB foi aprovado pelo Decreto nº 8.141/2013 e pela Portaria Interministerial nº 571/2013.

Em 2014, o Ministério das Cidades lançou a cartilha sobre o saneamento básico no Brasil, em que detalhou os eixos do plano aprovado. Assim, O PLANSAB foi dividido em três programas, classificados pelos critérios de integração, de financiamento e de gestão e capacitação técnica: i) programa de saneamento básico integrado, com o objetivo de estipular medidas estruturais para cobrir o *déficit* nas quatro vertentes do saneamento básico; ii) programa com a finalidade de financiar mecanismos para a extensão do saneamento em áreas rurais e em comunidades tradicionais; e, iii) programa de saneamento estruturante, com o fim de prestar apoio na gestão dos serviços, com medidas de assistência técnica, a capacitação e o desenvolvimento tecnológico dos titulares dos serviços de saneamento (Brasil, 2014, p. 29).

No âmbito do PLANSAB, a prestação pelas companhias estaduais (CESB) foi preservada. O art. 10 da Lei Federal nº 11.445/2007 previu a prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresas do Estado não integrantes do ente federativo titular, município. O vínculo jurídico entre tais empresas e os municípios foram os contratos de programa. Este é um instrumento negocial previsto na Lei Federal nº 11.107/2005, que dispôs sobre as normas gerais de contratação

de consórcios públicos, com o fim de transferir a execução de um serviço público de titularidade de um ente federativo para outro. Conforme art. 13, da Lei Federal nº 11.107/2005:

deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos (Brasil, 2005, n.p.).

Apesar do planejamento nacional realizado pelo PLANSAB, os investimentos na área de saneamento não foram constantes. Com o lançamento do Programa Federal de Aceleração do Crescimento (PAC), criado pela Lei Federal nº 11.578/2007, os investimentos em saneamento foram crescentes e previu a transferência obrigatória de verbas federais aos Estados e Municípios para ações de interesse da União, definidas pelo Comitê Gestor do PAC. O art. 7-A desse diploma normativo dispõe sobre a possibilidade de transferência aos municípios de recursos federais para ações de saneamento básico, mesmo que prestados por empresas estatais estaduais (Brasil, 2007, n.p.).

Fatores tais quais a crise econômica enfrentada pelo Brasil a partir de 2016 e a incapacidade estatal em promover os investimentos necessários à universalização, culminaram com a aprovada Lei Federal nº 14.026/2020, diploma que alterou a Lei Federal 11.445/2007, com destaque para a vedação para novos contratos de programa para a execução dos serviços públicos de saneamento básico pelas empresas estatais estaduais.

### **3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO: NEGÓCIOS JURÍDICOS SUSTENTÁVEIS**

Os princípios norteadores, conforme lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 53), compõem um regime jurídico. No atual sistema gestão dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário, entre os princípios eleitos pela Lei Federal nº 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026/2020, em seu art. 1º, destaca-se a universalização do acesso e a efectiva prestação dos serviços. O meio adotado pelo MLSB para o alcance desse objetivo central foi a desestatização do setor.

O Supremo Tribunal Federal (2022, p. 38), nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 6.536/DF, apontou que a legislação externou uma vontade política inequívoca: a transferência da prestação dos serviços de saneamento básico à iniciativa privada, mediante a concessão, de forma a prover a infraestrutura necessária com capital privado. A partir desses objetivos centrais, a legislação prevê mecanismos para tornar o setor mais atrativo ao mercado, tais quais, a prestação regionalizada, a parametrização regulatória e os incentivos financeiros aos entes infracionais.

O principal fator a ensejar a desestatização decorre da vedação de celebração de novos contratos de programa, convênios ou termos de parceria entre os municípios e as Companhias Estaduais de Saneamento Básico. Os contratos de programa vigentes foram considerados válidos desde que as Companhias Estaduais comprovassem aos municípios a capacidade econô-

mico-financeira em promover os investimentos necessários à universalização dos serviços até 2033.

A comprovação de referida capacidade econômico-financeira foi certificada pelas agências reguladoras competentes para regular o serviço, mediante a análise dos planos de investimentos apresentados pelas Companhias Estaduais. Originalmente, o prazo para o procedimento encerraria em dezembro de 2022, conforme o revogado art. 10 do Decreto nº 10.710, cuja data foi alterada pelo Decreto nº 11.598/2023 para 31 dezembro de 2023 (Brasil, 2023, n.p.).

Os Decretos nº 11.598/2023 e 11.599/2023 representam alterações importantes no setor, diante da mudança de comando do Poder Executivo Federal com as eleições gerais de 2022. Os diplomas regulamentam os aspectos referentes: i) a extensão do prazo para a certificação da capacidade econômico-financeira das Companhias Estaduais; ii) esclarece a diferença entre sub-contratação e as Parcerias Público-privadas celebradas pelas Companhias Estaduais; iii) extensão do prazo para a adesão municipal às formas de prestação regionalizada.

O art. 11-A do MLSB dispõe sobre as subdelegações, ou subcontratações, com o estabelecimento de um limite de até 25% do contrato original para esta figura contratual:

Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado,

para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato (Brasil, 2023, n.p.).

O Decreto nº 11.599/2023 excluiu do âmbito de influência da limitação para subcontratações as hipóteses de celebração de parcerias público-privadas, ainda que realizadas por delegatárias, como as Companhias Estaduais, ou concessionárias:

Nos termos do disposto no caput do art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007, o limite de vinte e cinco por cento previsto no caput deste artigo não se aplica a parcerias público-privadas, realizadas nos termos do disposto na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em quaisquer das modalidades admitidas, ainda que sejam contratadas por prestador delegatário ou concessionário de serviços, desde que os ganhos de eficiência decorrentes da contratação sejam compartilhados com o usuário dos serviços. (Brasil, 2023, n.p.).

A subcontratação é instrumento previsto na Lei Federal nº 14.133/2021, que no art. 122 prevê que “na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração”. O MLSB, em seu art. 11-A, possibilitou a subcontratação, observado o limite de até 25% do objeto contratual.

As parcerias público-privadas, por sua vez, são regulamentadas pela Lei Federal nº 11.079/2004 e se classificam em concessões administrativas e patrocinadas. Segundo a legislação, em seu art. 2º, §2º, a primeira ocorre quando há “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a

usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens". Nesse caso, a Administração Pública remunera o contratado mediante contraprestação, ou seja, com recursos orçamentários. Na concessão patrocinada, conforme art. 2º, §1º, há a "concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado" (Brasil, 2004, n.p.).

Um dos modelos de negócio adotados pelas companhias estaduais foi a contratação de concessões administrativas, com a prestação dos serviços pela iniciativa privada dos serviços de saneamento básico regulados pelos contratos de programa celebrados entre o município e estas estatais. Com a medida, as Companhias Estaduais incorporaram aos contratos de programa os planos de investimentos viabilizados pelas concessões administrativas, de forma a cumprir com as disposições do MLSB que condicionou a validade dos contratos de programa à comprovação da capacidade econômico-financeira.

Em que pese o novo decreto fragilizar o objetivo central do regime jurídico do MLSB, este não pode ser revogado por ato infralegal. Para conferir efetividade à desestatização do setor pretendida, foram previstos mecanismos auxiliares, como a prestação regionalizada e a parametrização regulatória com a expedição de normas de referência pela Agência Nacional das Águas e Saneamento (ANA).

Uma das características da prestação realizada pelas Companhias estaduais é a promoção de subsídios cruzados entre os municípios do Estado. Mediante gestão associada dos municípios,

são mescladas localidades economicamente superavitárias e deficitárias. De forma a substituir a gestão associada pelas Companhias Estaduais, o MLSB, em seu art. 2º, XIV, alocou a prestação regionalizada tal qual um princípio fundamental do saneamento básico. O mecanismo visa: à geração de ganhos de escala; à garantia da universalização; e à viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços.

Os ganhos de escala são atingidos com a união de um número significativo de municípios, o que promove a redução dos custos operacionais e o aumento das receitas tarifárias. Por exemplo, a construção de uma estação de tratamento de esgoto (ETE) torna-se mais econômica e seu uso é maximizado quando atende a um grupo de municípios. A garantia da universalização tem por foco as metas previstas no art. 11-B, com o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033. A garantia da viabilidade técnica dos serviços, tal qual a prevista no art. 43 do MLSB, tem a finalidade de atender aos requisitos mínimos de qualidade, regularidade, continuidade, atendimento dos usuários e condições operacionais e de manutenção dos sistemas (Brasil, 2020, n.p.). Sobre a viabilidade técnica, defende-se que a legislação é restrita aos critérios essencialmente operacionais, afetos à infraestrutura dos serviços, em desconsideração de fatores ambientais.

A garantia da viabilidade econômico-financeira é, defende-se, o ponto de maior preocupação da nova legislação. Somente este aspecto foi regulamentado, tanto pelo já revogado Decreto Federal nº 10.588/2020 quanto pelo atual Decreto nº 11.599/2023. Este normativo, no art. 6º, §1º, dispõe que as “unidades regionais

de saneamento básico deverão apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento básico” (Brasil, 2020, n.p.).

Um dos mecanismos utilizados para viabilizar a concessão dos serviços à iniciativa privada é o *soft law*, em contraponto ao *hard law*. Segundo lições do Professor Egon Bockmann Moreira (2014, p. 117), em comentários sobre a regulação no Brasil, destaca que “a regulação soft estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, premiais, e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas”. Não poderia ser diferente, uma vez definida a titularidade municipal dos serviços de saneamento, seria vedado à União reivindicar a regulação de tais serviços, por ofensa ao pacto federativo.

Nesse contexto, o MLSB atribui à ANA a competência para expedição de normas de referência, com a finalidade de promover a parametrização nacional de aspectos regulatórios. Por se tratar de serviços públicos municipais, o saneamento básico envolve um arcabouço regulatório pulverizado e os padrões e normas para a adequada prestação e sua expansão da qualidade e satisfação dos usuários são definidos com discricionariedade pelas agências reguladoras infracionais. Sob o aspecto de competências federativas, a regulação autônoma pelas agências definidas pelos titulares municipais está em linha com os preceitos da Constituição Federal, que lhes outorgou autonomia para avaliar os aspectos locais. Contudo, sob o aspecto econômico, no sentido de atrair investimentos de capital privado, a liberdade regulatória poderá gerar insegurança ao investidor privado.

Com vistas a um direito regulatório e setorial mais previável, o art. 22 do MLSB dispõe que os padrões e normas para a adequada prestação e expansão da qualidade dos serviços e a satisfação dos usuários devem observar as normas de referência editadas pela ANA. Os professores Fernando Scaff e Raquel Guimarães (2021, p. 23), em artigo que tratam das normas de referência, destacam que elas: “não substituem a atividade de regulação, mas fornecem diretrizes, para orientar as entidades reguladoras”. Portanto, não se trata de regulação direta dos serviços de saneamento, mas de uma busca pela harmonização do ambiente regulatório por meio dos estandartes a serem seguidos pelos entes reguladores definidos pelos titulares municipais.

O MLSB dispõe, ainda, de incentivos para a adesão às suas diretrizes. No art. 50, VII e VIII, há requisitos para a alocação de recursos públicos federais e de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União, quais sejam: à adequação do município à prestação regionalizada e às normas de referência expedidas pela ANA. O art. 50, §1º, estabelece ainda uma priorização para aplicação de recursos em municípios que, apesar de integrantes das estruturas de prestação regionalizada, eles se mostram deficitários (Brasil, 2020, n.p.).

Sobre a alocação de recursos federais, sobretudo a sanção de não acesso a repasses federais voluntários, os que não possuem mandamento constitucional, aos demais membros federativos, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Regra semelhante é prevista no artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que dispõe de uma série de requisitos para a transferência de recursos da União para outro ente da Federação, a título de

cooperação, auxílio ou assistência financeira (Brasil, 2000, n.p.). Neste dispositivo há vedação, por exemplo, de repasses voluntários aos Entes Federativos que estão inadimplentes com tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao Ente transferidor de recursos.

Apesar de a consequência ser a mesma do MLSB, qual seja, o não repasse de recursos federais voluntários, o fundamento de validade não parece, defende-se, semelhante para cada um desses diplomas legais. A vedação de recursos pela irresponsabilidade fiscal do Ente receptor parece uma consequência jurídica adequada. Contudo, as restrições do MLSB em seu art. 50, VII e VIII, argumenta-se, recupera a tônica autoritária utilizada no período de ditadura militar, em que o Banco Nacional de Habitação (BNH) condicionava o repasse de recursos à prestação dos serviços públicos pelas Companhias Estaduais de Saneamento.

A forma federal de Estado é considerada pela Constituição Federal de 1988 cláusula pétrea, visto que o art. 60, §4º, I do texto constitucional determina que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado” (Brasil, 1988, n.p.). A autonomia federativa, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 421) “consiste essencialmente nos poderes de auto-organização (incluída a autolegislação) e autogoverno (este abarcando a autoadministração) das unidades federadas”. A autoadministração é traço essencial do modelo federal, inserido neste campo a autonomia para a gestão dos serviços públicos constitucionalmente alocados entre as competências do ente federativo.

A alocação de recursos federais, tal qual instrumento para o alinhamento com as diretrizes centrais, é melhor desenvolvida na jurisprudência estrangeira. Nos Estados Unidos, em que o mecanismo é denominado de *spending power*, o Governo Federal utiliza deste instrumento para a promoção de incentivos aos entes infranacionais. A Suprema Corte norte-americana tratou do tema no julgado sobre *South Dakota vs. Dole*, ação proposta pelo Estado da Dakota do Sul em face da Secretaria Nacional de Transportes, Elizabeth Dole. O julgado decidiu pela constitucionalidade da lei federal de 1984, a *National Minimum Drinking Act*, legislação que restringiu os repasses federais, em até 10%, para fundos estaduais de conservação de rodovias, quando os respectivos Estados não fixassem a idade mínima de 21 anos para a ingestão de bebidas alcoólicas. A Suprema Corte considerou o instrumento legítimo, mas estabeleceu parâmetros:

Embora muitos argumentem que a dependência dos estados de financiamento federal essencialmente os forçou a cumprir a lei, o Juiz Rehnquist considerou que 10% era uma quantia suficientemente pequena, que fornecia um incentivo em vez de obrigar os estados a cumprirem os requisitos da lei. Ele desenvolveu um teste em cinco etapas para determinar se era constitucional tornar o financiamento federal dependente de revisões de lei por parte dos Estados. O teste consistiu em avaliar se o ato promove o bem-estar geral, se a condição de alteração da legislação estadual é inequívoca, se a condição tem ligação com interesse federal em determinados projetos ou programas nacionais, se a condição não é inconstitucional em si mesma e se a condição não é excessivamente coercitiva. As principais áreas de discussão são os dois últimos fatores, uma vez que a maioria das leis fede-

rais atende aos três primeiros requisitos (US Supreme Court, 1987, n.p., tradução nossa)<sup>1</sup>.

