

ORGANIZAÇÃO

Cássio Chechi de Assis
Fabiana Guerra Machado Vecchio
Fabrizio Bon Vecchio

AUTORES

AICHA DE ANDRADE QUINTERO EROUD
ANA CAROLINA BASTOS DE CARVALHO FERRARI
BRUNA TOLEDO PIZA MAGACHO
FERNANDO CASTRO DA SILVA MARANINCHI
JULIANO ASTOR CORNEAU
MARIA PAULA MOURA REZENDE
VALÉRIA CHEQUE

DIÁLOGOS DE CONFORMIDADE VOLUME DOIS

DIÁLOGOS DE CONFORMIDADE

Cássio Chechi de Assis

Fabiana Guerra Machado Vecchio

Fabrizio Bon Vecchio

(Organizadores)

Porto Alegre 2024

Título
DIÁLOGOS DE CONFORMIDADE
Volume 2

Organização

Cássio Chechi de Assis
Fabiana Guerra Machado Vecchio
Fabrizio Bon Vecchio

Revisão Geral

Fabiana Guerra Machado Vecchio
Fabrizio Bon Vecchio

Edição

Editora Instituto Ibero-americano de Compliance

Design Gráfico

André Rieger

Data: © 1ª Edição | Porto Alegre, abril de 2024

Formato: e-Book

Todos os direitos são reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998, sendo o acesso a esta obra totalmente aberto e gratuito. Este livro não pode ser, no todo ou em parte, reproduzido ou transmitido em uma base comercial sem a permissão por escrito da editora. Observações: Este livro de procedimentos inclui artigos em português. Os autores são responsáveis pelos trabalhos publicados. Cada autor é responsável pelas ideias mencionadas em seu próprio artigo, que não necessariamente refletem a posição dos editores sobre o assunto. Quando a obra for referenciada, deve o responsável pela referência fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo destas com a obra. A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso destas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), a editora disponibilizará errata(s) em seu site. Para citar conteúdo deste e-Book, usar a seguinte formulação: Autor/a, “Título do artigo”, In DIÁLOGOS DE CONFORMIDADE. v.2. Porto Alegre: Instituto Ibero-americano de Compliance, pp. Número de páginas.”

ISBN nº 978-65-982579-3-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D538	<p>Diálogos de conformidade. Volume 2 / Cássio Chechi de Assis, Fabiana Guerra Machado Vecchio, Fabrizio Bon Vecchio (organizadores). – 1ª edição. – Porto Alegre: Instituto Ibero-Americano de Compliance, 2024. 1 recurso online.</p> <p>ISBN 978-65-982579-3-4</p> <p>1. Programas de compliance. 2. Corrupção – Legislação. 3. Governança corporativa. 4. Administração pública. I. Assis, Cássio Chechi de. II. Vecchio, Fabiana Guerra Machado. III. Vecchio, Fabrizio Bon.</p> <p>CDD 345.02323 CDU 343.46</p>
------	---

Elaborada pelo bibliotecário Flávio Nunes CRB 10/1298

Conselho Editorial

Aloisio Zimmer Jr

Cassio Chechi de Assis

Cristiane Souza Reis

Cristiano Colombo

Fabiano Koff Coulon

Fabrizio Bon Vecchio

Francis Rafael Beck

Antônio Francisco de Sousa

Francisco Henrique Varela Ramirez

Karine Dias Eslar

Luis Cláudio Martins de Araújo

Manoel Gustavo Neubarth Trindade

Maria do Rosario Anjos

Rachel Leticia Curcio Ximenes

Salvador Morales Ferrer

Sancha de Carvalho e Campanella

Silvio Bitencourt da Silva

Wilson Engelmann

PREFÁCIO

O livro “DIÁLOGOS DE CONFORMIDADE - Volume 2” contém artigos cujos resumos foram apresentados no 2º Congresso Luso-brasileiro de Gestão e Conformidade (CLBGC 2022), realizado em 31 de maio e 1º de junho de 2022, na sede do Instituto Superior de Administração e Línguas (ISAL), na Ilha da Madeira-PT, e no 3º Congresso Ibero-americano de Compliance, Governança e Anticorrupção (CIACGA 2022), realizado em 29 e 30 de novembro de 2022, na sede da Universidade Lusófona do Porto (ULP), no Porto-PT.

A presente publicação é composta por quatro capítulos, sendo cada um deles produzido por autores que, além de pesquisadores e cientistas observadores da realidade atual da matéria em questão, nos convidam a observar através de seu olhar apurado e crítico temas que no momento atual assumem importância capital para a construção de uma sociedade mais justa, fraterna e ética. Esperamos que esta obra sirva de inspiração para a continuidade das pesquisas e trabalhos científicos na área da gestão, governança e conformidade e matérias afins.

Uma boa leitura a todos,

Fabrizio Bon Vecchio

Presidente do Instituto Ibero-americano de Compliance

ÍNDICE

CAPITULO I

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA MAXIMIZADORA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS ORGANIZAÇÕES E A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

JULIANO ASTOR CORNEAU

08

CAPITULO II

POLÍTICAS ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

ANA CAROLINA BASTOS DE CARVALHO FERRARI, BRUNA TOLEDO PIZA MAGACHO E MARIA PAULA MOURA REZENDE

24

CAPITULO III

A FUGA DE CAPITAIS PELA AUSÊNCIA DE NORMA PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL PELO IMPOSTO DE RENDA ENTRE O BRASIL E O PARAGUAI

FERNANDO CASTRO DA SILVA MARANINCHI E AICHA DE ANDRADE QUINTERO EROUD

34

CAPITULO IV

METAVERSO: DESAFIOS PARA A PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

AICHA DE ANDRADE QUINTERO EROUD E VALERIA CHEQUE

47

DIÁLOGOS DE
VOLUME DOIS
CONFORMIDADE

CAPÍTULO
UM



O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA MAXIMIZADORA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS ORGANIZAÇÕES E A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

COMPLIANCE AS A TOOL TO MAXIMIZE LEGAL SECURITY IN ORGANIZATIONS AND LIABILITY FOR IMPROPER OMISSION

Juliano Astor Corneau¹

RESUMO: O presente estudo investigou a responsabilização penal por omissão imprópria de agentes no interior de uma organização que possua programa de *compliance* implementado. Apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: o *compliance* é um instrumento maximizador da segurança jurídica penal aos agentes responsáveis no interior das organizações? Para a realização do estudo, optou-se pela metodologia hipotético-dedutiva, e como técnica de pesquisa, utilizou-se a exploratório-bibliográfica, eis que o texto foi construído com base em leituras de livros e artigos científicos que versam sobre o tema abordado. A hipótese inicial é que, se aplicada a dogmática penal norteada pelos princípios da culpabilidade e da restritividade dos tipos penais, não há como ocorrer a responsabilização de forma objetiva, ou tampouco ampliar a omissão imprópria para punir os agentes responsáveis pelo programa de *compliance*. Ao término do estudo, a hipótese veio a ser confirmada, vez que, para constatar se há a posição de garantidor do agente, deve-se observar e compreender o programa de integridade específico da organização e os limites de atuação do responsável.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica; Omissão imprópria; *Compliance*.

ABSTRACT: The present study investigated the criminal liability for improper omission of agents within an organization that has implemented a compliance program. The following research problem is presented: is compliance an instrument that maximizes criminal legal security for responsible agents within organizations? To carry out the study, we opted for the hypothetical-deductive methodology, and as a research technique, the exploratory-bibliographic was used, as the text was constructed based on readings of books and scientific articles that deal with the topic addressed. The initial hypothesis is that, if the criminal dogmatics guided by the principles of culpability and the restrictiveness of criminal types are applied, there is no way to objectively take responsibility, nor to expand the improper omission to punish the agents responsible for the compliance program. At the end of the study, the hypothesis was confirmed, since, in order to verify whether there is a guarantor position of the agent, one must observe and understand the specific integrity program of the organization and the limits of action of the person in charge.

KEYWORDS: Legal security; Improper omission; Compliance.

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: juliano_corneau@hotmail.com.. ORCID: 0000-0002-0455-3898.

INTRODUÇÃO

A sociedade globalizada do século XXI, frente à toda tecnologia, aumento exponencial da velocidade da vida e, ainda mais, dos negócios, exige e requer segurança jurídica para que possa viver uma vida sem sobressaltos. Entretanto, ao mesmo passo, há que se observar que o direito é um instrumento de matriz retroativa e com a marcha reduzida, que possui vastas dificuldades em lidar com o futuro.

Embora seja exatamente esta uma das funções do direito (conceder segurança jurídica), nem sempre assim a norma o faz, por diversos fatores, tais como decisões que quebram o ciclo do esperado com interpretações variadas de órgãos colegiados e magistrados singulares acerca de normas de cunho subjetivo etc.

Na seara empresarial e criminal, não é diferente. Na última década, em especial a partir da promulgação da Lei 12.846/2013, houve maior incentivo à implementação de programas de *compliance* nas organizações privadas, bem como a partir da Lei 13.303/2016, nas empresas públicas e de economia mista. Ocorre que não há, para efeitos penais, uma delimitação normativa específica acerca da responsabilidade do *compliance officer*, vez que a instituição do programa de integridade busca a prevenção e maior segurança no interior da organização.

Assim, surge a questão que irá nortear este trabalho como problema de pesquisa: o *compliance* é um instrumento maximizador da segurança jurídica penal aos agentes responsáveis no interior das organizações? Para tanto, se utilizou da metodologia hipotético-dedutiva, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica exploratória, pois a construção textual ocorreu lastreada em livros e artigos científicos que versam sobre o tema abordado.