É possível analisar as restrições do MLSB nas cinco etapas descritas pela Corte norte-americana. Adaptadas ao modelo federativo brasileiro, estas fases de avaliação são: i) avaliar se o ato promove o bem-estar geral; ii) se a condição imputada à seara estadual ou municipal, é inequívoca; iii) se a condição tem ligação com interesse federal em determinados projetos ou programas nacionais; iv) se a condição não é *inconstitucional* em si mesma e v) se a condição não é excessivamente coercitiva.

Da avaliação dessas balizas quanto às sanções previstas no MLSB, conclui-se que: i) na primeira fase, tal qual ressaltado no julgado, não há discussões, pois é presumível que a legislação federal tenha por finalidade o bem-estar geral; ii) na segunda fase avalia-se se a condição de alteração da legislação estadual é inequívoca. No MLSB, a análise se mostra questionável visto que, diante do pacto federativo, não é inequívoca a sujeição dos entes municipais à prestação regionalizada e regulação com base nas normas da ANA; iii) na terceira fase, examina-se se a condição tem ligação com interesse federal em determinados projetos ou programas nacionais. Compete à União as diretrizes

1 While many would argue that the reliance of states on federal funding essentially forced them to comply with the Act, Rehnquist felt that 10% was a sufficiently small amount that provided an incentive rather than compelling states to meet the Act's requirements. He developed a five-part test for determining whether making federal funding contingent on such revisions to state law was constitutional. This consisted of evaluating whether the spending promotes the general welfare, the condition is unambiguous, the condition has a connection to a federal interest in certain national projects or programs, the condition is not unconstitutional in itself, and the condition is not overly coercive. The main areas for argument are the last two factors, since most federal laws meet the first three requirements (US Supreme Court, 1987, n.p.).

gerais para o setor de saneamento; iv) na quarta fase, é verificado se a condição não é inconstitucional em si mesma. Em vista do pacto federativo brasileiro, é defensável a inconstitucionalidade de tais medidas; v) na quinta fase, é examinado se a condição não é excessivamente coercitiva. Sobre esse aspecto, defende-se que o MLSB extrapolou da proporcionalidade em relação às sanções.

A lei em análise não apenas vedou a alocação de recursos federais, mas, também, restringiu acesso às linhas de financiamentos por instituições bancárias geridas com recursos federais, a exemplo da Caixa Econômica Federal. As instituições bancárias federais são os maiores financiadores dos municípios brasileiros. Portanto, defende-se que a punição é excessiva, sobretudo quando considerada a realidade fiscal brasileira, e que são raros os municípios com autossuficiência financeira, diante da desigual distribuição de receitas tributárias no regime jurídico pátrio.

O Decreto nº 11.599/2023 tentou neutralizar também as sanções aos municípios. Em seu art. 15, suspendeu até 31 de dezembro de 2025 o prazo para que os entes municipais aderissem às estruturas de prestação regionalizadas, prazo em que não haverá restrição quanto à alocação de recursos públicos federais. O decreto prioriza outras condicionantes, a exemplo do art. 10, que estabelece que os recursos federais serão condicionados: “ao alcance de índices mínimos de: a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira, (...); e b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico” (BRASIL, 2023, n.p.).

Apesar dos movimentos do atual governo federal em direção à manutenção das Companhias Estaduais, o Poder legislativo brasileiro continua na defesa das diretrizes anteriores. Em 03 de maio de 2023, a Câmara dos Deputados (2023, n.p.), por meio de decreto legislativo, sustou trecho do Decreto nº 11.467/2023, em relação à prorrogação do prazo para obter o certificado de capacidade econômico-financeira das companhias estaduais de saneamento, que foi posteriormente revogado pelo Poder Executivo e reeditado com o número 11.599/2023.

O regime jurídico vigente quanto à gestão e regulação dos serviços de água e esgoto priorizam a racionalidade econômica e a celebração de negócios jurídicos nesse ambiente, a exemplo de contratos de concessão com a iniciativa privada, pode promover de forma mais célere os investimentos em infraestrutura, contudo, não se trata de uma universalização de acesso e permanência sustentáveis em uma concepção ambiental.

O negócio jurídico, para o professor Antônio Junqueira de Azevedo, pode ser analisado sob dois ângulos, quanto à sua gênese e quanto à sua função. Em relação à gênese, trata de ato de vontade que visa à produção de efeitos. Quanto à função, é um preceito de norma jurídica concreta, que busca fundamento em normas abstratas superiores e que, em razão de suas circunstâncias, é visto tal qual uma declaração de vontade (Azevedo, 2009, p. 1-2).

A celebração de negócios jurídicos públicos pressupõe uma relação entre sujeitos, que exteriorizam suas vontades sobre determinado objeto. Nessa relação, um dos sujeitos é o Estado, no exercício de suas competências legais e o outro sujeito poderá ser pessoa física ou jurídica, nos termos previstos em

lei e no processo de seleção (licitação) para exercerem direitos e deveres jurídicos.

Os negócios jurídicos relacionados à prestação dos serviços de saneamento básico podem adotar as seguintes formas: i) prestação indireta, por meio de outorga à pessoa jurídica de direito público integrante da administração indireta do próprio titular dos serviços, tal qual as autarquias ou empresas estatais municipais (leis específicas); ii) prestação indireta por delegação da execução para pessoa jurídica de natureza privada de titularidade de outro membro federativo, a exemplo das empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais (contrato de programa); iii) prestação indireta para execução por meio da iniciativa privada mediante contrato administrativo de concessão do serviço público.

Os requisitos de validade dos negócios jurídicos do setor de saneamento básico são delineados pelo art. 11 do atual MLSB:

São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: I - a existência de plano de saneamento básico; II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico; III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato. V - a existência de metas e cronograma

de universalização dos serviços de saneamento básico (BRASIL, 2020, n.p.).

Tem-se, portanto, a preocupação do MLSB em conferir aos negócios jurídicos de saneamento básico a viabilidade técnica e econômico-financeira de modo a alcançar as metas de universalização de acesso. A legislação vigente, mais uma vez, prioriza a racionalidade econômica e a universalização de acesso em face da proteção dos recursos naturais, especialmente a água.

Contudo, os serviços de saneamento básico possuem relação com os recursos hídricos, o abastecimento de água potável, quando realizado de forma inadequada, acarreta uma demanda exacerbada e superexploração dos recursos hídricos; a coleta e destinação de esgoto sanitário, quando não tratado adequadamente, contamina os corpos hídricos além de exigir da população a busca por outras fontes para o consumo, o que também culmina na superexploração (Acselrad, 2013, p. 64).

O inadequado gerenciamento das atividades de coleta e tratamento de água e esgoto trazem impactos negativos aos recursos hídricos, a exemplo das regiões localizadas sob a área de influência do Aquífero Guarani, o maior reservatório de água doce subterrânea do planeta. Sobre o tema, o professor Maurício Moreira dos Santos (2009, p. 156-158), em análise das estatísticas fornecidas pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo, destaca esta realidade em áreas sensíveis do Aquífero Guarani localizadas no Estado de São Paulo. O autor salienta que um dos fatores foi a inapropriada gestão do abastecimento de água potável, que culminou na perfuração de poços irregulares, em especial na década de 1990.

A proteção aos recursos hídricos no âmbito dos negócios jurídicos de saneamento básico adquire um alto grau de importância quanto às razões justificadoras para a viabilidade econômica dos contratos (art. 37, XXI da CF/88) e na universalização não sustentável de acesso ao saneamento (art. 6º da CF/88 e art. 225 da CF/88). Assim, uma vez realizada a adequada priorização da racionalidade do Planeta Terra, com a correta valoração ambiental dos recursos naturais e articulação das políticas de água e esgoto e gestão dos recursos hídricos, o Estado não pode se afastar, mesmo no âmbito de parcerias com a iniciativa privada, de prover recursos necessários para a universalização sustentável desses serviços públicos.

Para tanto é que existem as concessões patrocinadas, a qual se aplica, conforme art. 2º, §1º, da Lei Federal nº 11.079/2004, “quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (Brasil, 2004, n.p.). Essa modalidade se aplica justamente quando as tarifas não são suficientes para custear as infraestruturas necessárias para a prestação dos serviços e remunerar o parceiro privado em contratos de concessão. Na hipótese de a correta valoração ambiental tornar a valoração monetária negativa, cabe ao Estado, em sentido lato, o aporte de recursos destinados à universalização.

O MLSB estabelece mecanismos para que a União forneça suporte financeiro aos membros federativos, com o fim de conceder benefícios ou incentivos orçamentários, fiscais ou creditícios (art. 50, §5º), além de operações estruturadas de financiamentos realizados com recursos de fundos privados de

investimento, de capitalização ou de previdência complementa (art. 50, §2º).

Em âmbito estadual, alguns entes federativos possuem legislações sobre a possibilidade de apoio financeiro aos municípios destinadas às políticas de saneamento básico, tal qual o Estado de Mato Grosso do Sul, que no art. 4º, §4º, da Lei Estadual nº 5.989/2022 prevê que o fornecimento de apoio técnico e financeiro aos Municípios. Ante a priorização da racionalidade ambiental, esses apoios devem ser destinados ao financiamento da universalização sustentável de acesso aos serviços de água e esgoto.

É possível ainda que os custos adicionais pela gestão e regulação sustentáveis dos serviços de água e esgoto sejam acomodados em diferentes bandas tarifárias, com o estabelecimento de tarifas sociais subsidiadas por todos os outros usuários, de modo a conservar o equilíbrio econômico-financeiro de eventual contrato de concessão.

Para promover a justiça ambiental e equilibrar os contratos de concessão e, ainda, tornar o uso da água mais racional em razão da elevação do custo ao usuário, o preço da água potável no Brasil deve se alinhar às práticas internacionais. A precificação adequada se coaduna também com as premissas da economia ecológica. O economista Charles Mueller destaca que os modelos econômicos historicamente partem da premissa de que o Sistema da Terra absorverá toda a poluição gerada e que não haverá um indivíduo, proprietário desse sistema, que possa exigir um preço pelo uso dos recursos naturais do planeta e sua utilização tal qual um depósito de rejeitos. Portanto, não há custos internos aos agentes econômicos, tanto produtores

quanto consumidores. Porém, esse processo de desconsideração da racionalidade ambiental impõe custos externos para a sociedade toda (Mueller, 2004, p. 112).

Para todos os agentes econômicos envolvidos na prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto sanitário, seja o Poder Público, as concessionárias e os usuários, mostra-se confortável a manutenção do sistema vigente, pois toda a poluição oriunda do fluxo operacional dos serviços será absorvida pela Terra sem um preço interno suportado por esses agentes, mas invariavelmente os custos externos serão suportados pela sociedade.

Todos esses sujeitos da relação jurídica nos negócios jurídicos de saneamento básico, que não suportam seus custos internos, têm deveres expressos no ordenamento constitucional brasileiro quanto à sustentabilidade.

A coletividade tem o dever de defender e preservar o meio ambiente para a presente e futuras gerações (art. 225 da CF). Os agentes econômicos devem observar, por mandamento do art. 170 da CF, “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (BRASIL, 1988, n.p.).

O Poder Público, além das previsões constitucionais, possui deveres ainda mais robustos na lei geral de contratações públicas. Os contratos de concessão têm regras específicas dispostas na Lei Federal nº 8.987/1995, porém, lhes são aplicadas subsidiariamente as disposições da lei geral, a atual Lei Federal nº 14.133/2021. Entre os princípios que regem os contratos

administrativos está a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e o incentivo, no art. 144, para que contratações de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, estabeleçam remuneração variável por critérios de sustentabilidade ambiental (Brasil, 2021, n.p.).

A Advocacia-Geral da União lançou, em 2022, um Guia Nacional de Contratações Sustentáveis e, entre os critérios e práticas nos contratos públicos, elencou o baixo impacto e a maior eficiência na utilização de recursos naturais, tal qual a água, além da origem ambientalmente adequada desses recursos utilizados no fornecimento de bens, prestação de serviços e realização de obras (Brasil, 2022, p. 30).

Para o professor José dos Santos Carvalho Filho, diante da previsão do desenvolvimento nacional sustentável entre os princípios das contratações públicas, a Administração deve ponderar as vantagens econômicas com as matrizes de sustentabilidade protetoras do meio ambiente. O vultuoso poder de compra do Estado pode servir de balizador ao mercado, que se adequará às diretrizes estabelecidas em contratos administrativos (Carvalho Filho, 2022, p. 207). Portanto, as contratações públicas que priorizam a racionalidade ambiental se tornam importantes instrumentos para mudanças ambientalmente sustentáveis da ordem econômica.

Além das diretrizes de sustentabilidade a serem observados nos contratos administrativos, os processos licitatórios também adquiriram critérios sustentáveis para o seu processamento, o que deve ser aplicado nas concorrências públicas sobre concessões de água e esgoto. Conforme a Advocacia Geral da União (AGU), uma licitação sustentável ocorre quando “integra

considerações socioambientais em todas as suas fases, com o objetivo de reduzir impactos negativos sobre o meio ambiente e, via de consequência, aos direitos humanos” (BRASIL, 2022, p. 25).

Nesse contexto, o conceito de vantajosidade para efeito de critério de seleção durante o processo licitatório também foi reformulado pela Lei Federal nº 14.133/2021, que em seu art. 11, I, considera todo o ciclo de vida do objeto a ser contratado (Brasil, 2021, n.p.). Trata-se de diretriz importante para, durante a fase licitatória, ser possível à Administração Pública selecionar fornecedores e prestadores, inclusive concessionárias de serviços públicos, para promover forma ambientalmente adequada tanto na extração de recursos naturais quanto o depósito de rejeitos envolvidos no objeto da licitação.

Em ponderação, a partir dos princípios aplicáveis aos negócios jurídicos que envolvem os serviços públicos de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto sanitário, diante de argumentos de viabilidade econômica e universalização a qualquer custo, defende-se que a proteção dos recursos hídricos adquire primazia.