Quanto à estrutura, o artigo está dividido em duas partes: na primeira, faz-se uma breve conceituação sobre a segurança jurídica e a necessária análise da imputação subjetiva de culpa no processo penal brasileiro, sob o princípio da culpabilidade. Ao segundo momento, discorre-se sobre a posição dos agentes dentro do programa de *compliance*, abordando a omissão imprópria e o princípio da não-autoincriminação perante a iminência de um delito perpetrado no interior da organização em que haja um programa de integridade ativo.

Ao final, tecem-se comentários a título de conclusão, visando responder a pergunta que norteou este trabalho, sem, de forma alguma, exaurir o tema.

1.A SEGURANÇA JURÍDICA PENAL E A NECESSIDADE DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DA CULPA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, há uma série de princípios que são considerados fundamentais e de difícil flexibilização, estando, no Brasil, elencados expressamente, de forma majoritária, no artigo 5º da Constituição Federal. No entanto, há alguns princípios implícitos, ou seja, não descritos no texto legal especificamente, mas que constituem valores-norte para o exercício da democracia.

Dentre eles, está o princípio da segurança jurídica, que, segundo SILVA (2006, p. 433):

"consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída".

Assim, consiste a segurança jurídica em substrato materialmente fundamental para o exercício da dignidade da pessoa humana, minimizando a angústia e insegurança na vida, tanto em relação aos particulares, quanto ao poder soberano do Estado (o “Leviatã”, nas palavras de HOBBS), motivo pelo qual há a necessidade de promover políticas públicas para que as pessoas possam desenvolver suas aspirações e potencialidades, com tranquilidade e previsibilidade (MENDES, 2018, p. 237-238). Para ZAFFARONI e PIERANGELI (2021, p. 113), a segurança jurídica consiste em uma das respostas em relação à indagação sobre o objeto do direito penal, vez que a norma se dirigiria para os que não delinquiram, em um caráter de prevenção geral negativa.

Para lograr êxito na promoção de tais objetivos enquanto dever positivo do Estado para com os cidadãos, a segurança divide-se em outros princípios constitucionais, como a irretroatividade da norma tributária, a anualidade das regras eleitorais, competência para processamento de ações penais, legalidade etc. Estes princípios visam assegurar a segurança jurídica no convívio em sociedade, sem os quais tornar-se-ia impossível existir sem tranquilidade.

Por sua vez, a reserva legal penal, ou simplesmente legalidade, prevista no artigo 1º do Código Penal, traz, em relação à persecução penal, a segurança do indivíduo saber o que é permitido e o que é proibido, de forma estrita, haja vista que os tipos penais devem ser observados de forma estrita para que haja o preenchimento do fato típico (GILMAR; BRANCO, p. 252, 2022).

Portanto, o direito penal deve delimitar de forma objetiva e clara o agir ilícito do indivíduo, para que sejam estabelecidos limites para a intervenção penal, com a sujeição a requisitos objetivos do tipo penal, com o princípio da taxatividade, bem como a obrigatoriedade da imputação subjetiva de culpa (TAVARES, 2020, p. 272-273). Este último consiste na obrigatoriedade de um delito ocorrer sob a presença de dolo ou culpa, nos termos dos artigos 18 e 19 do Código Penal Brasileiro, assim como “a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa” (PRADO, 2019, p. 161).

No entanto, para além da categoria de crimes comissivos, há a categoria de delitos omissivos, e, como subcategoria, os de omissão imprópria, com a responsabilização de agentes que deviam e podiam evitar o resultado, conforme art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro. Funda-se no dever jurídico especial de agir, sendo atribuível a pessoas que assumem a posição de garantidores de determinados bens jurídicos em situação de perigo (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 191). Alguns autores, inclusive, denominam a omissão imprópria como sendo um delito “comissivo por omissão” (SILVA, 2021, p. 287).

Para além disso, é requisito obrigatório que a ação seja penalmente relevante, ou seja, diante da omissão do garantidor, deve haver necessariamente a lesão a algum bem jurídico (vida, patrimônio, integridade corporal etc.) ao qual o agente devia e podia agir para evitar o resultado. Por sua vez, o dever de agir cabe a quem: i) tenha por obrigação legal o dever de cuidado; ii) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e iii) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º, do Código Penal Brasileiro). TAVARES (2011, p. 314) afirma que, para o aperfeiçoamento do dever de garante do agente, é imprescindível a sua assunção fática ou expressa responsabilidade de proteção, de evitar os resultados no âmbito de sua responsabilidade, inclusive sob qualquer risco.

Por isso e, em respeito à regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, onde a análise dos tipos penais é sempre restritiva (não permitindo analogia *in malam partem*),² deve-se ter a omissão imprópria sob a forma de culpa consciente ou dolo eventual apenas quando preenchidos os requisitos citados alhures, caso contrário, não há responsabilidade alguma.

Estabelecidas essas premissas, é necessário observar que, atualmente vive-se de forma acentuada algo que BECK (2011), muito bem descreveu como “sociedade de riscos”, que gera reflexos no ordenamento jurídico, com a expansão do direito penal e processual penal (com lastro em SILVA SÁNCHEZ). Funda-se em diversos fatores, tais quais a “crescente complexidade das relações intersubjetivas e interinstitucionais, e da utilização do direito penal como técnica de

² “Se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. E assim é porque somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz “completar” as hipóteses legais. Como o direito penal é um sistema descontínuo, a própria segurança jurídica, que determina ao juiz o recurso à analogia no direito civil, exige aqui que se abstenha de semelhante procedimento. [...] O princípio de que na dúvida deve-se decidir em favor do réu é amplamente aceito no direito processual penal, mas tem sido questionado seriamente no campo penal. No âmbito penal, o princípio nos obrigaria a uma interpretação sempre restritiva da punibilidade. Para evitar essa consequência, costuma-se afirmar que o princípio *in dubio pro reo* não é uma regra de interpretação, mas um critério de valoração da prova.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021, p. 208-210.)

controle de campos especiais, como mercado, ordem econômica, meio ambiente e consumidor” (LEAL, 2020, p. 321).

A seu tempo, já previa ASSIS TOLEDO (2002, p. 291) a volatilidade existente nas relações humanas no início do século XXI, gerando reflexos na seara criminal, precisamente quando aduz que:

“[...] a complexidade, a mecanização, a desumanização da vida moderna, provocadas pela crescente utilização da máquina, cada vez mais aumentando a possibilidade de danos previsíveis para bens jurídicos penalmente tutelados, faz supor que esta filha diletta do direito privado venha cada vez mais a ocupar lugar de destaque no âmbito criminal, diante da fácil constatação de insuficiência ou de inocuidade, em grande número de hipóteses, das sanções meramente civilísticas para certos fatos próprios da civilização tecnológica dos tempos atuais.”

O mesmo autor (2002, p. 291) cita, a título de exemplo, os delitos de trânsito, acidentes por erro de engenharia, danos ecológicos causados pelas indústrias e danos gerados por pessoas jurídicas, denominados de *white collar crimes*. E este movimento, descrito à exaustão por SILVA SÁNCHEZ (2006, p. 04-05), que, junto com a modernidade e a tecnologia, surgem novos riscos penais para os indivíduos (modalidades delitivas), por conta da complexidade em que a sociedade e sua relação com o mercado - aliada aos interesses econômicos - se encontra, estão a fazer surgir novas modalidades de riscos, mormente em relação aos bens de natureza supraindividual (LEAL, 2020, p. 64), contribuindo para a difusão da sensação de insegurança (SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 14-30).

A fabricação abusiva de tipos penais, aumento de penas e ampliação da lógica negocial no processo penal brasileiro demonstram que há uma tentativa de tratar o direito penal como a primeira *ratio*, sendo a solução punitiva para mazelas sociais, de forma crescente e irracional por todo o mundo, extirpando a coerência dos códigos penais, tornando-os meras ruínas e simulacros de tais estatutos (ZAFFARONI, BAILONE, 2020, p. 21). Este contexto permeia e retroalimenta a epistemologia da incerteza, vez que se busca, no direito penal, no aumento da proteção aos mais diversos bens jurídicos, proteção da violência e da insegurança, algo que sempre existirá (LOPES JR., 2022, p. 31). De mais a mais, a ideia de aceleração do processo penal e respeito às garantias fundamentais do acusado são incompatíveis entre si, vez que a própria palavra “processo” alude a uma sucessão de etapas.

Zaffaroni e Bailone (2020, p. 25) indagam de forma instigante:

“o que é isso de colocar tudo o que não gostamos em uma caixa de penalidades? Qual é o pensamento mágico por trás disso? Em breve vamos colocar o câncer e a aids no tipo penal e vamos proibir isso dizendo que desta forma estamos resolvendo os problemas. Aqui há algo no fundo que é extremamente sério e nos esconde efetivamente o risco real deste século, que é a impressionante e urgente necessidade que temos de uma mudança civilizacional.”

Os mesmos autores (2020, p. 25) salientam a constante presença da seletividade penal, tendo em vista que, na forma com que o direito penal age, as penas e punições recairão sobre os

mais vulneráveis, exatamente aqueles para quem as políticas públicas deveriam estar agindo em prol.