## CONCLUSÃO

No Brasil, os serviços públicos de abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgoto sanitário são direitos sociais e ambientais, de nível constitucional (CF/88), e devem ser gerenciados, regulados e prestados conforme o Marco Legal do Saneamento Básico (MLSB), nos termos da Lei Federal nº 11.445/2007, alterada com a Lei Federal nº 14.026/2020, e

regulamentação que seguiu. Esta legislação tem suas diretrizes fundamentadas na organização político-administrativa federal e prestigia: i) a viabilidade econômica (art. 2º, VII); ii) a universalização de acesso (art. 2º, I); iii) a preservação do meio ambiente (art. 2º, III); iv) e a centralização da gestão nas situações de prestação regionalizada (art. 2º, XIV).

A forma de planejar, gerenciar e prestar tais serviços, de competência municipal, regrada pelo MLSB, via administração direta ou indireta, não traz a segurança hídrica necessária para preservar a vida da presente e das futuras gerações. Destaca-se que o marco legal foi construído com fundamento na organização político-administrativa federal que não coincide com a racionalidade hidrográfica, tal qual a utilizada pelo Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos-SNGRH (Lei Federal nº 9.433/1997), e com as diretrizes de um Estado Ambiental (art. 225 CF/88), fundado nos princípios da precaução, prevenção, reparação e mitigação dos ecossistemas da Terra.

É importante construir soluções para enfrentar a duradoura crise na prestação dos serviços de abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto sanitário no Brasil. Para tanto é necessário considerar, com primazia, o sistema da Terra e valorar os preciosos recursos hídricos utilizados nos fluxos operacionais dos serviços de água e esgoto. Estas diretrizes devem sustentar negócios jurídicos públicos analisados, sem descuidar da viabilidade econômico-financeira e da universalização de acesso e permanência.

Para tanto, é possível recuperar institutos jurídicos já consolidados, a exemplo da Concessão patrocinada, para considerar a desigualdade socioeconômica dos seus usuários por meio

de aportes estatais, ou mesmo em uma concessão comum, remunerada apenas com receitas oriundas do usuário, promover uma melhor equalização tarifária dos serviços, em linha dos padrões internacionais. Sempre com o fim de cumprir deveres constitucionais relacionados à sustentabilidade ambiental, direcionados a todos os sujeitos das relações jurídicas desse setor.

Essa união está pautada no vínculo da solidariedade intergeracional a ser defendida nas diferentes relações humanas, em especial, pelo Estado, que tem competências para normatizar condutas. É preciso contribuir decisivamente para conviver com as conquistas de um Estado ambiental, para tanto, exige-se reconhecer que as intervenções humanas devem ser revistas em um giro político, econômico, social e jurídico de modo a garantir a sobrevivência desta e das próximas gerações humanas.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação:** os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: HUCITEC, 1998.

ACSELRAD, Moema Versiani. **Proposta de aperfeiçoamento da metodologia de cobrança do setor de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro à luz do objetivo de racionalização do uso dos recursos hídricos.** 2013. Tese (Doutorado em Engenharia Civil) – Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 161, 2013.

ADRIANA, Tatiana; PESSOA, Alexandre. **SESP:** 75 anos de luta pela saúde pública. Disponível em: <https://pnsr.desa.ufmg.br/sesp-75-anos-de-luta-pela-saude-publica/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Consultoria-Geral da União. **Guia Nacional de Contratações Sustentáveis**. 5. ed. Brasília: AGU, 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 3. ed. São Paulo: GEN, 2018.

ANA. **Instrumentos Econômicos Aplicados à Gestão de Recursos Hídricos**: Caminhos para sua adoção em situações de conflito pelo uso da água no Brasil. Brasília, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30493/instrumentos-economicos-aplicados-a-gestao-de-recursos-hidricos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jul. 2023.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Parceria público-privada**: introdução e perspectiva geral. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo *et al.* In: Guia de certificação de parcerias público-privadas (PPPs) da APMG. Washington, 2019. Disponível em: [www.ppp-certification.com/files/documents/Capítulo%201%20-%20Parceria%20Público-Privada%20-%20Introdução%20e%20Perspectiva%20Geral%20-%20Aug%202019.pdf](http://www.ppp-certification.com/files/documents/Capítulo%201%20-%20Parceria%20Público-Privada%20-%20Introdução%20e%20Perspectiva%20Geral%20-%20Aug%202019.pdf). Acesso em: 04 de jun. de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Decreto nº 2.982, de 04 de março de 1999.** Dispõe sobre a transferência da Secretaria de Política Urbana do Ministério do Orçamento e Gestão para a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, e dá outras providências: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2982.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2982.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Decreto nº 11.599, de 12 de julho de 2023.** Dispõe sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, o apoio técnico e financeiro de que trata o art. 13 da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/decreto/D11599.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11599.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Decreto Presidencial de 10 de setembro de 1991.**

Cria o Comitê Nacional de Saneamento, e dá outras provisões: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DSN&numero=10/09-5&ano=1991&ato=12eATTq5EMFpWT155>. Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1934]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1934]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.275, de 01 de abril de 1942.** Autoriza o Ministério da Educação e Saúde a organizar um serviço de Saúde Pública em cooperação com Instituto Office Interamerican Affairs of the United States of America. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1942]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4275-17-abril-1942-414257-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.321, de 21 de maio de 1942.** Aprova o acordo sobre saúde e saneamento do Vale do Amazonas entre o Brasil e os Estados Unidos da América, firmado em Washington, a 11 de março de 1942. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1942]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4321-21-maio-1942-414512-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.325, de 21 de maio de 1942.** Aprova o Acordo para a expansão da produção e compra da borracha brasileira e produtos manufaturados de borracha entre o Brasil e os Estados Unidos da América, firmado em Washington, a 3 de março de 1942. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1942]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/529411/publicacao/15835470>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 949, de 13 de outubro de 1969.** Dispõe sobre aplicações de recursos pelo BNH nas operações de financiamento para Saneamento e dá outras providências: Presidência da República, [1969]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0949.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007.** Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, e sobre a forma de operacionalização do Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social – PSH nos exercícios de 2007 e 2008. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11578.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11578.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

**BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1916]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.750, de 11 de abril de 1960.** Autoriza o Poder Executivo a transformar em Fundação o Serviço Especial de Saúde Pública, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1960]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3750.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3750.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978.** BRASIL. [Lei nº 3.750, de 11 de abril de 1960]. Autoriza o Poder Executivo a transformar em Fundação o Serviço Especial de Saúde Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1978]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6528.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.528%20DE%2011%20DE%20MAIO%20DE%201978.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20tarifas%20dos,b%C3%A1sico%2C%20e%20d%C3%A1s%20outras%20provid%C3%A1ncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6528.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.528%20DE%2011%20DE%20MAIO%20DE%201978.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20tarifas%20dos,b%C3%A1sico%2C%20e%20d%C3%A1s%20outras%20provid%C3%A1ncias). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997.** Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Brasília, DF: Presidência da República, [1987]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19433.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 103, de 01 de janeiro de 2003.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/antigas\\_2003/103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2003/103.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Serviços de Saúde Pública. 30 anos de atividades em saúde pública. Rio de Janeiro, 1972. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/10002000296.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Os avanços da reforma na administração pública. Brasília, 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/777/641>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. **Plano Nacional de Saneamento Básico.** Brasília, 2014. Disponível em: [https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/plansab\\_texto\\_editado\\_para\\_download.pdf](https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/plansab_texto_editado_para_download.pdf). Acesso em: 15 jul. 2023

BRASIL. Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento. **Diagnóstico dos serviços de Água e Esgoto.** Brasília, 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 47, n. 1, jan.-abr., p. 07-40, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 36. ed. São Paulo: GEN, 2022.

DE MELLO, Marcus André Barreto Campelo. O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico. **Revista de Administração Pública**, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 84-102, 1989.

FERREIRA, Carlos Kawall Leal. **O financiamento da indústria e da infraestrutura no Brasil**: crédito de longo prazo e mercado de capitais. 1995. Tese (Doutorado em Ciência Econômica) – Universidade de Campinas. Campinas, p. 265, 1995.

GUIMARÃES, Raquel Lamboglia; SCAFF, Fernando Facury. **A edição de “normas de referência” pela ANA**: autonomia municipal, orçamento republicano e controle. Revista Fórum Direito Financeiro e Econômico – RFDDE, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 19-33, fev. 2021. HABERMAS, Jurgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. v. 1. Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. MANTILLA, William Carrasco. **Políticas públicas para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en las áreas rurales**. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2011. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3842>. Acesso em: 15 jul. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. Projeto de Concessão administrativo de Esgotamento sanitário. Campo Grande, 2020. Disponível em: <https://www.epe.segov.ms.gov.br/esgotamento-sanitario/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. Projeto de regionalização do saneamento básico. Campo Grande, 2022. Disponível em: <https://www.epe.segov.ms.gov.br/consulta-publica-minuta-do-pl-de-regionalizacao-do-saneamento/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do Direito da regulação no Brasil ?** In: ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito da Regulação e Políticas Públicas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.

MUELLER, Charles. **Os economistas e as inter-relações entre o sistema econômico e o meio ambiente**. 1. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

NÚCLEO DE PESQUISA EM INFORMAÇÕES URBANAS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - INFURB. Fundamentos e proposta de ordenamento institucional. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria de Política Urbana/IPEA, (Série de Modernização do Setor Saneamento, 1), 1995.

RIO DE JANEIRO. Procedimento licitatório sob a modalidade de concorrência internacional nº 01/2020 - Anexo IV ao Contrato – Caderno de Encargos da Concessão. Estado do Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documents/grupo2/ANEXO-IV-Caderno-de-Encargos.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SANTOS, Maurício Moreira dos. **Gerenciamento de recursos hídricos subterrâneos**: uso atual e potencial do sistema aquífero Guarani no estado de São Paulo (SP). 2009. Tese (Doutorado em Geociências e Meio Ambiente) – Universidade Estadual Paulista. Ribeirão Preto, p. 306, 2009.

SARAIVA, Alessandra; VASCONCELOS, Gabriel. Desembolsos do BNDES caem ao menor nível desde 1997. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/18/desembolsos-do-bndes-caem-ao-menor-nivel-desde-1997.ghtml>. Acesso em: 15 jul. 2023.

TUROLLA, Frederico Araújo. **Provisão e operação de infraestrutura no Brasil**: o setor de saneamento. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) – Escola de Administração e Economia da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 94, 1999.





# **NEGÓCIOS JURÍDICOS TRANSGÊNEROS E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS**

Fábio Eduardo Biazon Abrantes  
Philippe Antônio Azevêdo Monteiro

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, enumera os objetivos que devem ser considerados por todos os governos, mercado e sociedade civil, para promover uma convivência que realiza valores, em destaque, a justiça social. Neste estudo o enfoque é para a importância da realização deste valor no âmbito econômico (Art. 170 CF/88), por meio da responsabilidade social das empresas, ao realizar a inclusão socioeconômica das pessoas transgêneras. Gerar oportunidade por meio de negócios jurídicos transgêneros expõe à sociedade a cultura empresarial e o compromisso que ela tem com o Estado brasileiro no sentido de minorar as exclusões cuja fonte é, especialmente, o preconceito quanto às questões de gênero, que culminam em violências. Os esforços desta comunidade por seu reconhecimento, legitima políticas públicas não somente de acesso, mas, também, de

permanência em empregos. A intervenção do Estado sobre o domínio econômico para efetividade destes objetivos, sugere-se, seja por meio de normas promocionais (Art. 174 CF/88) a fim de estimular tais iniciativas privadas.

## **1 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE TRANSGÊNERA E A REALIDADE ATUAL DE VIOLENCIA NO BRASIL**

O gênero, com natureza social, cultural e constantemente construído de forma vinculada a percepção social dos indivíduos, formou-se sob a ótica de uma binariedade obrigatória, estabelecida por uma inexata percepção dos sexos, este de conteúdo biológico e vinculado às características físicas externas e visíveis que diferenciam os corpos sexuados em homem e mulher. Tal qual sua base fundante, o gênero fixou-se de forma dicotômica, enraizado na natureza biológica do sexo ao decorrer da apreensão individual dos papéis culturais desenvolvidos pelos sexos binários, em que o sujeito passa a desenvolvê-lo conforme sua autoidentificação.

Há uma obrigação de sincronia entre o sexo e o gênero, que impõe formas de se comportar e se apresentar, gostos, aptidões, interesses, atividades, usos do corpo, gestualidades, sexualidade, dentre inúmeras outras, e que está sob a constante vigília da sociedade e das instituições sociais (ordenamento jurídico, escola, ciência, família e igreja).

Esta vigília é comprovada por Foucault (1988, p. 32), ao estudar a história da sexualidade. O filósofo assevera que desde o Século XVIII, o sexo se torna “objeto de análise e alvo de intervenção” por seu conteúdo político, de interesse do Estado,

para controle de natalidade, casamento, legitimidade das filiações, saúde sexual, efeito do celibato, métodos contraceptivos. Pautado no discurso da medicina medieval que patologizou práticas sexuais incompletas (sem finalidade reprodutiva), o Direito Canônico estabeleceu licitudes e ilicitudes para práticas sexuais (naturalidades e heterogeneidades sexuais) (Foucault, 1988, p. 47-49), até a criação da figura da homossexualidade no século XIX (Foucault, 1988, p. 57).

Estes imperativos morais religiosos conduziam a medicina e a psicologia a converter a ideia de devassidão, extravagância e consequente castigo eterno, em anomalias, desvios, enfermidades, processos patológicos chamados perversões, cuja consequência era morte (FOUCAULT, 1988, p. 129-130). Estes imperativos permaneceram na sociedade moderna para estabelecer um suposto conceito de certo e errado que marginaliza indivíduos cujos gênero ou sexo se afastam da binariedade do masculino e feminino. Da descontinuidade na tradicional harmonia binária existente entre o sexo e o gênero surge a identidade do transgênero. Assim, o transgênero é aquele que performa um gênero diferente do sexo binário (masculino ou feminino) que lhe foi atribuído ao nascer, ou seja, executa atos que não refletem o papel social do gênero esperado.

Defende-se, à luz da filosofia de Judith Butler (2021) ao estudar o feminismo e subversão da identidade, a descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos, assim, o gênero passa a ser um artifício flutuante a ser performado por um corpo sexuado feminino, masculino ou intersexual (Butler, 2021, p. 26). Contudo, os imperativos morais religiosos tecidos no século XVIII prevalecem no Esta-

do brasileiro, onde as identidades que são performadas para além do espectro binário de gênero e sexo, são punidas com a marginalização e violência.

Esta realidade é vista, em nível nacional, na carência de dados públicos federais que envolvem a população transgênero<sup>1</sup>. O órgão responsável por tais dados seria o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), coletando-os a cada 10 anos por meio do Censo, mas a pesquisa não inclui questionamento acerca dos múltiplos gêneros e sexos. Por meio da ação civil pública nº 5019543-02.2018.4.02.5101, a Defensoria Pública da União (DPU) pleiteou a inclusão, no Censo Demográfico de 2020, de perguntas que visam a contagem da população transexual, contudo a demanda foi julgada improcedente e IBGE permanece sem monitorar a existência desta população. Em 2022 foram publicados dados coletados em 2019 que estimou a população de homossexuais e bissexuais em, aproximadamente, 1,8% da população. Em que pese esta pesquisa tratar sobre a identidade de gênero, e não orientação sexual, apresentá-la mostra-se relevante pois demonstra o descaso com a população LGBTQIA+ em geral, dentre os quais se encontra o transgênero. As estimativas desta pesquisa parecem não condizer com os dados levantados pela *National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles (NATSAL)*, entre 2010 e 2012, que afirmou que o percentual da população que declarou atração sexual pelo

1 Tais quais, dados populacionais (tamanho, estrutura, cor, raça, distribuição, densidade e urbanização), trabalho (assalariado ou outras formas de trabalho), educação (alfabetização, frequência escolar, grau de instrução), saúde (morbidade, mortalidade, acesso e utilização de serviços de saúde, dispêndios, vícios, nutrição), habitação, rendimento, despesa, consumo, participação político-social, justiça, segurança, proteção social, dentre outras.

mesmo sexo é 7% para homens e quase 12% para mulheres (NATSAL, 2013, p. 16 e 26). Segundo informações veiculadas na mídia, o diretor de pesquisa do instituto, Cimar Azeredo Pereira, a partir de janeiro de 2024, “todas as pesquisas do IBGE que falem diretamente com pessoas” vão incluir esse tema (Pilar, 2023, *online*).

Devido à ausência de dados públicos federais, esta pesquisa se vale de dados coletados por entidades da sociedade civil. Em face da violência enfrentada pelo transgênero, o projeto *Trans Murder Monitoring (TMM)*<sup>2</sup>, apura dados sobre os homicídios contra pessoa trans ao redor do planeta<sup>3</sup>. Destaca-se que no Brasil, em números absolutos, segue no primeiro lugar do ranking de assassinatos de transexuais com 1.645 homicídios registrados de 2008 a 2021. Este número indica que o país é responsável por 40,69% das 4.042 mortes de transgêneros apontadas pelo projeto.

Outra entidade da sociedade civil responsável por apurar os assassinatos de pessoas trans no Brasil é a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA)<sup>4</sup>. Segundo relatório, 80%

2 Inaugurado em 04/2009 e fruto da cooperação da organização da sociedade civil *Transgender Europe (TGEU)* e da revista acadêmica *Liminalis*.

3 Os dados do TMM decorrem de notificações por ele recebidas, buscas *on-line* (por equipe própria, nos idiomas inglês, espanhol, português, francês, italiano e alemão, localizada em reportagens, *blogs*, relatórios de ONGs, mídias sociais e listas de discussão) ou relatados por pessoas e organizações parceiras com abrangência na Ásia e nos países África do Sul, Áustria, Brasil, China Colômbia, Filipinas, México, Paquistão, Tailândia, Turquia e Uganda. Ressalta-se, ainda, que nem sempre é indicado se a vítima é transgênero quando da averiguação dos homicídios.

4 A ANTRA foi fundada no ano de 2000, na cidade de Porto Alegre, articula 127 instituições para o desenvolvimento de ações para promoção da cidadania da população travesti e transexual. A entidade realiza levantamento de forma quantitativa, visto que não existem dados demográficos a respeito dessa população. Considera

dos assassinatos entre 2017 e 2021 foi de pessoas de até 35 anos de idade, o que, apesar de não se tratar de uma pesquisa que segue uma metodologia científica comum para estimar a expectativa de vida, pode demonstrar que essa população não envelhece muito além dessa idade. A idade média das vítimas é de 29,3 anos, a idade da vítima mais jovem, em 2021 foi 13 anos de idade, 2020 e 2019 foram 15 anos, em 2018 foi 17 anos e 2017 foi 16 anos (ANTRA, 2022, p. 40-41).

As violações de direitos humanos relatadas são da negativa de aplicação da Lei Maria da Penha para a mulher trans; proibição de utilização de banheiro adequado ao gênero a que a pessoa se identifica; violência grave e tortura perpetrada por agentes do Estado contra pessoas trans; violência quando do exercício dos cargos públicos; e o apagamento da identidade de gênero das vítimas no processo *post mortem* (ANTRA, 2022, p. 75-96). A maioria das vítimas é negra, pobre ou se identifica com o gênero feminino; a prostituição é a fonte de renda mais frequente; as modificações estéticas incrementam o risco de morte; quanto ao momento, os crimes ocorrem geralmente nas ruas à noite, sem que o suspeito tenha qualquer relação social com a vítima, com uso excessivo de violência; a vítima trans é geralmente desacreditada e os crimes ficam impunes (ANTRA, 2022, p. 55-56).

---

por fontes primárias, aquelas nas quais os dados são obtidos a partir de informações governamentais como o Disque 100, canal de denúncia de violações aos direitos humanos, e o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), além de órgãos de segurança pública, processos judiciais e casos publicados nas mídias. Sua fonte secundária é o relato testemunhal de pessoas ou entidades, e informações das mídias sociais (ANTRA, 2022b, n.p.)

A discriminação a que estão expostos os transgêneros levam à exclusão social, torna-os praticamente inempregáveis e o condena à pobreza de renda. Dados do CEDEC (2021, p. 34) para o município de São Paulo, apurado entre 22/12/2019 e 07/11/2020, a partir de 1.788 entrevistados, indicam 42% não trabalham ou exercem atividade remunerada. Desempregada, a mulher transgênero, em 80% dos casos, procura a prostituição. Na realidade social de hoje prevalece a impossibilidade do transgênero prover o próprio sustento. Seu ingresso no mercado de trabalho independe de sua capacitação, e mesmo que capacitado leva mais tempo que a média da população.

Os levantamentos convergem para indicar dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de que pessoas transgêneras, concorram em regime de igualdade com outras que não estão expostas às mesmas condições. Carecem, portanto, de oportunidades para utilizar suas perfeitas e plenas capacidades para promover sua própria emancipação social pela via econômica, tal qual qualquer outro cidadão. Oportunidades, estas, pensadas, especialmente, no âmbito do emprego, em que hoje, o acesso desta população é extremamente difícil, mas que, se mediado pelo Estado e pela sociedade, com o passar do tempo, poderão contribuir para a redução dos preconceitos e violências, ao construir uma cultura de inclusão, hábil a reduzir o estranhamento social que lesa esta população. Por este motivo, defende-se que a responsabilidade social de promover tais oportunidades repousa no Estado e na empresa.

## 2 FUNÇÃO E RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

A Função Social está diretamente relacionada ao cumprimento da legislação, em todos os níveis (municipal, estadual, nacional e internacional), e possui vinculação direta com o pacto democrático. O cumprimento dos dispositivos normativos é o mínimo esperado de qualquer organização ou agente que opere no mercado.

Do ponto de vista jurídico, o conceito de empresa surgiu condicionado ao cumprimento de uma Função Social, ao fazer com que a atividade empresarial atenda não apenas ao interesse individual, mas também a interesses metaindividuais, atuando em prol da coletividade (Tomasevicius Filho, 2014, p.1-4).

A Função Social da empresa constitui o poder-dever de os administradores da empresa de harmonizarem as atividades da organização, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência dos deveres positivos e negativos expressos na lei (Tomasevicius Filho, 2010, p.6).

A Função Social da propriedade empresarial impõe ao gestor da organização o dever de exercício da propriedade em benefício da sociedade e não, apenas, de não o exercer em prejuízo dos outros. Essa é a distinção entre propriedade estática e propriedade dinâmica. Significa que a Função Social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos ao detentor do poder que deflui da propriedade (Grau, 2012, p.232-247).

A Responsabilidade Social, por seu turno, se insere no campo da ação voluntária, de ir além das normas prescritas, constitui uma forma de gestão da organização que implica na

sua colaboração com a sociedade, incorporando as preocupações desta como parte de sua estratégia de negócios e assumindo o compromisso de transparência em sua atuação (Dias, 2012, p.6).

O conceito de Responsabilidade Social Empresarial tem uma história longa e variada. É difícil, até hoje, estabelecer, com precisão, qual o papel das empresas no ambiente econômico e social. Não à toa que o envolvimento empresarial na sociedade, há muitos anos já era chamado por alguns doutrinadores de o “dilema corporativo” (Preston; Post, 1975, e-book).

Não existe um marco inicial claro do estudo do tema, porém, escritos formais são mais evidentes a partir da década de 1930. Destacam-se, como precursores, as publicações *The Functions of the Executive*, de Chester Barnard (1938), *Social Control of Business*, de John Maurice Clark (1939), *Measurement of the Social Performance of Business*, de Theodore Kreps (1940) e *Social Responsibilities of the Businessman*, de Howard Rothmann Bowen (1953). Nessa época, o conceito de responsabilidade social escorava-se em princípios da governança e da filantropia. Estimulava-se a generosidade com os desfavorecidos e a levar em conta, no curso de suas atividades, os interesses de outros atores sociais (Carroll, 1999, p.269).

A década de 1960 marcou um crescimento significativo das tentativas de vários autores de estabelecer o significado de Responsabilidade Social Empresarial. Todavia, o grande marco se deu com os argumentos de Milton Friedman, no sentido de que a responsabilidade social da empresa é gerar lucros aos acionistas. Sustenta que se a empresa está tendo lucro e obedecendo a lei, está produzindo um bem ou serviço socialmente importante e, com isso, pode remunerar os fatores

de produção (capital e trabalho), gerando renda para a sociedade e impostos para o governo. Este sim, deve aplicá-los para resolver problemas sociais. Essa posição contribuiu para demarcar a chamada Teoria do Acionista. Dirigentes e acionistas que desejam contribuir para problemas sociais devem usar seus próprios recursos, e não os da empresa. A função dos dirigentes é maximizar o lucro da empresa, pois, as corporações, entes artificiais, podem ter apenas responsabilidades legais (Carroll, 1979, p.498) (Barbieri, 2016, p.30).

Na década de 1970, emergem discussões no sentido de ampliar a responsabilidade das empresas. Fortalece o estudo da ética empresarial, um campo interdisciplinar protagonizado pela filosofia e pela administração. A empresa passa a ser percebida como uma entidade moral e suas decisões passam a ser entendidas além do nível individual. O caráter organizacional ganha relevância nas decisões empresariais, que passam a ser entendidas como o resultado de estruturas decisórias planejadas, com seus objetivos, regras e procedimentos estabelecidos pela organização. Surge a ideia de responsabilidade corporativa, significando a substituição da perspectiva individualista pela organizacional (Faria; Sauerbronn, 2008, p.15).

A década de 1980 foi marcada pela Teoria das Partes Interessadas ou *Stakeholders*, ou seja, pessoa ou grupo com interesse na empresa ou que afeta ou é afetada por ela, tese advinda do trabalho de Robert Edward Freeman, no livro *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (1984), no qual o autor articulou a ideia de que os interesses de todos os *stakeholders*, não apenas dos acionistas, devem ser considerados na gestão estratégica das empresas (Barbieri, 2016, p.49).

A consolidação do debate sobre a ética empresarial avançou nesse período, vocabulários da filosofia (bem, mal, dever, justiça) gradualmente foram impregnados e integrados por terminologias da sociologia (poder, legitimidade, racionalidade), ao tratar da responsabilidade empresarial. O instituto progressivamente dissociou-se da noção discricionária de filantropia e passou a referir-se às consequências das próprias atividades usuais da empresa.

Na década de 1990, o número de atores preocupados com a responsabilidade social no mundo foi ampliado. Em janeiro de 1999, ao discursar no Fórum Econômico Mundial, o ex-secretário geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan, propôs uma parceria entre as Nações Unidas, ONGs e empresas, denominada Pacto Global. Um chamado para que as organizações adotem e apoiem um conjunto de valores relativos a direitos humanos, direitos trabalhistas, combate à corrupção e proteção do meio ambiente (Rocha, 2012, p.69).

Outras iniciativas importantes surgiram na sequência, como, por exemplo, as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para conduta responsável em negócios, um código não vinculante com recomendações dos signatários e que cobrem as principais áreas temáticas de Responsabilidade Social. As diretrizes enfatizam o respeito aos direitos humanos e aos padrões trabalhistas e ambientais, não só na própria organização, mas também na cadeia de abastecimento (Ashley, 2019, p.10) (OECD, 2023).

Outra iniciativa foi a *Global Reporting Initiative* (GRI), organização da sociedade civil centrada na criação de padrões recomendáveis para a elaboração de diretrizes que incluem

uma série de princípios, indicadores, métricas e métodos para o desenvolvimento de uma governança transparente em relatórios de sustentabilidade no desempenho organizacional, com categorias como: meio ambiente, direitos humanos, práticas trabalhistas e trabalho decente, sociedade, responsabilidade do produto e econômico (Ashley, 2019, p.11).

Importante avanço se deu a partir da ISO 26000, publicada em 2010, foi elaborada com a participação de 99 países, 42 organizações e muitos especialistas, e contribuiu para estabelecer um padrão internacional de parametrização do conceito e das ações de Responsabilidade Social. A Responsabilidade Social foi definida, de forma resumida, como a responsabilidade de uma organização pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente, por meio de um comportamento ético e transparente que: contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive para a saúde e o bem-estar da sociedade; leve em consideração as expectativas das partes interessadas; esteja em conformidade com a legislação aplicável; seja consistente com as normas internacionais de comportamento; e esteja integrada em toda a organização e seja praticada em suas relações<sup>5</sup> (Almeida, 2024, p.10).