Não obstante as alterações legislativas para incluir instrumentos de controle social e jurídicos, como políticas públicas, participação social, responsabilidade civil ou administrativa como formas de prevenção e responsabilização de violações às normas jurídicas, de acordo com LEAL (2020, p. 52-53), os processos de privatização de interesses e desregulamentação estatal acabam por fragilizar as relações interpessoais e interinstitucionais, ampliando a instabilidade da ordem pública e do cenário de insegurança. Por isso, aduz que não se sustenta mais a possibilidade de um direito penal exclusivamente subsidiário de bens jurídicos, mas como forma de controle de riscos a bens jurídicos de natureza supraindividual, na forma de “Estado de Prestações”, tecendo uma série de características deste “Direito Penal da Evitação e Reparação”, que teria uma vocação mais célere e intervencionista, visando a proteção de bens jurídicos onde os danos são irreparáveis na vida das pessoas e das instituições (LEAL, 2020, p. 53-54).

No entanto, as alterações legislativas vêm se dando em esferas esparsas além da penal, buscando promover a transformação do modelo regulatório que visa conferir segurança e tutelar a seara econômica, o que se observa na instituição do *compliance* e na ampliação da utilização do direito administrativo sancionador uma nova estratégia do controle do comportamento empresarial desviado, eis que possuem maior capacidade de adaptação (NIETO MARTÍN, 2013, p. 12-13; BARRILARI, 2022, p. 12).

Sem embargo, pelo princípio da fragmentariedade, não é função do poder punitivo resolver todo e qualquer conflito, podendo algumas questões de menor porte serem resolvidas na esfera administrativa, vez que esta goza de procedimentos mais céleres, adequados e menos onerosos ao acusado, e, ainda, mais eficientes, restando inclusive a possibilidade de recuperação de valores (MARTINELLI, 2020, RB-4.8), rememorando-se que “a solução punitiva dos conflitos possui um inquestionável efeito negativo, que consiste na exclusão das outras soluções possíveis. Quando se opta pela punição institucionalizada, o conflito não poderá ser solucionado por nenhuma outra via.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021, p. 61).

Assim, ocorreu uma mudança nos rumos da política criminal do combate à criminalidade econômica, utilizando-se mecanismos administrativos e de gestão de caráter preventivos, de natureza extrapenal (NIETO MARTÍN, 2022, p. 65), como a criação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), e a recente Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021).

As leis mencionadas *supra* preveem alguns mecanismos preventivos e outros punitivos, sobremaneira valendo-se do Direito Administrativo Sancionador,³ e trazem, dentro do arcabouço dos requisitos para determinadas espécies de contratos com o Poder Público, a previsão da obrigatoriedade de implementação de programa de integridade (*compliance*) na organização privada.

Visando se valer destes mecanismos, a Lei Anticorrupção foi a primeira norma nacional a delimitar os programas de *compliance*, além de definir a responsabilidade civil e administrativa como objetivas das empresas privadas que cometem atos corruptivos em prejuízo da Administração Pública, ou seja, independentemente de responsabilidade subjetiva individual (art. 3º da referida Lei). Ainda, passou a considerar a existência de programas de *compliance* no interior das empresas como fator atenuante em possíveis sanções impostas (art. 7º, VIII). Dizem SILVEIRA e SAAD-DINIZ (2015, p. 308) que:

“Muito embora não se trate propriamente de lei formalmente penal, representa conteúdo material penal, seus efeitos e forma sancionatórios têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais.”

Portanto, as Leis 13.303 e 14.133 foram fundamentais para evitar a total “terceirização” da luta contra a criminalidade econômica, mas seja determinado que os órgãos públicos também adotem medidas preventivas internas, eis que seria incoerente impor estas medidas unicamente às empresas (NIETO MARTÍN, 2022, p. 38). No entanto, nas instituições públicas, a forma de implementação é consideravelmente diferente da seara privada, eis que as vantagens e a forma de implementação são outras, qual seja, o aumento da moralidade e integridade (SOUZA; PINTO, 2021, RB-1.3).

Não obstante, o contexto da sociedade de riscos, com apoio na prática legislativa e em parte da doutrina, favorece com que haja a busca pela responsabilidade penal de forma maximizada. No entanto, entende-se que há uma desvirtuação do direito penal em utilizá-lo como primeira *ratio*, porquanto sua força coercitiva e produtora de violência gere efeitos devastadores na vida dos acusados para ser usado de forma corriqueira.

Adiante, será observado se, em um contexto de implementação de programas de *compliance* nas organizações privadas, há o aumento da segurança jurídica aos agentes internos ou se o fato de possuir o referido programa faz com que aumente a possibilidade de responsabilização por omissão imprópria.

³ Pode ser definido como o conjunto de normas punitivas impositivas por meio de um processo judicial ou administrativo, onde a Administração Pública impõe sanções em diferentes campos, como fiscal, tributário, econômico, de trânsito, urbanismo etc (OSÓRIO, 2022).

2. A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE NAS ORGANIZAÇÕES PRIVADAS E A FIGURA DO COMPLIANCE OFFICER COMO GARANTE

Em que pese ZAFFARONI e SANTOS (2020, p. 79) afirmarem que o “criminal compliance não deixa de ser um assessoramento para as corporações deslizarem pelas bordas dos tipos penais, sem cair nelas”, não se entende o *compliance* desta forma neste trabalho. Isso porque se entende que o *compliance* é um instrumento essencial para uma implementação de uma cultura ética no interior das organizações, consistente em algo além do mero cumprimento legal, mas uma ferramenta para o cumprimento normativo de normas jurídicas e não-jurídicas, tais como regras técnicas, princípios empresariais e expectativas dos stakeholders (SOUZA; PINTO, 2021, RB-1.2; CUEVA, 2018, p. 54).

O programa de *criminal compliance* pode ser definido como uma série de esforços internos e contínuos de auto-organização, que visarão a detecção e prevenção de qualquer atividade criminal passível de ocorrer na estrutura interna da pessoa jurídica, utilizando de controles internos e do desenvolvimento de um ambiente corporativo ético (SOUZA & PINTO, 2021, RB-1.2). Ao contrário da atuação repressiva do direito penal, visa abrandar e minimizar a ocorrência de risco delitivo no interior da organização (SILVEIRA & SAAD-DINIZ, 2015, p. 214), relegando ao direito penal a sua concepção clássica de *ultima ratio*, sendo, portanto, os deveres de *compliance*, estruturas capilarizadas de controle, com uma intersecção entre o administrativo e o jurídico, alargando o controle estatal sobre o risco social (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 23-24).

No entanto, para que haja a implementação dessa gestão ética no interior da organização, deve haver comprometimento de agentes de todas as esferas da organização, desde o estagiário até o CEO (VIOL, 2021, p. 78; SOUZA; PINTO, 2021, RB-3.3), com a revisão periódica do programa, a disponibilidade de *hotlines* para denúncias, e, existindo indícios, ocorrer a investigação interna (VIOL, 2021, p. 72-78), criando uma cultura organizacional de integridade (VIOL, 2021, p. 78). O Código de Conduta ou de Ética deve ser sólido e estabelecer as bases e diretrizes a serem adotadas no cotidiano, com os valores sendo diretamente associados à cada instituição de forma única (SOUZA; PINTO, 2021, RB-3.3).

Para o programa ser eficaz, deve haver o devido tratamento da informação que chega até o canal de denúncias, que, por vezes podem estar desconstruídas ou incompletas, incumbindo à equipe responsável pelo *compliance* realizar valoração das informações recebidas, e, da pertinência, realizar investigação interna (SOUZA; PINTO, 2021, RB-3.5). Assim sendo, diante da constatação do cometimento de um delito, possui a equipe responsável pelo *compliance* o dever de reportá-los

ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), órgão de natureza administrativa, que pode promover medidas cautelares, quebras de sigilo e até requerer a instauração de processo penal (art. 14 da Lei 9.613/98), cabendo à esta receber, armazenar e sistematizar informações, então contribuindo para o combate à lavagem de dinheiro por meio de planejamento estratégico (BOTTINI; BADARÓ, 2019, RB-3.6).

Portanto, há de se verificar a responsabilidade de cada agente dentro do programa de *compliance* de forma individualizada, em atenção à responsabilidade penal subjetiva do direito penal brasileiro. Observando a estrutura do programa de integridade, tem-se que o *compliance officer* assume uma responsabilidade derivada e contratual, haja vista que o dever legal de implementar o programa de integridade na organização é do dirigente/presidente desta, que a transfere ao responsável pelo programa, agente interno ou externo à empresa, composto por uma ou mais pessoas, a depender do tamanho da organização (FERRAZ JR., 2021, p. 124). Assim, o responsável pelo programa pode ser responsabilizado criminalmente pela sua omissão diante do dever legal de denunciar as atividades ilícitas percebidas pelo *compliance* (FRAZÃO; MEDEIROS, 2020, p. 392).