Em 2004, o Brasil havia publicado uma norma sobre Responsabilidade Social, a ABNT NBR 16001, que foi atualizada à luz da ISO 26000. Os Princípios-base que norteiam ambas as normas de Responsabilidade Social são: a) Accountability ou Responsabilização: assumir a responsabilidade pelas consequências das ações e impactos na sociedade, na economia e no meio ambiente; b) Transparência: prover informações

<sup>5</sup> Relações referem-se às atividades da organização dentro de sua esfera de influência.

claras, objetivas e acessíveis sobre dados e fatos acessíveis por qualquer interessado; c) Comportamento ético: agir segundo valores da equidade e integridade; d) Respeito pelos interesses dos *stakeholders*: considerar a afetação aos múltiplos grupos, inclusive as próximas gerações; e) Respeito pelo Estado de Direito: associado à Função Social, se dá em obedecer as leis e regulamentos vigentes; f) Respeito pelas normas internacionais de comportamento: adotar preceitos de Responsabilidade Social ainda que não haja obrigação legal no local onde se está operando; g) Respeito aos Direitos Humanos: não agredir direitos humanos e reconhecer a sua universalidade, pois aplicáveis em todos os países, situações e culturas de forma unívoca (Almeida, 2024, p.11).

A visão contemporânea de Responsabilidade Social caracteriza-se pela implementação de iniciativas que não são impostas pela lei, mas adotadas voluntariamente pelas organizações, para demonstrar seu compromisso com a sociedade. É a migração da postura passiva para uma atitude proativa da empresa, em busca de melhor comunicação com as partes interessadas (*stakeholders*), e, com isso, abrir novas oportunidades de negócios (Rocha, 2012, p.70).

Analizando a legislação brasileira, encontra-se, por exemplo, a Lei nº 6.404/1976, que trata das Sociedades Anônimas e empregou os termos *responsabilidades sociais* e *função social da empresa*, associados às ações empresariais e à prática de atos gratuitos voltados ao benefício dos empregados ou da comunidade.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e

no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. (...) § 4º. O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais (BRASIL, 1976).

A lei veda ao administrador a prática de atos de liberalidade à custa da companhia, mas abre a possibilidade de o Conselho de Administração, o órgão de deliberação colegiada da sociedade anônima, obrigatório para as sociedades de capital aberto, a possibilidade de autorizar a práticas de atos de responsabilidade social (Barbieri, 2016, p.37).

A Lei 13.303/2016, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, e tratou da Responsabilidade Social Empresarial como um dever jurídico.

Art. 27. § 2º. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam (BRASIL, 2016).

A Lei 14.681/2023, que Institui a Política de Bem-Estar, Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho e Valorização dos Profissionais da Educação, abordou a promoção de ações para a conscientização crítica a respeito da responsabilidade social.

Art. 4º São diretrizes da Política de Bem-Estar, Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho e Valorização dos Profissionais da Educação: (...) V – promoção de ações educativas

e de formação que possibilitem aos trabalhadores a reflexão e a consciência crítica a respeito da responsabilidade social, ética e ambiental; (BRASIL, 2023)

Os textos normativos que explicitamente incluem a Responsabilidade Social Empresarial não deixam claro qual seria a exata definição e as condutas ou ações que caracterizariam tal posição. Embora seja possível inferir uma correlação entre a Responsabilidade Social Empresarial e os Princípios Constitucionais, especialmente aqueles inseridos nos artigos 3º, 5º, 6º, 170 e 216 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), persiste uma imprecisão conceitual sobre o que se entende por Responsabilidade Social Empresarial. Essa falta de definição na ordem jurídica pode impedir a qualificação clara de um ato como responsável do ponto de vista social (Nogueira, 2020, p.56-63).

A Responsabilidade Social Empresarial é, portanto, um conceito dinâmico, assim como é a própria sociedade, em permanente evolução e em estado contínuo de transformação.

### **3 COMPROMISSO DAS EMPRESAS COM A INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA**

Importantes questionamentos impregnam o debate social. Lee Preston e James Post, na obra *Private management and public policy: The principle of public responsibility* (1975), levantaram as seguintes perguntas: Qual é o escopo apropriado da responsabilidade gerencial privada dentro da sociedade? Até que ponto a unidade gerencial individual deve lidar com problemas sociais? Em resposta, se posicionam no sentido de que

a gestão empresarial deve atender preocupações da sociedade incorporadas nas políticas públicas. Entender os anseios sociais é tão necessário para a gestão moderna quanto entender os anseios mercadológicos.

Nos últimos anos, a Responsabilidade Social tornou-se força motriz para muitas empresas, pois perceberam que suas estratégias de competição não podem estar relacionadas à degradação ambiental, à violação de normas sociais ou à resistência ao cumprimento de padrões internacionais de direitos humanos. Pelo contrário, atender a essas demandas da sociedade aumenta a competitividade, pois envolve adotar padrões de excelência cada vez mais valorizados pelos consumidores. Isso fortalece a reputação corporativa dessas empresas perante o público, um ativo intangível que seus concorrentes não podem replicar (Dias, 2012, p.5).

Inicialmente ligada ao altruísmo, a Responsabilidade Social Empresarial tem se tornado, cada vez mais, um mecanismo utilizado pelas organizações para a consecução de vantagens competitivas. Há certo tempo, pesquisas mostram a existência de uma relação positiva entre o desempenho social e o desempenho financeiro (Nogueira, 2020, p.57).

Não existe um único modo de se praticar a Responsabilidade Social, é preciso considerar variáveis como o tamanho, o setor em que atua, sua localização etc. As empresas não podem ficar à margem dos problemas e desafios enfrentados pela sociedade. Essas novas expectativas sociais adquirem uma extraordinária força social, tornando-se, quando não cumpridas, muito mais graves para as empresas do que aquelas derivadas do não cumprimento de leis e regulamentos. A empresa tornou-se muito

mais permeável às pressões e influências externas, necessitando, cada vez mais, conciliar a pressão social com seus objetivos e funções (Dias, 2012, p.5-13).

Dentro da Responsabilidade Social, a inclusão social é um tema de extrema relevância. Para tanto, defende-se que as organizações devem incluir no Código de Conduta políticas inclusivas. O Código de Conduta deve abordar expressamente o tema da inclusão. As práticas de inclusão devem ser efetivamente integradas ao cotidiano da organização com seus *stakeholders*, ou seja, funcionários, terceirizados, colaboradores, investidores, familiares, entre outros. É preciso disseminar conhecimento sobre inclusão, através de políticas educativas e informacionais. Também é importante o envolvimento ativo das organizações em projetos existentes em sua região. E, especialmente para empresas de médio e grande porte, é essencial que haja efetiva concretização da inclusão no seu quadro de funcionários (Santos, 2023, p.117).

O compromisso com a inclusão socioeconômica emerge como um imperativo para as empresas que buscam algo além do mero sucesso financeiro, mas uma posição de liderança ética e responsável na sociedade contemporânea. A incorporação de políticas de inclusão social não é meramente uma questão de altruísmo, mas uma estratégia empresarial. As organizações que efetivamente integram a inclusão em suas operações cotidianas e estratégias de longo prazo tendem a abraçar os desafios sociais, indo além dos meramente mercadológicos. Condutas organizacionais de disruptão e de enfretamento de demandas socioeconômicas fortalece sua reputação e competitividade, e estabelece um vínculo mais forte e positivo com a comunidade

e os *stakeholders*. Portanto, ao se comprometer ativamente com demandas sociais, as empresas, ao extrapolar as determinações normativas, vão além da Função Social e pavimentam caminho para a Responsabilidade Social Empresarial.

#### **4 NEGÓCIOS JURÍDICOS TRANSGÊNEROS PARA INCLUSÃO NO EMPREGO: NORMAS PROMOCIONAIS**

Faz-se necessário delimitar regras para que o Estado estimule a empresa a realizar a sua responsabilidade social e firmar seu compromisso de inclusão social do transgênero, especialmente em face da violência denunciada na primeira parte deste estudo, que revela uma sociedade que discrimina negativamente o indivíduo transgênero devido ao fato de ele romper a matriz social hegemônica que se assenta na binaridade do sexo e gênero.

A discriminação negativa precisa ser contraposta à discriminação positiva no contexto do Estado de Direito Democrático brasileiro. Em seu livro “Tratado de Direito Antidiscriminatório”, ao tratar da igualdade de respeito e das teorias expressivas da igualdade, Adilson José Moreira (2020, p. 156) define a discriminação negativa tal qual a “violação do direito das pessoas se verem livres de estigmas sociais que as representam como seres de menor valor”. Para tanto é fundamental que o Estado intervenha com medidas positivas que promovam a inclusão do transgênero no domínio econômico.

Defende-se que a inclusão pela garantia do acesso e permanência no emprego significa o início de uma caminhada sentido à emancipação econômica, social e cultural, à luz da

teoria de Amartya Sen (2018) ao tratar dos aspectos da liberdade em face do desenvolvimento. Neste sentido, é importante a intervenção estatal, na opinião de Sen (2018, n.p.), visto que “existem muitas pessoas cujos interesses são bem atendidos por um funcionamento desimpedido do mercado, porém também há grupos cujos interesses estabelecidos podem ser prejudicados por esse funcionamento”.

Para apurar a necessidade de intervenção do Estado brasileiro, Abrantes e Kempfer (2023, p. 85-105) concluíram haver necessidade de leis (normas inaugurais), pois somente estas têm suficiente força jurídica para tutelar os direitos dos transgêneros, contudo, no âmbito da competência do órgão legislativo, até o momento, nenhuma lei foi promulgada. Quanto ao executivo, verificou-se o uso do poder regulamentar para introduzir as primeiras medidas de proteção ao transgênero, em que pese muito tímidas e a nível de política de governo, não de Estado, tornando os direitos desta população suscetíveis às variações na governança do país. O que se confirmou das mudanças no cenário político após 2019, identificável nos Decretos da presidência da república, que representam retrocesso nos direitos já adquiridos<sup>6</sup>. Por fim, em relação ao judiciário, tem-se a competência que promove os reais avanços nos direitos do transgênero, dentre os quais se destacam julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) que declararam inconstitucionais normas

6 (i) Revogar o Decreto n. 9.295/2018 que instituiu o Prêmio Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na forma de incentivo à sua promoção; (ii) revogar o Decreto n. 8.892/2016 que criou a Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU); (iii) vetar o artigo 3º, VII da Lei n. 13.971/2019 que retira das diretrizes do Plano Plurianual da União (período de 2020 a 2023) a persecução dos ODS.

municipais e estaduais que proibiram referência à diversidade de gênero e à orientação sexual nas escolas; declararam inconstitucionais medidas que criam restrições de doação de sangue em face de grupos, no caso homens homossexuais e bissexuais; reconhecem a união homoafetiva como instituto jurídico; permitem retificar nome e sexo no assento civil e registro de nascimento; criam as condutas discriminatórias de aversão odiosa por orientação sexual (homofobia) ou à identidade de gênero (transfobia); e os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que determinada a aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) à mulher transgênera; permitem retificar nome e sexo no assento civil e registro de nascimento; e, em alguns casos, deferem transferência de presos para presídios compatíveis com sua identidade de gênero.

Em decorrência da total ausência de normas inaugurais com suficiente força jurídica para tutelar os direitos dos transgêneros defende-se a necessidade de que o Estado intervenha sobre o domínio econômico com medidas que promovam a inclusão. A possibilidade de intervenção decorre da Constituição inaugurada em 1988, especialmente em seu artigo 170, que traz para a ordem econômica brasileira valores e regras que reconhecem os pilares do capitalismo e acrescenta conquistas de alcance social. Destaca-se, entre seus fundamentos e finalidades, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a propriedade com função social, redução das desigualdades sociais, com o objetivo de realizar os valores da liberdade, justiça social e dignidade da pessoa humana.

Dentre as competências do Estado diante do domínio econômico tem-se aquelas para intervir previstas no artigo

174 da CF/88. A nova ordem interventionista traz a atuação estatal na condição de agente regulador por meio normativo, incentivador, fiscalizador e planejador. Conforme sistematiza Grau (2010, p. 147), nestas hipóteses, tem-se a intervenção do Estado *sobre* o domínio econômico.

Defende-se que a intervenção deve se dar sobre os negócios jurídicos que promovem empregos. Nesta modalidade contratual as partes são denominadas empregado e empregador, ambos definidos segundo os artigos 2º e 3º do Decreto-Lei n. 5.452/1943, ou Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, ao assumir os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço; e empregado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Firmar um contrato de emprego significa realizar um negócio jurídico. Segundo definido pelo civilista Francisco Amaral (2003, n.p.), o contrato é o instrumento de realização da autonomia privada e autonomia da vontade. O direito de estabelecer estas relações jurídicas são fundamento precípua da concretização da liberdade dos sujeitos, que poderão, na forma estabelecida pelo direito privado, originar, modificar ou extinguir suas relações jurídicas.

Com o artigo 421, o Código Civil (Lei n. 10.406/2002) adotou o princípio da socialidade, cuja característica é limitar a liberdade contratual, e passou a dispor que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Francisco dos Santos Amaral Neto (1999, p. 25-30), no texto intitulado “Autonomia privada”, defende que o artigo supramencionado, ao

vincular uma função social ao contrato, funcionalizou o direito e reconheceu limites ao ordenamento jurídico e o exercício das faculdades subjetivas que eventualmente signifiquem abuso do direito. Segundo o autor, desta forma, o direito passa a demonstrar interesse pela eficácia das normas e dos institutos para disciplinar, organizar e dirigir a sociedade.

Ao tratar das relações da boa-fé e dos negócios jurídicos, Betti (2008, p. 87), também defende que função social é considerada ao se avaliar um negócio jurídico a fim de limitar e conter a autonomia privada dentro dos limites para que haja a convivência social.

A função social do contrato não tem o condão de eliminar a autonomia contratual, apenas servirá para atenuá-la para que possa adequadamente atender aos valores da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Carta Magna, previsto em seu artigo 1º, III. Por este motivo, pode-se afirmar que o escopo da função social do contrato é atender e proteger estes valores, seja na dimensão individual ou coletiva.

Para incentivar condutas, em que pese as obrigatoriedades vinculadas ao conceito de função social da propriedade, com o avanço dos direitos sociais, passou-se a buscar que as empresas cumpram a responsabilidade social empresarial. Neste contexto, o Estado social deve incentivar negócios jurídicos de emprego para transgêneros, propondo ações sob o viés da responsabilidade social empresarial, ou seja, sem previsão de repressões caso o empregador não queira contratar o transgênero. Por não haver obrigatoriedade não designa imposições que caracterizam a função social empresarial, mas sim, responsabilidade social, que se desenvolve no campo da liberdade do empresário contratante.

É neste contexto de evolução da função social para a responsabilidade social que a proposta de intervenção do Estado sobre o domínio econômico da presente pesquisa surge. Trata-se de uma forma de estímulo à responsabilidade social nos negócios jurídicos de emprego para transgêneros. Para tanto, define-os como contrato de emprego firmado entre empregador qualquer e empregado transgênero, em relação jurídica no âmbito da autonomia privada, em que duas partes se obrigam reciprocamente a direitos e deveres. Portanto, para caracterizar um negócio jurídico de emprego para transgênero a parte contratada deverá, necessariamente, identificar-se desta forma.

Os negócios jurídicos de emprego para transgêneros não se eximem do cumprimento dos requisitos mínimos vinculados à função social, sob pena de sanção negativa, mas poderá, caso queira, cumprir, também, com sua responsabilidade social. Para estes negócios e como estímulo ao cumprimento da responsabilidade social, sugere-se que a intervenção sobre o domínio econômico do Estado brasileiro ocorra pelo uso de normas promocionais (premiais e de incentivo).

Estas, segundo a perspectiva de Norberto Bobbio (2007) na obra “Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito”, decorrem da função do Direito de conduzir condutas humanas e ao lado do tradicional caminho normativo repressor. A função promocional consiste em recompensar condutas desejadas por meio de estímulos, portanto, aquelas alocadas no campo das condutas que o Estado permite, e não das que ele obriga. Ressalta-se que a função promocional não elimina sua função repressiva, que aplica sanções para condutas proibidas, tais como crimes de transfobia, mas atua tal qual

uma possibilidade complementar para alcançar a efetividade social do ordenamento jurídico, em especial, as conquistas do Estado Social que em sua essência é promocional.

A intervenção se dá no contexto da sociedade contemporânea, que Bobbio (2007) chama de sociedade industrial, exposta a grandes transformações sociais e econômicas, aumento da socialização e implementação de novos meios de comunicação em massa. Neste novo contexto, o controle social pela via exclusivamente repressiva perde sua eficácia, e requer do Direito novas formas de intervenção. Em complementação aos mecanismos repressivos são propostas normas promocionais, capazes de induzir psicologicamente os comportamentos, com foco na prevenção e não repressão. O condicionamento psicológico, segundo Bobbio (2007, p. 89), ainda que manipulado, impulsiona o consenso entre os indivíduos, que agirão conforme a vontade do Estado para reduzir a precisão de métodos coercitivos.

Conforme assinala Tenório (2006, p. 16-17), a nova sociedade impulsiona “companhias amadurecidas”, em que os acionistas cedem parte de seu poder de controle à administração da própria empresa e suas decisões passam a se focar, também, nos interesses da população e da sociedade: implementar produtos para as necessidades do consumidor, melhorar as condições de trabalho, cuidar do meio ambiente, dentre outras. Estes aspectos sociais evoluem e tornam-se obrigações positivadas cuja observância significa o cumprimento da função social pela empresa. No que, defende-se, o próximo passo desta evolução é agregar condutas desejadas, no caso, a promoção da inclusão do transgênero por meio da empresa, e positivar normas de estímulo a elas, que atuarão no campo da responsabilidade social.

O Direito, em seu aspecto funcional, autuará em momento anterior da ação do indivíduo, no campo jurídico da liberdade e no campo da obrigação, para evitar a ação danosa, ao invés de apenas punir o indivíduo posteriormente à concretização dos atos socialmente nocivos (Bobbio, 2007, p. 34-37). Neste contexto, é proposto a edição de normas promocionais por ser o instrumento hábil e com possibilidades de alcançar a efetividade das condutas desejadas conforme o direito. Tem-se uma nova técnica de controle social, por meio do encorajamento, não em substituição, mas em acréscimo às antigas formas de controle pelo desencorajamento de que se valia o Estado liberal clássico.

O prêmio (sanção positiva) e o incentivo (facilitação) são medidas indiretas pelas quais se manifesta a função promocional do Direito. Porquanto as medidas diretas agem sobre o comportamento em si para obter o desejado ou reprimir o indesejado, nas indiretas o comportamento não desejado ou desejado continua possível e permitido, mas se torna mais difícil ou mais fácil. Acaso o benefício, que serve de estímulo, for empregado após a concretização da ação boa pelo particular, fala-se em prêmio. Por este raciocínio, a norma premial pressupõe o cumprimento de uma obrigação predisposta em lei, porquanto a norma de incentivo não apresenta esta obrigatoriedade por incidir no momento da ação, para facilitá-la. Neste sentido, ela age no campo da liberdade.

Considerando a responsabilidade social da empresa, as normas encorajadoras tendem a surtir efeitos na sociedade ao não eliminar a liberdade dos cidadãos, os quais serão estimulados a promover a inclusão social ora pautada, sem o repúdio a qualquer forma de imposição estatal. Desta forma as

propostas estão dirigidas a estimular condutas empresariais que promovem oportunidade para acesso e permanência do transgênero no emprego.

À vista de negócios jurídicos de emprego para transgêneros, isto é, aquelas em que o empregado é uma pessoa física transgênera e o objeto é a prestação de serviço típica da relação de emprego, cumpre ao Estado o estímulo por meio de normas promocionais, sem a vinculação de obrigatoriedades. A norma jurídica disporá de requisitos objetivos que descrevem condutas permitidas que fundamentam direito subjetivo a obter o incentivo estatal.

O incentivo, ao não constituir normas de caráter repressivo, melhor se aplica em uma sociedade que discrimina o transgênero, já que, ao assegurar liberdade aos empregadores e parceiros de negócio, torna-se desejada e, portanto, eficaz. Com o tempo, é criada uma cultura de inclusão que, paulatinamente, ensina empregadores e a sociedade em geral a conviver sem discriminar.

Nestes termos, será possível induzir condutas no domínio econômico, no campo da liberdade (permissão) de condutas, para gerar acessos e permanências em negócios jurídicos de relação de emprego. O Estado poderá gerar estímulo às condutas de responsabilidade social das empresas que ofereceram oportunidades de empregos aos transgêneros e construam uma contínua cultura entre todos os empregados sobre a importância da inclusão.

## CONCLUSÃO

O estudo abordou a importância da realização do valor da justiça social no âmbito econômico, particularmente pela via da responsabilidade social das empresas, enfocando na inclusão socioeconômica das pessoas transgêneras e o papel crucial das empresas na promoção de oportunidades de emprego para pessoas transgêneras, reconhecendo a responsabilidade social corporativa como um mecanismo para combater o preconceito e a exclusão social. Ademais, a intervenção estatal, sugerida por meio de normas promocionais, emerge como fundamental para estimular iniciativas privadas visando a inclusão efetiva deste grupo marginalizado, refletindo assim os objetivos propostos pela Constituição Federal de 1988.

A análise da construção da identidade transgênera e as realidades de violência e discriminação enfrentadas por este grupo no Brasil revelam um cenário de urgência por políticas públicas e ações corporativas inclusivas. A persistência de preconceitos e a falta de oportunidades de emprego sublinham a necessidade de estratégias que promovam a igualdade e a justiça social. Este trabalho ressaltou o potencial das empresas em atuar como agentes de mudança social, através da implementação de políticas de inclusão e diversidade que respeitem e valorizem as identidades transgêneras.

Adicionalmente, a pesquisa discutiu a evolução do conceito de responsabilidade social das empresas e seu papel no desenvolvimento de uma cultura empresarial inclusiva. A legislação brasileira, incluindo a Constituição Federal, a CLT, e outras normativas relacionadas à responsabilidade social e à função

social da empresa, fornece uma base para que as empresas adotem práticas que contribuam para a redução das desigualdades sociais e promovam a inclusão de pessoas transgêneras. A implementação de normas promocionais, como sugerido, visa estimular a adoção dessas práticas, não por obrigação, mas como um compromisso voluntário com a justiça social e o desenvolvimento sustentável.

Por fim, esta análise propôs a intervenção do Estado por meio de normas promocionais para incentivar a inclusão de pessoas transgêneras no mercado de trabalho. Argumenta-se que tais medidas são essenciais para garantir a efetiva realização da justiça social, ao promover oportunidades igualitárias de emprego e reconhecimento social para pessoas transgêneras. Ao fomentar uma cultura de inclusão e respeito pela diversidade, as empresas podem contribuir significativamente para a superação das barreiras sociais e econômicas enfrentadas por este grupo, alinhando-se assim com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e avançando na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, F. dos S. Autonomia privada. **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, p. 25-30, 10 dez. 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/235>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 12 fev. 2024.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 5<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Renovar, 2003. Ebook.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Responsabilidade Social Empresarial: Teoria e Prática.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ABRANTES, Fábio Eduardo Biazon; KEMPFER, Marlene. **Negócios TransFormadores: direito e promoção de oportunidades no emprego e trabalho para transgêneros.** Curitiba: Appris, 2023.

ALMEIDA, Ana Carla, *et al.* INMETRO. Cartilha: Compreendendo a responsabilidade social. < [http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade\\_social/cartilha.asp](http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/cartilha.asp) > Acesso em 15 jan 2024.

ANTRA - Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil. **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021.** Organização de Bruna G. Benevides. Brasília: ANTRA, 2022. Disponível em: <https://antra-brasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022

ASHLEY, Patricia Almeida. Histórico da Responsabilidade Social Corporativa. In **Ética, responsabilidade social e sustentabilidade nos negócios: (des)construindo limites e possibilidades.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARNARD, Chester. The functions of the executive. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1938.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri, SP: Manole, 2007.

BOJE, David. Resistência carnavalesca ao espetáculo global. Revista de Administração de Empresas, v. 42, n. 4, p. 11-28, 2002.

BOWEN, Howard Rothmann. Social responsibilities of the businessman. New York: Harper & Row. 1953.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

BRASIL. Lei 14.681, de 18 de setembro de 2023. Institui a Política de Bem-Estar, Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho e Valorização dos Profissionais da Educação. Brasília, DF: Presidência da República, 2023.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Apelação/Re-messa Necessária n. 5019543-02.2018.4.02.5101**. Ação Civil Pública. Direito Constitucional. IBGE. Censo 2020. Identificação e Quantificação da População Transexual. Impossibilidade. Inexistência de Metodologia Específica. Apelação Desprovida. Apelante: Defensoria Pública da União (DPU). Apelado: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Relator: DES, Guilherme Diefenthäler, Rio de Janeiro, 22 abr. 2020.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CARROLL, Archie B. A three-dimensional conceptual model of corporate performance. *Academy of Management Review*, Ada, v. 4, n. 4, p. 497-505, 1979.

CARROLL, Archie B. Corporate social responsibility: evolution of a definitional construct. *Business and Society*, n. 38, p. 268-295, 1999.

CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. **Mapeamento das Pessoas Trans na Cidade de São Paulo: relatório de pesquisa**. São Paulo: CEDEC, 2021. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos\\_humanos/LGBT/AnexoB\\_Relatorio\\_Final\\_Mapeamento\\_Pessoas\\_Trans\\_Fase1.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LGBT/AnexoB_Relatorio_Final_Mapeamento_Pessoas_Trans_Fase1.pdf). Acesso em: 29 jan. 2022

CLARK, John Maurice. Social control of business. New York: McGraw-Hill. 1939.

DIAS, Reinaldo. Responsabilidade social: fundamentos e gestão. São Paulo: Atlas, 2012

FARIA, Alexandre; SAUERBRONN, Fernanda Filgueiras. A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, p. 7 a 34, 2008.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FREDERICK, W.; POST, J.; DAVIS, K. *Business and society: corporate strategy, public policy, ethics*. 7. ed. New York: McGraw-Hill, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saúde 2019: Orientação sexual autoidentificada da população adulta**. Rio de Janeiro, IBGE, 2022a. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101934.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2022

KORTEN, David C. *Change the story, change the future: a living economy for a living earth*. Tradução Claudia Gerpe Duarte, Eduardo Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2018.

KORTEN, David C. *When corporations rule the world*. Tradução Anna Terzi Giova. São Paulo: Futura, 1996.

KREITLON, M. A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial. In: Encontro Anual da ANPAD. Curitiba: Anpad, 2004

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NATSAL - National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles. **National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles (Natsal-3): Reference tables**. NATSAL, nov. 2013. Disponível em: <https://www.natsal.ac.uk/sites/default/files/2020-11/natsal-3-reference-tables.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2022

NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. BANWWART JÚNIOR, Clodomiro José. FAVORETO, Ricardo Lebbos. Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar. *Scientia Iuris*. Londrina, v.24, n.1, p. 55-77, março 2020.

OECD. **Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável**, OECD Publishing, Paris, 2023.

PILAR, Ana Flávia. IBGE vai incluir pergunta sobre orientação sexual e identidade de gênero em suas pesquisas a partir de 2024. **G1**, Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/10/27/ibge-vai-incluir-pergunta-sobre-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero-em-suas-pesquisas-a-partir-de-2024.ghtml>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2024.

PRESTON, Lee E.; POST, James E. **Private management and public policy: The principle of public responsibility**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall. 1975.

ROCHA, Igor Souza da. Os novos rumos da responsabilidade social. **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**, volume 8. São Paulo: Editora Peirópolis: Instituto Ethos, 2012.

SANTOS, Fernando de Almeida. Ética empresarial: políticas de responsabilidade social em 5 dimensões: sustentabilidade - ESG, respeito à multiculturalidade, aprendizado contínuo, inovação, governança corporativa. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade.** 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Schwarcz, 2018. E-book (n.p.).

TMM - Trans Murder Monitoring. **TvT TMM Update - Trans Day Of Remembrance 2021: 4042 trans and gender-diverse people reported murdered between 1 January 2008 and 30 September 2021. 30 set. 2021.** [Berlin]: TMM, 2022. Disponível em: [https://transrespect.org/wp-content/uploads/2021/11/TvT\\_TMM\\_TDoR2021\\_Tables.pdf](https://transrespect.org/wp-content/uploads/2021/11/TvT_TMM_TDoR2021_Tables.pdf). Acesso em: 26 abr. 2022

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função da Empresa. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 2, p. 43-67, Revista dos Tribunais, dez/2010.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. Revista dos Tribunais. vol. 946/2014. p. 129-156. ago/2014





## **O PAPEL DE GESTOR DE CONFLITOS DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Tânia Lobo Muniz  
Patricia Ayub da Costa  
Renata Capriolli Zocatelli Queiroz

## INTRODUÇÃO

O direito à proteção dos dados pessoais não é um assunto novo, porém tem ganho cada vez mais destaque na atual sociedade do conhecimento e nas relações negociais. A utilização do *big data* e da inteligência artificial possibilitam o tratamento em massa de dados pessoais, o que, por consequência, exige um maior cuidado por parte do indivíduo e do poder público quanto à tutela necessária para proteção desse direito.