SILVEIRA e SAAD-DINIZ (2015, p. 130) ressaltam que a via omissiva é uma “alternativa para a responsabilidade criminal de empresários que não fizeram o que era possível, e exigível, para evitar a execução de um ato lesivo”, visto que encontrar-se-iam em uma posição de garante, devendo assumir a vigilância dos acontecimentos ocorridos na organização empresarial. No entanto, não é possível aplicar uma espécie de responsabilidade objetiva dos agentes, em um suposto “deveria saber”, devendo ser necessário, para tanto, assegurar que há o preenchimento dos requisitos do **§2º do art. 13 do Código Penal, em consonância com o art. 29, caput, do mesmo Diploma Legal, para apurar o nível de responsabilidade do agente, evitando o perecimento do princípio da culpabilidade e o desvirtuamento do instituto dogmático da omissão imprópria (FERRAZ JR., 2021, p. 125).**

Ademais, é importante observar que, em grande parte das estruturas dos programas, o *compliance officer* não tem sequer conhecimento, quem dirá impacto, nas decisões tomadas pela alta direção da organização, não possuindo, portanto, poder de veto à estas (FERRAZ JR., 2021, p. 126-127). Não obstante, na esteira do que afirma FERRAZ JR. (2021, p. 128-129):

“não é possível analisar a responsabilidade penal do *compliance officer* sem uma avaliação concreta das características de sua função, de suas atribuições contratualmente definidas e de sua capacidade de agir dentro do contexto empresarial no qual está inserto.”

O mesmo autor (2021, p. 129-132) aduz que é preciso investigar em que medida a postura do dirigente foi decisiva para ocorrer o resultado criminoso, se utilizou de todas as formas que podia para evitar o resultado, sendo, então, possível configurar os *compliance officers* como garantidores em determinadas estruturas.

Neste ínterim, há de se observar que o *tone-from-the-top* (alta direção) não está presente nas ações do cotidiano, onde se percebem os atos corruptos e ilícitos, ganhando relevo a figura do *tone-from-the-middle*, representados pelos líderes de um corpo de agentes internos da organização, que devem capacitar e difundir para os estratos mais baixos da organização o plano de integridade (VIOL, 2019, p. 180).

Ao constatar uma situação anormal, ou seja, aparentemente ilegal para o ramo de atuação específico da empresa e/ou claramente violador de norma jurídica, há, para o *compliance officer* ou responsável pelo programa, o dever de comunicar o COAF, mesmo que exista órgão regulatório para o setor (BOTTINI; BADARÓ, 2019, RB-4.14). A Lei de Lavagem de Dinheiro ainda vai mais longe, estabelecendo que as entidades e pessoas dos setores sensíveis “deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas [...]”, ou seja, se não houver situações suspeitas, deve periodicamente comunicar a ausência destas atividades atípicas, consoante redação do art. 11, inciso III, da Lei 9.613/98.

Entretanto, a regulamentação específica dos programas de integridade, ou seja, a Lei 12.846/2013 e o Decreto 11.129/2022, não diz respeito aos limites da responsabilidade que alcança, apenas sabendo-se que deverá manter a atividade da instituição dentro da legalidade, não sendo seu papel evitar possíveis irregularidades, mas, devendo, necessariamente, reportar aos órgãos responsáveis, caso houver (SOUZA; PINTO, 2021, RB-3.1).

Nesta obrigação, surge a discussão de se, perante o cometimento de um ilícito, é constitucional a obrigação de se reportar às autoridades, frente à possível lesão do *nemo tenetur se detegere*. Há doutrina em ambos os sentidos. Há o posicionamento capitaneado por GLOECKNER e SILVA (2014, p. 156-157), que afirmam que não é possível conciliar os deveres de *compliance* com as sanções administrativas impostas no caso da não-comunicação de delitos, entendendo que haveria uma lesão ao direito da não-autoincriminação.

Todavia, adotamos aqui a concepção trazida por CARDOSO NETO, CORDEIRO e PAES (2019, p. 105-107), que salientam que não há a lesão ao direito ao silêncio e à produção de provas contra si mesmo, porquanto nem sempre os responsáveis pelo programa (*compliance officers* ou diretores) são quem praticam a conduta ilegal. De mais a mais, no caso destes agentes responsáveis incorrerem em condutas ilícitas, então, de fato, não seria exigível, tampouco constitucional, que fossem obrigados a denunciar crimes que eles mesmos cometeram, sob pena da violação do princípio da não-autoincriminação.

Assim, a partir da ótica do indivíduo enquanto pessoa física, há de se observar, para fins penais, a imputação subjetiva, devendo, necessariamente, ocorrer uma ação ou omissão penalmente

relevante para que o delito se materialize, não sendo possível apurar uma suposta omissão imprópria se, na eventualidade do agente responsável cometer um delito, não se autodenunciar, por força dos princípios constitucionais anteriormente citados. Além, não há como argumentar no sentido de tolerar uma violação destes direitos fundamentais em nome da “supremacia do interesse público”, porque constituem uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado ou pelos próprios particulares, sendo então, direitos de prestação negativa em face do Estado, limitando a atuação deste contra o indivíduo, sendo possível, tão somente, uma restrição de forma excepcional e com fundamento constitucional (ABBOUD, 2011, p. 62).

Zaffaroni e Bailone (2020, p. 44) afirmam que:

“se o direito penal é útil para alguma coisa, é para programas de contenção e redução do poder punitivo. Não nos dediquemos a legitimar algo que não exercitamos, dediquemo-nos a legitimar o que exercitamos. Isto é indispensável para a manutenção do Estado de direito, pois sem lei penal o Estado de direito desaparece, não porque o poder punitivo desaparece, mas porque o poder punitivo é exercido sem limite”.

Nesse sentido, aduzem os referidos autores que direito penal deve sempre reduzir o alcance do poder punitivo, porquanto seja sua tarefa a proteção do indivíduo frente ao Estado, e não o contrário. Assim, a valorização e a disseminação dos programas de integridade não podem implicar no recrudescimento do direito penal, mormente porque se trata de uma política criminal alternativa à repressão do Estado, vez que desvirtuada se aplicada para punir os indivíduos, devendo ser pautada pelo aumento da ética e da colaboração entre as organizações e o Estado, em um sistema multidisciplinar integrado e preventivo (FERRAZ JR., 2021, p. 145-146).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a pesquisa, torna-se possível tecer comentários a título de considerações finais, que vão baseadas no exposto até então. De forma propedêutica, abordou-se a segurança jurídica sob a ótica constitucional dos princípios da culpabilidade e da imputação subjetiva de culpa, tendo em vista que não há como analisar qualquer demanda criminal sem esse cotejo principiológico.

Assim, dada a acentuada necessidade de segurança jurídica que colide com a velocidade dos atos da vida, tem-se que deve haver a observação da imputação subjetiva de culpa. E isso se aplica, sem sombra de dúvida, aos agentes responsáveis pelos programas de *compliance*, que possuem responsabilidade limitada no interior da organização, não sendo possível deduzir que o agente estaria ciente de determinada conduta delitiva, ainda mais quando considerada a autonomia que os programas de *compliance* possuem (ou deveriam, em um plano ideal, possuir) na organização interna.

Sem embargo, a análise dos fatos deve se dar a partir da ótica da restrita aplicação da lei penal, em consonância com a restritividade dos tipos penais, para que lei penal aja como protetora

e asseguradora da garantia do indivíduo frente ao Estado. Em respeito ao Estado Democrático de Direito, não pode haver a expansão da responsabilização penal por um suposto interesse público de resguardo da ordem jurídica e tratamento diferenciado a bens jurídicos transindividuais, alegando-se a aplicação de um direito penal da reparação ou evitação.

Ao fazer isso, afasta-se completamente o caráter de *ultima ratio* do direito penal brasileiro, sob pena de banalização da norma penal, na forma que culmina com mais processos, penas, e encarceramento, o que LOPES JR. (2022, p. 17-31) denominou de “panpenalização”. Portanto, para constatar a figura jurídica da omissão imprópria, deve-se ter presente que a ação seja penalmente relevante, ou seja, diante da omissão do garantidor, deve haver necessariamente a lesão a algum bem jurídico (vida, patrimônio, integridade corporal etc.) que o agente devia e podia agir para evitar o resultado, observando estritamente o papel do agente responsável frente ao programa específico.

Assim sendo, em síntese, deve o *compliance* para conferir maior segurança jurídica penal para os agentes responsáveis pelo programa, não se tratando de imunidade penal aos agentes, mas sim identificação dos limites da ciência destes responsáveis quanto aos atos perpetrados no interior da organização, com o magistrado(a) observando estes fatores de organização interna para configurar a autoria ou não do delito. Não há como responsabilizar o agente sem conhecer a realidade que ocorre dentro da organização, vez que há diferentes níveis de responsabilidade para diferentes programas de *compliance*, nas mais variadas formas que o programa pode assumir.

Por fim, a análise da responsabilidade deve ser, por certo, subjetiva e restritiva, na esteira da responsabilidade penal aplicada no Brasil, com os programas de integridade como um instrumento sofisticado e completo enquanto meio de prevenção da delinquência. Do contrário, o *compliance* perde seu sentido de existir, eis que serviria apenas para determinar alvos e imputar a responsabilidade objetiva na persecução penal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 907, p. 61-119, mai., 2011.

ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARRILARI, Cláudia Cristina. Os caminhos do public compliance no Brasil. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; BARRILARI, Cláudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Public compliance:**

prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. [p. 09-31]

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99942511/v4/page/1>. Acesso em: 10 de nov. de 2022.

CARDOSO NETO, Lauro Pinto; CORDEIRO, Nefi; PAES, José Eduardo Sabo. Criminal compliance antilavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 89-110, maio/ago. 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 6.ed. Curitiba: ICPC, 2014.

FRAZÃO, Ana. MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Jairton. **Corrupção política**: reflexões político-criminais e dogmático-penais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

GLOECKNER, R. J.; DA SILVA, D. L. Criminal Compliance, Controle e Lógica Atuarial: A relativização do nemo tenetur se detegere. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 147-172, janeiro-junho 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/>. Acesso em: 15 de ago. de 2022.

MARTINELLI, João Paulo. Crimes da lei de licitações. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). **Direito Penal Econômico**: leis penais especiais. Vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/239379352/v1/page/RB-4.1>. Acesso em: 26 de jul. de 2022.

NIETO MARTÍN, Adán. Da ética pública ao public compliance: sobre a prevenção da corrupção nas administrações públicas. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; BARRILARI, Cláudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Public compliance: prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 36-58.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 11-29.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2022. E-book. Disponível em: proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107536121/v8/page/RB-1.1. Acesso em: 20 de fev. de 2023.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD- DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. **Criminal compliance**. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. E-book. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/260707728/v1/page/1>.
Acesso em: 10 de nov. de 2022.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria dos crimes omissivos**. 2011. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. E-book.

VIOL, Dalila Martins. **Programas de integridade e combate à corrupção**: aspectos teóricos e empíricos da multiplicação do compliance anticorrupção no Brasil. São Paulo: Almedina, 2021.

ZAFFARONI, E. Raúl; BAILONE, Matías. **Dogmática penal e criminologia cautelar**. Tradução: Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Tradução: Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. E-book.

DIÁLOGOS DE
VOLUME DOIS
CONFORMIDADE



CAPÍTULO
DOIS

POLÍTICAS ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

ESG POLICIES IN PUBLIC PROCUREMENT

Ana Carolina Bastos de Carvalho Ferrari⁴

Bruna Toledo Piza Magacho⁵

Maria Paula Moura Rezende⁶

RESUMO: “Controle” é um termo relacionado a fiscalização e monitoramento e, dentre as funções do Controle Interno na Administração Pública, buscar mecanismos mais modernos e eficientes na aferição de procedimentos, garantindo que estejam dentro da legalidade, é uma das primordiais e mais desafiadoras delas. Em processos administrativos, como o licitatório, por exemplo, o controle interno assume papel primordial na definição de regularidade, para que se alcance integridade e confiança, promovendo uma contratação eficaz. Nesse cenário em que a alta administração do órgão deve implementar processos de controle interno para monitorar as licitações, percebe-se que as políticas ESG (*Environmental, Social and Governance*) são ferramentas que pretendem revolucionar o setor público ao incluir práticas ambientais, sociais e de governança nos processos de contratações.

PALAVRAS-CHAVE: Governança. Controle interno. ESG. Contratações públicas.

ABSTRACT: “Control” is a term related to inspection and monitoring and, among the functions of Internal Control in Public Administration, seeking more modern and efficient mechanisms in the assessment of procedures, ensuring that they are within the legality, is one of the primordial and most challenging of them. In administrative processes, such as bidding, for example, internal control assumes a key role in defining regularity, in order to achieve integrity and trust, promoting effective contracting. In this scenario in which the agency's top management must implement internal control processes to monitor bids, it is clear that ESG (*Environmental, Social and Governance*) policies are tools that intend to revolutionize the public sector by including environmental, social and governance in hiring processes.

KEY WORDS: Governance. Internal control. ESG. Public procurement.

⁴ Pós-graduada. Subcontroladora de Governança e Compliance da Controladoria-Geral do Distrito Federal. anacarolinabcf.adv@gmail.com. ORCID: 0009-0005-3566-491X.

⁵ Mestranda. Chefe do Núcleo de Projetos Governamentais da Controladoria-Geral do Estado de Goiás. btoledopiza@gmail.com . ORCID: 0000-0003-0538-3306.

⁶ Graduada pela Universidade de Brasília. Gerente de Integridade da Controladoria-Geral do Distrito Federal. mpmourarezende@gmail.com. ORCID: 0009-0000-8230-3248.

CONTEXTUALIZAÇÃO

O termo “controle” está conceitualmente interligado com fiscalização e monitoramento, significados também existentes no vocábulo integridade. Historicamente, o ser humano busca encontrar facilidade nas atividades diárias como etapa do processo evolutivo da própria sobrevivência, seja nos primeiros métodos de contagem matemática da era pré-histórica ou na origem da tecnologia como consequência da Revolução Industrial (séc. XVIII), na era moderna. Ainda nessa linha de raciocínio, no contexto do Controle Interno na Administração Pública, o processo evolutivo também não é diferente, buscam-se mecanismos cada vez mais modernos e eficientes na aferição de procedimentos para fim de garantir o cumprimento da legalidade. No entanto, como afirma Domingos Poubel de Castro em sua obra⁷, o controle deve garantir o equilíbrio entre autoridade e responsabilidade, gerando, conseqüentemente, uma certa rejeição pelo setor.

O autor também dispõe sobre a finalidade do controle interno:

“A finalidade do controle administrativo é assegurar que os resultados do que foi planejado, organizado e dirigido se ajustem aos objetivos previamente estabelecidos. A essência do controle reside na verificação. Se a atividade controlada está ou não alcançando os objetivos ou resultados desejados” (CASTRO, 2018, p. 278)

Dessa forma, em matéria de processos administrativos, como contratações e licitações, o controle interno assume um papel muito importante na definição da regularidade, tendo que lidar, ainda, com a resistência em exigências necessárias para manter a integridade do setor público. O conceito passou a ter previsão legal na nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 – que estabelece no artigo 11, parágrafo único, que a alta administração do órgão deve implementar processos de gestão de riscos e de controle interno para monitorar os processos licitatórios para que se alcance integridade e confiança, promovendo eficiência, efetividade e eficácia nas contratações, resguardando, conseqüentemente, a administração pública.

A evolução da Lei nº 14.133/2021 não se restringe apenas ao controle interno. O normativo trouxe grandes avanços nas áreas de governança pública, programas de integridade e gestão de riscos. Nesse sentido, torna-se premente levar às autoridades públicas o debate sobre a implantação da Agenda ESG nos processos de contratações públicas.

A agenda ESG (*Environmental, Social and Governance*), é um conjunto de ferramentas que pretende revolucionar o setor público ao incluir práticas ambientais, sociais e de governança nos processos. As ferramentas foram pioneiras na iniciativa privada, na qual os grandes empresários enxergaram, dentro do ESG, novas possibilidades para o crescimento corporativo ao associar suas empresas com responsabilidade social, garantindo mais credibilidade perante a sociedade e, conseqüentemente, aumentando a margem de lucro. Atualmente, percebe-se uma movimentação

⁷ CASTRO, Domingos Poubel de. Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

no setor público em torno de políticas públicas voltadas às práticas ESG, mas faltam ainda legislações específicas, traduzindo a importância do tema e seus impactos positivos para a administração pública e sociedade no geral.

Para melhor ilustrar a questão, é importante compreendermos, inicialmente, a conexão entre políticas públicas, princípios ESG e a relação com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e com a Agenda 2030, e como toda essa interligação será relevante para os processos de contratação na Administração Pública.

AGENDA ESG: SURGIMENTO, OBJETIVOS E IMPORTÂNCIA PARA O SETOR PÚBLICO

O termo ESG surgiu em 2004 e significa “*Environmental, Social and Governance*”, o que, em português, se iguala a práticas ambientais, sociais e de governança dentro de uma corporação (por isso, também entendido como ASG). O surgimento do termo ESG partiu de uma publicação do Pacto Global com o Banco Mundial, chamada *Who Cares Wins* (“quem se importa ganha”), quando o secretário-geral da ONU, Kofi Annan, iniciou uma reflexão sobre a relação dos fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais. No portal do Pacto Global⁸, é possível observar 10 (dez) princípios pelos quais se define se uma empresa está em conformidade com o ESG. Eles abrangem: a não violação dos Direitos Humanos, garantias dos direitos trabalhistas, responsabilidades com o meio ambiente e combate à corrupção. Os princípios possuem uma inter-relação com os Objetivos Desenvolvimento Sustentável e a Agenda 2030 da ONU.

Na década de 70, surgiu, internacionalmente, o fenômeno empresarial chamado de Responsabilidade Social Corporativa (“RSC”) que buscava agregar valor ao beneficiar a sociedade, estabelecendo equilíbrio entre empresas e consumidores e integrando responsabilidade por meio da efetiva prestação de contas à sociedade, garantindo, assim, maior credibilidade aos negócios. No final da mesma década, os estudos acerca do assunto chegaram ao Brasil por meio de diversos autores, como Gonçalves e Six.

No entanto, esses autores não abordaram a temática de maneira satisfatória, fato que se reflete na falta de estímulos nas discussões advindas do RSC, e de como seriam aplicáveis na realidade brasileira. Por outro lado, nos Estados Unidos e na União Europeia a pesquisa já estava bem mais desenvolvida e, apesar disso, no decorrer do tempo, principalmente após o surgimento da Agenda ESG, publicada pelo Pacto Global, essa temática ganhou mais relevância no Brasil, principalmente nos últimos três anos.

⁸ PACTO GLOBAL. Pacto Global: o termo ESG. Página inicial. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

Para exemplificar essa evolução, a Rede Brasil do Pacto Global, em parceria com a Stilingue, plataforma de monitoramento digital com Inteligência Artificial brasileira, desenvolveu um estudo⁹ sobre o cenário ESG no Brasil, e o resultado indica que as empresas brasileiras vêm acelerando essas práticas. Além da relevância para sociedade como um todo, o ESG está gerando impactos positivos para os lucros das empresas, uma vez que, segundo o estudo “propósito e lucro são indissociáveis”.