A União Europeia é vanguardista na temática. As primeiras legislações sobre o tema foram publicadas lá. A principal norma atual que se dedica a esse assunto é o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o qual implicou no surgimento do fenômeno da europeização que resulta na inspiração da criação das leis ao redor do mundo, inclusive no Brasil, com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

O Brasil, inspirado pela UE, criou a figura do Encarregado de Proteção de Dados Pessoais, profissional responsável por atuar como o canal de comunicação dedicado a tratar as questões relacionadas à proteção dos dados pessoais recebendo solicitações e demandas da autoridade, empresa e titular. A LGPD exige que todos os controladores nomeiem esse profissional, ou seja, todos aqueles que tratam dados devem ter esse canal funcionando dentro da sua organização.

Neste estudo, cuidar-se-á de um tema problemático, que diz respeito ao papel de gestor de conflitos do encarregado de proteção de dados pessoais. Especificamente, indagar-se-á se a função do encarregado pode evitar e/ou mitigar conflitos.

Desta forma, o capítulo um dedicar-se-á aos esclarecimentos sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira e os avanços trazidos ao ordenamento jurídico quando da sua publicação.

O segundo capítulo abordará a origem do encarregado de proteção de dados pessoais, a previsão legal na legislação europeia e brasileira; de modo que o capítulo três abordará o papel de gestor de conflitos do encarregado de proteção de dados, analisando a experiência estrangeira no contingenciamento dos conflitos advindos das leis protetivas de dados, a fim de se apurar como o ordenamento jurídico brasileiro auxilia o encarregado de proteção de dados pessoais na sua tarefa de gerir conflitos.

## 1 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA

A proteção dos dados pessoais não é um assunto recente. Sua primeira lei de proteção de dados pessoais no mundo foi aprovada nos anos de 1970 no Estado de Hesse, na Alemanha (Dohmann, 2021, p. 113). Sobre a temática, cumpre ressaltar o papel vanguardista da Europa quando da tutela da proteção dos dados pessoais. Dentre os diversos instrumentos publicados desde a década de 1980, destaca-se a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

A Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho foi o primeiro texto vinculativo em nível de União Europeia que regula, especificamente, o tratamento de dados pessoais e estabelece dois objetivos definidos: o primeiro é garantir o direito à vida privada no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais; o segundo é evitar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados membros da União Europeia. É possível afirmar que a Diretiva foi o principal instrumento jurídico em matéria de proteção de dados da União Europeia, até entrar em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada nos anos 2000 – que se tornou vinculativa juridicamente em 2009 – eleva o direito à proteção de dados pessoais à categoria de direito fundamental, além de distingui-lo do direito à privacidade.

Por fim, em 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho publicaram, no dia 27 de abril, o *General Data Protection Regulation (GDPR)* – Regulamento Europeu de Proteção de Dados (doravante RGPD, na sigla em português) –, o qual se tornou a regra de proteção de dados essencial a todos os países da União Europeia. Difere da Diretiva 95/46/CE por ser diretamente aplicável, estabelecendo um novo modelo de apoio à proteção de dados na Europa.

No Brasil, a despeito da matéria havia legislações esparsas que tratavam do tema. Como exemplos, tem-se a Constituição Federal, a Lei do *Habeas Data*, a Lei de Arquivos Públicos, o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da *Internet*.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, foi publicada em 2018 e entrou em vigor em 2020. Sobre sua publicação, vale ressaltar a influência que sofreu pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da Europa, como já mencionado.

Uma vez que o RGPD, no seu art. 45, exige nível protetivo adequado para transação internacional de dados, Cíntia Rosa Pereira Lima e Kelvin Peroli chamam esse movimento de “europeização” da regulação sobre a proteção de dados pessoais. Sobre o assunto, Cristina Caldeira (2019, p. 634) afirma: “podemos observar que a matéria de proteção de dados pessoais ocupa um lugar central na legislação da União Europeia, e que o impacto do novo instrumento criado vai além da Europa”.

Tanto isso é verdade que no art. 1º da LGPD, resta claro que ela dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive

nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Seu objetivo é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

As pessoas estão tomando consciência do valor dos seus dados pessoais, seja pela sua exposição voluntária quanto involuntária, desde o uso das redes sociais ao preenchimento de cadastros e formulários públicos ou privados. A verdade é que estes dados ficavam vulneráveis à utilização com viés comercial, consumerista, eleitoral e até mesmo criminal. A proteção de dados é essencial para a preservação da privacidade e da liberdade do indivíduo e preservação moral tanto de pessoas naturais quanto jurídicas. Não há dúvidas de que informação é poder e que deve haver consensualidade na sua gestão.

Com a proteção de dados, por meio de legislação em diversas partes do mundo, observa-se uma maior conscientização de indivíduos, organizações e Estados em sua proteção e nos resultados benéficos e maléficos da utilização dos dados por terceiros. Com a regulamentação e conscientização, o Relatório sobre LGPD e Resolução de Conflitos: experiências internacionais e perspectivas para o Brasil de 2020 sugere que “é possível que nos próximos anos as disputas judiciais envolvendo o tema da proteção de dados pessoais passem a representar uma parcela significativa das ações judiciais em curso nos Tribunais do país” (BOTTINO *et. al.*, 2020, p. 5).

A LGPD não possui como objetivo inviabilizar ou dificultar negócios. Pelo contrário, propõe que estes se concretizem com a devida proteção do direito à personalidade. “A Lei busca um equilíbrio da manutenção do desenvolvimento econômico e

tecnológico de modelos de negócio inovadores, com a inviolabilidade de direitos constitucionais dos cidadãos" (VAINZOF, 2020, p. 26).

Sobre a importância da existência de uma lei específica para tratar da temática, destaca-se a experiência, dos tempos de advocacia, de Newton De Lucca, quando relata que diversas vezes recebeu em seu escritório grupos empresariais estrangeiros com o propósito de constituir *joint-venture* com empresas brasileiras. No momento no qual lhe indagavam sobre a existência do sistema de proteção de dados pessoais brasileiro, até então inexistente, relatava que, apesar de expor que o país possuía disposições constitucionais a respeito da intimidade, infelizmente, em boa parte das vezes, o negócio não se concretizava devido à ausência da LGPD (De Lucca; Maciel, 2019).

Diante disso, Newton De Lucca e Renata Mota Maciel, afirmam que a lei proporciona importantes avanços na matéria de proteção de dados pessoais:

Em um balanço geral, no entanto, é possível destacar importantes avanços na edição da LGPD, cujos fundamentos, conforme Art. 2º, são o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa liberdade de expressão; de informação; de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o livre desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (De Lucca; Maciel, 2019).

Sobre a relevância da matéria da proteção de dados pessoais no Brasil, ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 115/2022, publicada em fevereiro de 2022, elevou o direito à proteção dos dados pessoais à categoria de direito fundamental, a exemplo do ocorrido na União Europeia. Oportuno dizer que esse instrumento também deve ser compreendido como um relevante passo na busca pela efetiva proteção dos dados pessoais no Brasil.

Uma vez abordado o tema da proteção de dados pessoais, os principais instrumentos da União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados, no próximo capítulo tratar-se-á da figura do Encarregado de Proteção de Dados Pessoais, nova profissão criada pela LGPD, no Brasil, que deve contribuir como um verdadeiro gestor de dados e de conflitos.

## **2 O ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

O encarregado de proteção de dados foi previsto pela primeira vez na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, nos termos da sua própria redação, possuía como objetivo a harmonização da defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares em relação às atividades de tratamento de dados, e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros.

A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu previu a criação desta figura, porém, não tinha força coercitiva. Então, a obrigatoriedade da nomeação do encarregado foi imposta pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União

Europeia, o qual passou a exigir sua nomeação nos termos do considerando 97190<sup>1</sup>.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, inspirada pelo Regulamento Europeu, previu a criação da figura do encarregado de proteção de dados, o qual, nos termos do 5º, VIII, é a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares e a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados).

Cumpre ressaltar que muito mais do que nos termos conceituados na lei, canal de comunicação entre os agentes de tratamento, o encarregado é peça fundamental nas organizações na busca pela adequação à LGPD. Explica Rony Vainzof (2020) que a avaliação da nomeação, posição e atribuições do encarregado é uma das mais importantes medidas de governança das

1(97) Sempre que o tratamento dos dados for efetuado por uma autoridade pública, com exceção dos tribunais ou de autoridades judiciais independentes no exercício da sua função jurisdicional, sempre que, no setor privado, for efetuado por um responsável pelo tratamento cujas atividades principais consistam em operações de tratamento que exijam o controlo regular e sistemático do titular dos dados em grande escala, ou sempre que as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados pessoais e de dados relacionados com condenações penais e infrações, o responsável pelo tratamento destes ou o subcontratante pode ser assistido por um especialista em legislação e prática de proteção de dados no controlo do cumprimento do presente regulamento a nível interno. No setor privado, as atividades principais do responsável pelo tratamento dizem respeito às suas atividades primárias e não estão relacionadas com o tratamento de dados pessoais como atividade auxiliar. O nível necessário de conhecimentos especializados deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo responsável pelo seu tratamento ou pelo subcontratante. Estes encarregados da proteção de dados, sejam ou não empregados do responsável pelo tratamento, deverão estar em condições de desempenhar as suas funções e atribuições com independência.

organizações, uma vez que o encarregado de proteção de dados é peça fundamental para o devido cumprimento da legislação aplicável e para a mitigação de riscos.

Por isso, o conceito proposto por Filipa Matias Magalhães e Maria Leitão Pereira (2020) mostra-se mais adequado devido à importância da função do encarregado de proteção de dados pessoais:

Pessoa designada pela organização que estará envolvida em todas as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e cujas principais funções envolvem informar e aconselhar a empresa sobre a conformidade da proteção de dados, aconselhar sobre a avaliação de impacto da proteção de dados, monitorizar a conformidade da proteção de dados, que inclui por exemplo formar equipe e realizar auditorias relacionadas com esta área e cooperar e atuar como ponto de contato com as autoridades de proteção de dados (Magalhães; Pereira, 2020, p. 10).

De acordo com a LGPD, art. 41, todos os controladores deverão indicar o encarregado de proteção de dados pessoais. Oportuno se faz esclarecer que controlador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais<sup>2</sup>, ou seja, a obrigação de indicação do encarregado de proteção de dados também serve para o Poder Público.

Quanto às tarefas a serem exercidas pelo profissional, estão previstas no art. 41, § 2º. Cabe ao encarregado receber as reclamações e comunicações dos titulares e a eles prestar

<sup>2</sup> Art.5º, VI da LGPD.

esclarecimentos, adotando providências, conforme art. 41, § 2º, I. Também, conforme art. 41, § 2º, II cabe ao encarregado a tarefa de recebimento de comunicações da ANPD e a adoção de providências.

Ainda, nos termos do art. 41, § 2º, III, o encarregado é responsável por orientar funcionários e contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à LGPD. Por fim, o art. 41, § 2º, IV, da LGPD deixa em aberto as demais tarefas do encarregado a serem determinadas pelo controlador ou por leis complementares.

Vale ressaltar que enquanto a LGPD cita a palavra encarregado apenas 7 vezes, em contrapartida o RGPD a menciona em 33 oportunidades, ou seja, detalha com mais precisão o exercício da função. Por isso, oportuno se torna abordar alguns pontos previstos no RGPD que são de extrema relevância para a atuação prática do encarregado. Primeiro, o item 5, do art. 37 do RGPD, especifica a designação do encarregado com base nas qualidades profissionais, em especial, nos conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados, além da capacidade de desempenhar as tarefas da função, as quais estão previstas no art. 39.

Segundo, o art. 38 do RGPD trata da posição do encarregado da proteção de dados. Obriga o responsável pelo tratamento a envolver o encarregado, de forma adequada e em tempo útil, em todas as questões relacionadas à proteção dos dados pessoais. Ainda, o art. 38 garante o apoio indispensável ao encarregado para o exercício das suas funções, principalmente quanto aos recursos necessários e à manutenção dos seus conhecimentos, além de garantir o acesso às operações de tratamento. Assegura,

também, ao encarregado, a autonomia para o exercício de suas funções, deixando claro que não deve receber instruções relativas a isso. Ainda, no item 3, do art. 38, garante estabilidade e o vincula, para relatórios, ao mais alto nível da organização e prevê a faculdade dos titulares em contatar o encarregado para proteção das questões relacionadas ao tratamento dos seus dados pessoais (item 4), exige confidencialidade no exercício de sua função (item 5) e possibilita exercer outras funções e atribuições, desde que não resultem em conflito de interesse.

No art. 39<sup>3</sup>, o RGPD propõe o mínimo das funções do encarregado de proteção de dados. No item 2, esclarece que o encarregado de proteção de dados pessoais deve ter devida consideração quanto aos riscos associados às operações de

3 Art. 39. 1 do RGPD. O encarregado da proteção de dados tem, pelo menos, as seguintes funções:

- a) Informa e aconselha o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, bem como os trabalhadores que tratem os dados, a respeito das suas obrigações nos termos do presente regulamento e de outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros;
  - b) Controla a conformidade com o presente regulamento, com outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros e com as políticas do responsável pelo tratamento ou do subcontratante relativas à proteção de dados pessoais, incluindo a repartição de responsabilidades, a sensibilização e formação do pessoal implicado nas operações de tratamento de dados, e as auditorias correspondentes;
  - c) Presta aconselhamento, quando tal lhe for solicitado, no que respeita à avaliação de impacto sobre a proteção de dados e controla a sua realização nos termos do artigo 35;
  - d) Cooperá com a autoridade de controlo;
  - e) Ponto de contato para a autoridade de controlo sobre questões relacionadas com o tratamento, incluindo a consulta prévia a que se refere o artigo 36, e consulta, sendo caso disso, esta autoridade sobre qualquer outro assunto.
2. No desempenho das suas funções, o encarregado da proteção de dados tem em devida consideração os riscos associados às operações de tratamento, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento.

tratamento, levando em consideração a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades de tratamento.