A Stilingue apresenta dados que comprovam os resultados satisfatórios para a organização que adota práticas ESG. Dentre elas, se destacou o caso da B3, que, fazendo um comparativo com a Ibovespa, enquanto esta apresentou valorização de 245,06%, o ISE B3 teve alta de 294,73%. Esses índices contribuíram para um crescente comprometimento de novas organizações com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), em 2020, foram 210 novas corporações. Para enfatizar mais esses dados, nos últimos anos, a discussão nas redes sociais sobre o tema cresceu sete vezes mais e 84% dos representantes empresariais afirmaram que o interesse aumentou em 2020.

Além disso, a Stilingue traz uma reflexão importante acerca da relevância brasileira em dar mais ênfase nos assuntos afetos meio ambiente primeiramente, e logo após, na agenda social e, por fim, na governança. Isso se deu, em relação ao primeiro fator, por causa do debate decorrente da situação de desmatamentos, queimadas e extinção da fauna, repercutindo mais intensamente entre o público, enquanto que nos temas sociais, se destacam inclusão social e Direitos Humanos. Por fim, dentro da governança, os assuntos mais pertinentes são sobre os escândalos de corrupção em grandes empresas estatais, como a Petrobrás.

Para enriquecimento dessa análise, pode-se reaver o caso de racismo ocorrido no hipermercado Carrefour em 2020, às vésperas do Dia da Consciência Negra, quando dois seguranças espancaram até a morte João Alberto, homem negro, que foi acusado de gritar com uma funcionária da unidade de Porto Alegre/RS. A partir do caso, surgiram vários debates sobre racismo estrutural e, analisando o histórico da empresa, verificou-se certa recorrência nesse tipo de episódio. Após a repercussão, a empresa fechou acordo com instituições, como o Ministério Público do Rio Grande do Sul, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Defensoria do Estado do Rio Grande do Sul, Defensoria Pública da União e com a entidade Educafro (Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes e Centro Santo Dias de Direitos Humanos) no valor de R\$ 115.000.000,00 (cento e quinze milhões de reais) para serem convertidos em causas de combate ao racismo e determinou, ainda, a inclusão de cláusulas antirracistas em seus contratos.

⁹ PACTO GLOBAL. Pacto Global: A evolução do ESG no Brasil. Abril/2021. Disponível em: <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F150560%2F1619627473Estudo_A_Evoluo_do_ESG_no_Brasil.pdf> Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

Por causa da repercussão desse caso, a empresa precisou, involuntariamente, adotar práticas ESG dentro da corporação. A situação chama atenção ao fato de que foi necessário um escândalo nacional para que uma grande rede de hipermercados se preocupasse, mesmo que tardiamente, em observar fatores importantes para garantir o funcionamento saudável da organização, com atenção aos requisitos ambientais, sociais e de governança, sendo que a adoção prévia de tais medidas poderia ter evitado grande parte do impacto negativo causado pelo lamentável episódio. Além da empresa citada, pode-se observar diversas outras organizações que entraram em escândalos por ferirem os princípios ESG: Nestlé, Zara, Shell etc. Por outro lado, empresas que adotam o ESG são exemplo de responsabilidade para a sociedade. A Natura, por exemplo, possui práticas que geram efeitos positivos, como a diminuição de 12% (doze por cento) nos resíduos advindos da sua fabricação, substituição do plástico pelo papel reciclado, dentre outros.

No episódio do hipermercado, se as práticas de uma boa governança estivessem solidamente implementadas, haveria o mapeamento de riscos para fins de se estabelecer controles internos e mitigar a ocorrência desse tipo de situação. De acordo com a ISO 31000, a preocupação em gerenciar riscos dentro de uma empresa é positiva para ajudá-la a alcançar os objetivos, além de melhorar seu desempenho. Dessa forma, é essencial que se tenha esses critérios nas tomadas de decisões empresariais. Assim, cada vez mais se percebe observância aos fatores ambientais, sociais e de governança para o desenvolvimento saudável do negócio.

Mas também é preciso observar que tratar as questões socioambientais pensando exclusivamente em aumentar o lucro e a credibilidade, deixando de lado a efetividade das boas práticas de governança, não é um caminho sustentável a longo prazo. Exemplo disso foi o caso recente das Lojas Americanas. A organização possuía vários *rankings* de adoção de políticas e medidas voltadas para o meio ambiente e o meio social, mas ao final foi a falta de uma estrutura robusta de governança uma das responsáveis pelo rombo bilionário anunciado e que impactou, diretamente, no abalo da imagem e da reputação perante os stakeholders.

A partir dessas reflexões, é possível perceber que a Agenda ESG nas organizações traz resultados positivos não apenas para a sociedade em geral, mas para as empresas em si, pois como demonstrado anteriormente, além de aumentarem a margem de lucro, impacta diretamente na melhoria da credibilidade perante a população, uma vez que estará cumprindo com a sua responsabilidade social.

Daí porque se conclui que a Agenda ESG não é essencial apenas para as empresas privadas, apresentando extrema relevância também para a Administração Pública, que tem como principal objetivo a prestação do serviço público em prol dos interesses dos cidadãos, devendo sempre ser exemplo de boas práticas. Um ponto de destaque foi quando o Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), em 2021, lançou a Estratégia Investimento Verde para fomentar a implementação do ESG nos editais de licitação de projetos de infraestrutura. Rogério Marinho, ex-ministro do

Desenvolvimento Regional, afirmou que a iniciativa seria importante para que os projetos estivessem de acordo com a modernidade do mundo.

O MDR utilizou a taxonomia europeia para inaugurar a brasileira, ou seja, se baseou nos indicadores para o acompanhamento das metas ESG nos contratos europeus aplicando-os à realidade brasileira. No entanto, não houve obrigatoriedade dessa política, e embora não tenha uma legislação específica para implantação das políticas ESG nas licitações, esse é um ponto de partida para que se perceba a relevância e importância desses processos nas contratações públicas, tendo em vista que será benéfico tanto para a contratante, quanto para a contratada e para a sociedade como um todo.

Políticas ESG nas contratações públicas

Apesar da iniciativa do Ministério do Desenvolvimento Regional, a ausência de previsão normativa que trate a temática dificulta o debate em torno da sua importância para os macroprocessos da Administração Pública. Ainda assim, a Nova Lei de Licitações e contratos – Lei nº 14.133/2021 – trouxe inovações consideráveis que, a nosso ver, poderão impactar diretamente na necessidade de construção de uma Agenda ESG pelos agentes públicos.

Conforme dito em linhas volvidas, além da obrigatoriedade de implementação de práticas de controle interno, abordando, inclusive, a necessidade de se definir e estruturar as três linhas de defesa nos processos licitatórios, há também previsão expressa de que a aplicação das ferramentas de governança é de responsabilidade da alta administração do órgão contratante (artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021).

Nesse sentido, pelo menos no macroprocesso de contratação pública, a sigla “G” do acrônimo ESG estará sendo implementada. Mas o fato é que as ferramentas de governança fornecem subsídios para a melhoria do processo de tomada de decisão pelos gestores, não sendo palpável, em um primeiro momento, de verificação desses resultados pela população. São as siglas “E” e “S” que causam o maior impacto na sociedade.

Garantir a coexistência das três funções – ESG – é o que causará a verdadeira revolução, tornando perene o debate acerca da necessidade do setor público se preocupar em aplicar políticas ESG em seus macroprocessos.

A NLLC trouxe em seu bojo alguns incentivos - recém regulados pelo Decreto Federal nº 11.430 de 08 de março de 2023 – que vão de encontro ao requisito social da Agenda ESG. Trata-se da possibilidade de o edital licitatório exigir da contratada que tenha em seus quadros um percentual mínimo de 8% (oito por cento) das vagas compostas por mulheres vítimas de violência doméstica e egressos do sistema prisional. Há também a previsão, como critério de desempate,

para empresas que promovam ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (artigo 25, § 9º, e artigo 60, inciso III).

A partir daí é possível verificar que houve uma preocupação em garantir trabalho para uma parcela marginalizada da população. Criar condições e vagas de trabalho para egressos do sistema prisional tem relação e impacto direto com a redução do índice de reincidência penitenciária¹⁰, por exemplo.

O avanço é louvável, mas existem, ainda, diversas outras questões que precisam ser repensadas e estruturadas para fins de aplicação no processo de contratações, como por exemplo: políticas e ações de combate ao trabalho infantil e à condição análoga à escravidão, igualdade de gênero e raça, inclusão e acessibilidade, impacto e desenvolvimento da sociedade no local onde a empresa está instalada, saúde mental no trabalho, e a lista não se encerra por aqui.

Em relação ao *environmental* o incentivo foi ainda mais sutil, a comprovação de práticas de mitigação de redução do uso de recursos naturais e de emissão de gases de efeito estufa servirá como critério de desempate no processo licitatório, nos termos do artigo 60, § 1º, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021.

As possibilidades – e a necessidade – de se trabalhar políticas voltadas para o meio ambiente vão muito além, e é imprescindível que se fale em eficiência energética, reciclagem e coleta seletiva, tratamento adequado de resíduos, mercado de carbono, recuperação dos oceanos e outros recursos hídricos, etc.

A preocupação com o meio ambiente deveria ter uma pauta ainda mais agressiva: afinal, 8 (oito) dos 17 (dezessete) ODS possuem relação direta ou indireta com o meio ambiente e, no entanto, os avanços nessa área foram praticamente inexistentes no âmbito das contratações públicas.

As práticas ESG são um bom parâmetro para garantia dos requisitos citados. Para relacioná-los, pode-se entender que, no setor ambiental, a administração pública deve se preocupar em verificar quais os impactos ambientais que as contratadas geram; no viés social, como as empresas contratadas lidam com a responsabilidade social, se respeitam os Direitos Humanos, direitos trabalhistas e, por fim, se as empresas possuem enquadramento legal que não ponha em risco a integridade do setor público.

De fato, a legislação NLLC trouxe a previsão legal do uso de diversas ferramentas que poderão garantir a execução das boas práticas: governança pública, gestão de riscos, controle interno, programa de integridade, fomento à critérios socioambientais. Mas na prática, se esses elementos caírem em desuso e, para além do fomento, não se tornarem obrigatórios, aumenta a possibilidade de se tornarem apenas letra de lei.

¹⁰ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>

Com a ascensão das discussões a respeito do assunto, os gestores públicos estão percebendo cada vez mais a necessidade de se falar sobre o tema, mas o debate ainda precisa evoluir consideravelmente até que se alcance maturidade suficiente para a promulgação de legislações inerentes à temática.

É importante, também, que os servidores públicos que atuam na primeira e na segunda linha de defesa, e os órgãos de controle interno na terceira linha, atuem de forma criteriosa em relação aos processos de definição e aplicabilidade dos critérios de governança, bem como na fiscalização do cumprimento dos critérios socioambientais quando eles forem utilizados no processo licitatório, para fins de se evitar a prática do *greenwashing*, ou seja, evitar que as políticas ESG não tenham sido efetivamente implementadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a publicação da Agenda 2030 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, tornou-se obrigatória a discussão sobre políticas ESG. O mercado privado, que identificou com maior celeridade os benefícios dessas práticas, vem fomentando o debate acerca da necessidade de mudança para um mundo mais equilibrado e próspero. Os governos não poderiam ficar de fora dessa construção, afinal, são um dos principais atores na busca por uma sociedade mais justa e igualitária.

Dentre os macroprocessos da Administração Pública, o processo de contratações públicas relaciona diretamente governo e iniciativa privada, e quando se consegue alinhar os objetivos da prestação do serviço público, com o lucro e a função social das empresas, o resultado é bom para todas as partes. E esses resultados podem e precisam ser potencializados com a criação e a estruturação de políticas e iniciativas ESG pelos setores público e privado.

Embora haja vestígios constitucionais circundando o ESG quando se observa ideais de proteção ambiental e defesa dos direitos humanos, por exemplo, é de extrema importância a promulgação de legislações específicas em prol dessas práticas, para que elas se tornem intrínsecas aos processos com a consequente melhora do resultado na prestação do serviço público para a sociedade.

A Nova Lei de Licitações e contratos – Lei nº 14.133/2021 – trouxe avanços importantes para a temática, mas é preciso ir além e aprofundar as discussões, reduzindo a burocracia e o tempo de reação e de adaptabilidade da administração pública, para que realmente seja possível cumprir a Agenda 2030 e alcançar os objetivos sustentáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. **Gestão de Riscos – Princípios e diretrizes. NBR ISO 31000.** Associação. Brasileira de Normas Técnicas. 2009.

BRASIL. **Decreto nº 11.430 de 08 de março de 2023.** Regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público.** 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Nações Unidas Brasil: **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

PACTO GLOBAL. **A evolução do ESG no Brasil.** Abril/2021. Disponível em: <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F150560%2F1619627473Estudo_A_Evoluo_do_ESG_no_Brasil.pdf> Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

PACTO GLOBAL. **O termo ESG.** Página inicial. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

UNODC. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: < <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/embaixadores-da-juventude/conhea-mais/a-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentvel.html>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

DIÁLOGOS DE
VOLUME DOIS
CONFORMIDADE



CAPÍTULO
TRES

moradores da região Foz do Iguaçu/PR e Ciudad Del Este/PY. O método elegido para compor este estudo foi o Dedutivo, com base em aportes bibliográficos e documentais.

PALAVRAS-CHAVE: bitributação; fronteiras; Brasil; Paraguai.

ABSTRACT: No one can shirk their responsibilities and, in this sense, the State needs to at least try to achieve the fundamental objectives of the Republic set out in the Federal Constitution. The absence of a standard preventing international double taxation through income tax, even more so between border countries, makes it difficult to build a fair society, does not guarantee development and highlights a prejudice against certain countries, going against global tax justice. The aim is to demonstrate that international double taxation increases tax evasion and impedes transnational negotiations, hindering socioeconomic development. The General Objective is to analyze the effects generated by the absence of a legal standard (whether through an internal law or the conclusion of a bilateral agreement/treaty) to avoid international double taxation by Income Tax between Brazil and Paraguay, based on the constant problems faced by residents of the Foz do Iguaçu/PR and Ciudad Del Este/PY region. The method chosen to compose this study was Deductive, based on bibliographic and documentary contributions.

KEYWORDS: double taxation; borders; Brasil; Paraguai.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como finalidade analisar os efeitos da ausência de um acordo bilateral para evitar a bitributação internacional pelo Imposto de Renda entre o Brasil e o Paraguai, mais especificamente com estudos voltados para a região fronteira de Foz do Iguaçu/PR e Ciudad Del Este/PY. Ademais, Foz do Iguaçu é “considerada a fronteira mais movimentada do Brasil” (IDESF, 2018, p. 8).

Porém, essa questão que antes estava muito ligada a esses países com fronteira, com a pandemia, acabou se estendendo para além dela, pelo rompimento do caráter físico/presencial de muitas atividades, abrangendo os trabalhadores em *home office* cujo serviço é prestado para um empregador em outro país.

Ao tratar do tema da bitributação internacional, é importante salientar a questão da soberania fiscal, pela qual cada País tem o poder de definir o seu sistema tributário sem que tenha que dialogar com o seu vizinho, ainda que pertencentes a um mesmo bloco econômico (no caso, o Mercosul).

Sabe-se que a legislação do Imposto de Renda da Pessoa Física no Brasil prevê sua incidência sobre os rendimentos auferidos por pessoa domiciliada no Brasil, ou que sejam auferidos no território nacional. Do lado paraguaio, a situação é equivalente. Assim, é muito comum, nas cidades de fronteira, o cidadão morar num país e trabalhar no outro, ou seja, morar em Foz e trabalhar em Ciudad Del Este, o que atrai as duas legislações e, conseqüentemente, o pagamento dos dois impostos sobre o mesmo fato gerador (bitributação internacional).

Tendo em vista que a globalização produz um efeito de estreitamento das relações econômicas, sociais e culturais, provocando novas percepções temporais (no sentido do dinamismo) e espaciais (no sentido de aproximação das fronteiras e interdependência dos Estados), as relações comerciais internacionais ganharam maior presença, com Estados renunciando a parcelas da sua arrecadação tributária, em prol da cooperação internacional, na qual prevalecem as questões de desenvolvimento socioeconômico pautado nas boas relações entre os Estados e seus contribuintes, para maior atração de investidores e justiça fiscal.

Ademais, o próprio acordo poderá contribuir para a diminuição da evasão fiscal. Tal fenômeno ocorre pois o contribuinte, ao praticar a conduta ensejadora da obrigação tributária, em decorrência da realização do fato gerador, que implica na dupla tributação por dois países, paga o devido tributo apenas em um país, em consonância com os preceitos do acordo, ou, como em muitos outros casos, compensa as cargas tributárias, nunca tendo que pagar mais do que a maior carga entre os dois países.

O Estado precisa, além de não comprometer o desenvolvimento (que é objetivo da República previsto no art. 3º, inciso II, da CF/88), fomentar formas que possibilitem o aumento de renda e emprego para os cidadãos, ainda mais nas regiões de fronteiras, tão tumultuadas pela diversidade das legislações sociais, trabalhistas e tributárias.

Sabe-se que o mercado não é uma "ordem espontânea", natural, mas uma estrutura social e histórica, fruto do processo de tomada de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros (BERCOVICI, 2009, p. 269), e por isso, além de ser o principal agente econômico, o Estado é também o regulador e planejador da política econômica.

Assim, a omissão pelo Estado no tratamento desta problemática (seja por uma lei nacional interna, seja por tratado internacional) extrapola os limites jurídicos de sua autonomia, ainda mais quando possui norma tratando da mesma matéria com outros países, inclusive do Mercosul, como é o caso com a Argentina (tratando seus parceiros de bloco de forma diferenciada).

O problema de pesquisa deste estudo reside na seguinte indagação: quais são os efeitos e consequências ocasionadas pela ausência de uma norma que trate sobre a bitributação internacional pelo Imposto de Renda entre o Brasil e Paraguai?

O objetivo geral deste estudo reside na análise dos efeitos gerados pela ausência de norma legal (seja por meio de uma lei interna ou pela celebração de um acordo/tratado bilateral) para evitar a bitributação internacional pelo Imposto de Renda entre o Brasil e o Paraguai, tendo em vista a constante problemática enfrentada com os moradores da região Foz do Iguaçu/PR e Ciudad Del Este/PY. Ressalta-se que o Município de Foz do Iguaçu/PR é a cidade fronteiriça com maior movimento comercial e de pessoas do Brasil, sendo realizadas cotidianamente diversas relações negociais, comerciais e trabalhistas. Com base nessa premissa, aqueles que moram no Brasil e desenvolvem suas atividades no Paraguai devem pagar os seus tributos por lá, fato que não exclui

o pagamento no Brasil. Essa dupla tributação internacional acaba inibindo o desenvolvimento socioeconômico local, pois restringe os investimentos transnacionais à medida que se tornam excessivamente onerosos por causa da bitributação, ao mesmo tempo em que ocasiona maiores incidências de evasão fiscal.