Este detalhamento do RGPD a respeito do encarregado de proteção de dados pode servir de parâmetro no âmbito brasileiro, a fim de também evidenciar os papéis que devem ser exercidos pelo ocupante desta função.

Após apresentada a figura do encarregado, na perspectiva da lei brasileira e europeia, suas atribuições, características e desafios, o capítulo seguinte abordará o papel de gestor de conflitos do encarregado de proteção de dados pessoais como um importante instrumento na pacificação dos conflitos envolvendo o tratamento dos dados pessoais.

### **3 ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: GESTOR DE CONFLITOS**

Conforme abordado, o encarregado é o canal de comunicação criado pela LGPD para receber as demandas relacionadas ao tratamento dos dados pessoais em cada organização, a fim de contribuir para a efetiva tutela dos titulares.

Dentro das atribuições dispostas na lei está o recebimento das demandas dos titulares, das autoridades e dos agentes de tratamento. Ou seja, o encarregado é o elo que conecta os atores no tratamento de dados pessoais.

Por se tratar de coleta e manipulação de dados pessoais e muitas vezes sensíveis, a LGPD possui uma “aplicação transversal” sobre o tratamento de dados em território nacional e por isso “tem potencial de gerar numerosos processos judiciais, com um impacto ainda maior do que o Código de Defesa do Consumidor

teve na década de 1990, uma vez que abraça relações de trabalho e do cidadão com o setor público” (CARNEIRO, 2021).

O Relatório Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Resolução de Conflitos: Experiências internacionais e perspectivas para o Brasil informa que houve “uma escalada no número de demandas relacionadas à proteção de dados pessoais após a aprovação de leis protetivas, similares à LGPD” (BOTTINO *et. al.*, 2020, p. 9), exemplificando as reclamações ocorridas na União Europeia, Noruega, Islândia, Liechtenstein e na Coreia do Sul.

Dessa forma, se o encarregado de proteção de dados pessoais é o canal de comunicação da empresa ou do órgão público com o titular, além dos conhecimentos técnicos e práticos relacionados à lei e ao negócio em si, é aconselhável ter um perfil negociador. Para tanto, é essencial que tenha um bom treinamento para se comunicar com colegas, clientes e empresa, pois isso trará um resultado positivo (Braz, 2018, p. 129), gerindo conflitos e atenuando riscos.

Essa característica contribui para o exercício da função, em especial nos momentos de enfrentamento de reclamações dos titulares, podendo, inclusive, ser definitivo para evitar rescisão contratual e/ou ajuizamento de demanda judicial. A respeito dessa tarefa, cumpre lembrar os ensinamentos de Adalberto Simão Filho (2020), ministrados no curso de Encarregado do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD), no qual ressalta a importância da atuação do encarregado como um minimizador de conflitos.

A LGPD pode ser um gatilho para novos tipos de conflitos e sua judicialização no oceano de congestionamento judicial existente no Brasil<sup>4</sup>, mas não precisa ser assim. O ordenamento jurídico brasileiro está bem amparado pelo sistema multiportas e uma visão mais ampla de acesso à justiça (art. 3º CPC). Deste modo, é possível e aconselhável que conflitos decorrentes da aplicação da LGPD sejam geridos em um sistema multiportas, com especial atenção à autocomposição.

Neste sentido, é interessante analisar o art. 52, §7º c/c art. 46 da LGPD para compreender que a própria lei incentiva o uso da autocomposição para solução de conflitos advindos de situações acidentais ou ilícitas de dados (art. 46), ao dispor que estas situações devem ser “objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades” (§7º do art. 52).

Ou seja, para além do que já existe no CPC e na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), também a LGPD incentiva a solução consensual entre as partes envolvidas em conflitos advindos de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito dos dados pessoais.

A aplicação de técnicas de negociação é muita cara à gestão de conflitos que podem ocorrer no processamento dos dados e comunicação com seus titulares e com a organização, pois o

4 “Na raiz cultural da história do nosso país, verifica-se o hábito de transformar conflitos em litígios, conferindo um comportamento reiterado da sociedade em uma posição de combate perante um terceiro que, após analisar os fatos e direitos, deve resolver a demanda. Acreditava-se que todo e qualquer descontentamento, ainda que cotidiano e passível de resolução mediante o diálogo, fosse conduzido ao Poder Judiciário, que hoje armazena lastimável e crescente número de processos” (CARVALHO, 2018, p. 106).

diálogo e a construção mútua de possibilidades para o melhor acordo trazem maior satisfação aos interesses envolvidos. Neste sentido, podem ser utilizadas tanto a negociação quanto a conciliação ou a mediação para gestão destes conflitos, a depender das suas características e dos vínculos entre as partes envolvidas, bem como no interesse da manutenção das relações negociais.

Como se sabe, enquanto a negociação é o método de resolução consensual direta entre as partes, a conciliação e a mediação exigem um terceiro imparcial. A conciliação é indicada para casos em que as partes não possuem um vínculo anterior (art. 165, §2º, CPC), enquanto a mediação trabalha a partir destes vínculos para restabelecer a comunicação (art. 165, §3º, CPC), proporcionando que as partes alcancem uma solução satisfatória e consistente.

A título de exemplo da experiência estrangeira, a Coreia do Sul possui três mecanismos de solução de controvérsias referente à proteção de dados: “um mecanismo ‘informal’ de mediação (o número de telefone ‘118’); um mecanismo formal de mediação (o Comitê de Mediação de Disputas envolvendo Dados Pessoais); e o judiciário” (BOTTINO *et. al.*, 2020, p. 16).

Assim, dentro de um ambiente dialógico, com capacitação do encarregado de proteção de dados em uma cultura de pacificação, em que pese possam crescer o número de conflitos advindos da LGPD, o ordenamento jurídico brasileiro está preparado para auxiliar o encarregado de proteção de dados na tarefa de gerir os conflitos, o que parte de uma visão de prevenção e controle, por meio de uma comunicação ativa e não violenta, aplicando as técnicas de negociação visando um resultado ganha-ganha, a fim de construir um ambiente dialogado e democrático para a

solução dos conflitos. Para além dos incentivos do ordenamento jurídico, é claro que será preciso investir na capacitação destes gestores para que estejam aptos a superarem os desafios que lhe serão impostos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da proteção dos dados pessoais não ser algo novo, trata-se de um direito cuja tutela tem ganhado cada dia mais relevância face ao atual modelo de sociedade e de relações negociais intensas, rápidas e fluídas. A popularização da *internet*, criação de bancos de dados e a inteligência artificial contribuem para a potencialização do tratamento dos dados pessoais, ensejando em uma maior proteção para o indivíduo.

A União Europeia é vanguarda das legislações que buscam disciplinar e proteger o tratamento dos dados pessoais. Apesar de o Brasil possuir leis dispersas que tratavam sobre a matéria, somente em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que disciplina o tratamento dos dados pessoais no país. Ela traz uma série de regras que possuem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Na incansável consecução da efetiva proteção dos dados pessoais, um dos instrumentos criados pela LGPD foi o Encarregado de Proteção de Dados Pessoais, canal de comunicação entre o titular, a autoridade e os agentes de tratamento. Trata-se de uma nova profissão, criada pela LGPD no Brasil, inspirada pelo RGPD, que tornou obrigatória a nomeação do Encarregado de Proteção de Dados Pessoais na União Europeia.

De acordo com a lei, suas tarefas são receber as demandas dos titulares dos dados pessoais, das autoridades e das organizações, de modo a dar encaminhamento e resolução. Desta forma, uma vez que é o ponto de concentração de todas as questões pertinentes ao tratamento de dados pessoais, conflitos, problemas, sugestões e demandas, demonstra-se necessário o perfil de gestor de quem estará à frente dessas demandas nas organizações, preparando-se com uma escuta ativa e não violenta, bem como apto a aplicar as técnicas de negociação, essenciais à autocomposição e pacificação social.

Essa característica contribui para o exercício da função, em especial nos momentos de enfrentamento de reclamações dos titulares, podendo, inclusive, ser definitivo para evitar rescisão contratual e/ou ajuizamento de demanda judicial.

Conclui-se, portanto, que o perfil negociador do encarregado de proteção de dados pessoais é altamente recomendado quando da análise das habilidades para melhor atender o efetivo exercício desta nova função, que pode servir também para garantir que não haja um crescimento de demandas judiciais, como ocorrido em outros países, assegurando que os conflitos sejam prevenidos ou resolvidos diretamente com o titular do direito ameaçado ou lesado, prestigiando a cultura da paz em detrimento da cultura de sentença.

## REFERÊNCIAS

BOTTINO, Celina, PERRONE, Christian, CARNEIRO, Giovana, HERINGER, Leonardo, VIOLA, Mario. **Relatório Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Resolução de Conflitos**: Experiências internacionais e perspectivas para o Brasil. Rio de Janeiro, abr. 2020. Disponível em: [https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio\\_LGPDResolucaoConflitos.pdf](https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio_LGPDResolucaoConflitos.pdf). Acesso em 28 out. 2023.

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. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm) Acesso em: 9 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm) Acesso em: 10 jan. 2023.

BRAZ, Rita de Cassia de Assis. A mediação no âmbito empresarial. In: NUNES, Ana (coord). **Mediação e conciliação**: teoria e prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pp. 129-163.

CALDEIRA, Cristina. A proteção de Dados Pessoais e o Impacto nas Transferências

Internacionais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (coord.). **Direito & Internet IV**: sistema de proteção de dados pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. Mediação para conflitos provenientes da LGPD. **Migalhas Consensuais**. 22 out. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/353493/mediacao-para-conflitos-provenientes-da-lgpd>. Acesso em 27 out. 2023.

CARVALHO, Patrícia Clélia Coelho de. Conversando sobre o transformador: o universo da mediação. In: NUNES, Ana (coord). **Mediação e conciliação: teoria e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pp. 103-128.

DE LUCCA, Newton. MACIEL, Renata Mota. A lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018: a disciplina normativa que faltava. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (coord.). **Direito & internet IV: sis- tema de proteção de dados pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 21-50.

DOHMANN, Idra Spiecker Gen. A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. In: DONEDA, Danilo *et al.* **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 113.

GDPR TEXT. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados** (RGPD, GDPR). [S. l.: s. n.], 23 maio 2018. Fonte traduzida da legislação da União Europeia. Disponível em: <https://gdpr-text.com/pt/>. Acesso em 9 jan. 2023.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira; PEROLI, Kelvin. A Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil no Tempo e no Espaço. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 69-100. E-book.

MAGALHÃES, Filipa Matias; PEREIRA, Maria Leitão. **Regulamento Geral de Proteção de Dados:** Manual Prático. 3. ed. Porto: Vida Econômica, 2020.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **[Curso de Qualificação Encarregado / DPO Data Protection Officer]**. São Paulo: Instituto Avançado de Proteção de Dados, set. 2020. Informação verbal. Anotações pessoais de aula.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial da União Europeia**, n. L 281, 23 nov. 1995. p. 0031-0050. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

VAINZOF, Rony. Conceito, perfil, papéis e responsabilidades do encarregado. In: BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique Fabretti (coord.). **Data Protection Officer:** teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.



## **SOBRE OS AUTORES**

### **Adiloar Franco Zemuner**

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidad Del Museo Social Argentino-UMSA. Doutoranda e Mestre em Direito Negocial, pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Professora de Direito na graduação e pós-graduação da UEL. Palestrante. Advogada.

### **Arthur Lustosa Strozzi**

Doutorando e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). CAPES-PDPG-Consolidação no período do Doutoramento. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado e Professor. E-mail: arthurstrz@gmail.com.

### **Daniela Braga Paiano**

Pós-doutora e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: danielapaiano@hotmail.com.

### **Fábio Eduardo Biazon Abrantes**

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Estado e Tributário e Graduado pela mesma instituição. Docente na pós-graduação EAD da UniCesumar. Advogado tributário fiscal. E-mail: f\_biazon@hotmail.com.

### **Fernando Moreira Freitas da Silva**

Pós-doutor em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR. Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Juiz de Direito do TJMS.

### **Giovanne Henrique Bressan Schiavon**

Doutor em filosofia, habilitação ética e política pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professor titular do curso de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – campus Londrina e professor associado do curso de direito da Universidade Estadual de Londrina.

### **Isabela Nabas Schiavon**

Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. E-mail: isabelanschiavon@hotmail.com.

### **Juliana Carvalho Pavão**

Doutoranda em Direito pela UFPR. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduanda em direito civil e processo civil pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Docente da UEL.

### **Lucas Mendonça Giuseppin**

Coordenador de Governança Socioambiental do Escritório de Parcerias do Governo de Mato Grosso do Sul. Mestre em Direito Negocial e Especialista em Direito Administrativo, com certificação internacional em PPPs e em investimentos em infraestrutura.

### **Luiz Alberto Pereira Ribeiro**

Doutor em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pela UEL. Professor Titular da PUCPR. Professor Adjunto da UEL. Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Professor membro dos Grupos de Pesquisa – Novos Paradigmas do Processo Civil Contemporâneo e o Estado Democrático de Direito (PUCPR); Direito Negocial e Direitos Transindividuais do Mestrado/Doutorado em Direito da UEL. Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Advogado. E-mail: luizribeiro@uel.br. alberto.ribeiro@pucpr.br.

**Mauricio dos Santos Vieira**

Especialista em Direito Civil e Processo Civil, pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Palestrante. Advogado.

**Nelia Edna Miranda Batisti**

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR, Doutoranda em Estudos da Linguagem-PPGEL(UEL), Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

**Patricia Ayub da Costa**

Doutora em Direito Internacional pela FDUSP, Mestre em Direito Negocial pela UEL. Docente do Departamento de Direito Público e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Vice coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL, Coordenadora da Especialização em Direito do Estado da UEL, patricia.ayub@uel.br.

**Paulo Henrique Guilman Tanizawa**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), campus Londrina. Advogado. E-mail: paulo.tanizawa@pucpr.br.

**Philippe Antônio Azedo Monteiro**

Doutorando e mestre em Direito Negocial. philippeamonteiro@gmail.com.

**Renata Capriolli Zocatelli Queiroz**

Professora Convidada na Universidade Estadual de Londrina (UEL), Pós-Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, Doutora pela USP e Mestre em Direito Negocial pela UEL, renataczqueiroz@gmail.com.

**Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Docente do Programa de Mestrado e Doutorado da UEL e também da graduação.

**Tânia Lobo Muniz**

Doutora e Mestre pela PUC-SP. Docente do Departamento de Direito Público e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Procuradora Jurídica da UEL, lobomuniz@uel.br.