A hipótese provisória se pauta no sentido de que a globalização produz um efeito de estreitamento das relações econômicas, sociais e culturais, onde as transações comerciais internacionais ganharam maior presença, atraindo a necessidade de integração e cooperação entre os Estados para balizar harmonia e equilíbrio nas ações negociais transnacionais. Com efeito, os Estados passaram a renunciar parcelas da sua arrecadação tributária em prol da cooperação internacional, na qual prevalecem as questões de desenvolvimento socioeconômico pautado nas boas relações entre os Estados e seus contribuintes, para maior atração de investidores e justiça fiscal. Ademais, o próprio acordo poderá contribuir para a diminuição da evasão fiscal.

O método elegido para compor este estudo foi o dedutivo, com base em aportes bibliográficos e documentais. Como resultado, verificou-se que a ausência desta norma (seja por tratado ou por lei interna) poderá gerar a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que um dos princípios que regulam as relações internacionais é o da não discriminação, e não há como justificar quando se tem um acordo destes com a Argentina e não com o Paraguai, mesmo quando os dois países pertencem ao Bloco do Mercosul (organização intergovernamental regional fundada a partir do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, que possui como fundadores Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai).

O Mercosul é um acordo que estabelece uma união aduaneira entre os países participantes. Dessa forma, determina que haja livre comércio e política comercial comum (cobra-se a mesma quota de importações entre países terceiros e tarifa zero entre os membros) com o objetivo de fortalecer a integração e cooperação entre os países usando medidas idênticas para consolidar políticas monetárias, cambiais e fiscais.

Como ressaltado por Solon Sehn (2022):

Também não impede a extensão automática de vantagens, a exigência de lei específica, prevista no § 6º do art. 150 da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 03/1993. Esse preceito estabelece que: “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g”. O dispositivo faz referência à necessidade de “lei específica, federal, estadual ou municipal”, o que remete aos incentivos e isenções fiscais decorrentes do exercício da competência dos entes federativos no plano interno. Nas relações bilaterais e multilaterais no âmbito internacional, não há atuação da União, dos Estados-membros ou dos Municípios, mas da República Federativa do Brasil como Estado-total [8]. Daí a inaplicabilidade da exigência de lei específica federal aos benefícios pactuados pelo País no âmbito internacional. Esses, após a incorporação dos tratados e acordos internacionais à ordem jurídica, são válidos independentemente de lei específica.

O princípio, ou cláusula, de nação mais favorecida impede a discriminação entre os países membros de um grupo. Assim, estimula as relações multilaterais entre estes países, ficando estabelecido que toda vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida a um contratante (país membro), devem ser transferidos a todos os demais membros daquele grupo.

Desta forma, o desrespeito a este princípio do Direito Internacional pelo Estado brasileiro, poderá, em tese, atrair a responsabilidade civil do Estado tendo em vista sua omissão quanto a aplicabilidade desta norma quando se trata de Imposto de Renda sobre rendimentos auferidos em mais de um país signatário de um mesmo acordo (no caso, o acordo do MERCOSUL), ainda mais quando previsto expressamente no art. 37 da CF/88, em seu parágrafo sexto, o qual menciona que:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Neste sentido, o STF, no Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 6555.277, Minas Gerais, entende que:

A omissão do poder público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. [ARE 655.277 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 24-4-2012, 2ª T, DJE de 12-6-2012.]

Com efeito, o Brasil pode atrair, para si, a responsabilidade civil do Estado em ter que arcar com os gastos de internalização desses recursos em território nacional, considerando sua inércia e omissão acima destacadas.

1. A BITRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL COMO INIBIDOR DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

O Estado tem como um de seus elementos constitutivos a Soberania, que “é o poder estatal que assegura ao Estado, no plano interno, a qualidade de autoridade máxima em seu território e, no plano externo, independência e igualdade nas relações com outros Estados, cujo exercício tem por limite o território (VARGAS, 2017, p. 39). No entanto, pertinente aclarar que a Soberania vem sendo flexibilizada, declinada, por assim dizer, diante do processo de globalização e das celebrações de acordos/tratados internacionais entre os países. Nesse sentido, tem-se como reflexo:

[...] a crescente perda de soberania das autoridades responsáveis pelas políticas econômicas nacionais na ordem globalizada. Tal fato se deve tanto à formação dos blocos econômicos, como à necessidade de adaptação das economias nacionais às migrações internacionais dos fatores produtivos (FILHO, 1998, p.84).

Os países são dotados de soberania fiscal, cada qual cobra os seus tributos da maneira que lhe aprouver, não cabendo intervenção externa. No entanto, o exercício de tal soberania pode gerar a ocorrência da dupla tributação internacional, atingindo os contribuintes que estarão sujeitos a um duplo regime de tributos aplicados por dois Estados. Todavia, tal regramento pode ser atenuado por meio da celebração de um acordo bilateral para evitar a bitributação internacional e a evasão

fiscal. O principal escopo é reger um ordenamento jurídico internacional, considerando a população global, pois todos os seres humanos residem na mesma casa comum. Ademais, é necessário alentar a devida efetividade à justiça tributária internacional, que “deve ser um objetivo a atingir, através do reconhecimento entre Estados. Esse reconhecimento é instrumental à prossecução da justiça redistributiva estadual” (DOURADO, 2019). Ainda, sobre a Soberania, cabe trazer à baila o princípio da territorialidade que:

Também conhecido como *source income taxation* ou base territorial, o princípio da territorialidade significa que todas as situações jurídicas que dêem origem à produção de renda, por nacionais ou residentes, localizadas dentro do território de um Estado, geram uma obrigação tributária. A territorialidade tributária é, afinal, decorrência lógica do próprio poder soberano de qualquer Estado, já que todos os fatos ocorridos dentro do seu território são ordenados e disciplinados pelo seu sistema jurídico. Pode-se concluir que é a base territorial uma manifestação pura da jurisdição, aquele poder-dever de que dispõe o Estado para, nos limites territoriais de sua soberania, aplicar o seu Direito (FILHO, 1998, p.84-85).

Como ressaltado por Kunzler (2013, p. 161), “a construção dos blocos econômicos, e da integração regional por consequência, são instâncias de um processo maior que está em curso, chamado globalização”, e o que se busca defender neste artigo é uma maior justiça fiscal global em prol do desenvolvimento econômico e social global pautado na dignidade da pessoa humana.

A cooperação internacional entre os países deve ser encarada como um dos pilares fincados sob o solo da dignidade da pessoa humana, para a edificação sólida e plausível da justiça tributária internacional. A celebração de acordos bilaterais para evitar a bitributação internacional e a evasão fiscal não pode ser visto sob a ótica da renúncia fiscal equivalente ao enfraquecimento dos cofres públicos interno, mas deve ser visto como um instrumento equalizador da justiça fiscal tributária internacional. Acaso, há de se falar em desenvolvimento econômico e social num ambiente onde injustiças pairam? Pode-se considerar justo a dupla tributação que onera o contribuinte de forma a comprometer a sua renda, considerando a insuportabilidade da dupla incidência do imposto de renda por dois países soberanos? Mesmo que o contribuinte pague o tributo devido em um dos países, se não pagar no outro, este estará incorrendo na evasão fiscal, comprometendo a sua dignidade enquanto contribuinte que pretende cumprir com suas obrigações fiscais, ferindo o princípio da capacidade contributiva. Ainda:

Além disso, para prosseguir a justiça tributária internacional, a cooperação estadual deve garantir o princípio de igualdade na vertente da capacidade contributiva. Isto é, a cooperação estadual deve basear-se no princípio da capacidade contributiva, como direito fundamental universal, aplicável a cada indivíduo e a cada contribuinte. O princípio da capacidade contributiva, na esfera internacional, assume também a dimensão da tributação singular (eliminação da dupla tributação e da dupla não tributação) 98 – sem perder o significado que lhe é atribuído por cada parlamento nacional (DOURADO, 2019).

Considerando isso, os acordos bilaterais para evitar a dupla tributação internacional e prevenir a evasão fiscal vem sendo um instrumento que viabiliza a justiça fiscal internacional. O Brasil, atualmente, possui tal acordo com 37 países (África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria,

Bélgica, Canadá, Chile, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, República Tcheca, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela) (RF, 2022). Alguns desses acordos foram celebrados recentemente: 1) Emirados Árabes Unidos, por meio do Decreto nº 10.705/2021; 2) Suíça, por meio do Decreto nº 10.704/2021; e 3) Singapura, por meio do Decreto nº 11.109/2022 (RF, 2022).

Percebe-se que o Brasil celebrou três recentes acordos bilaterais com países que não fazem divisa, olvidando o Paraguai que, para além de ser uma país fronteiro com o Brasil, integra, juntamente com o Brasil, a fronteira mais movimentada do país (Foz do Iguaçu/BR e Ciudad Del Este/PY). Isso faz com que emane uma necessidade urgente, principalmente considerando a população que vive na região fronteira, de que ocorra a celebração de tal acordo entre o Brasil e o Paraguai. O fato é que deve ser considerado que o município de Foz do Iguaçu/PR é a cidade fronteira com maior movimento comercial e de pessoas do Brasil, sendo realizadas cotidianamente diversas relações negociais, comerciais e trabalhistas. Já com a Argentina, que também faz fronteira com Foz do Iguaçu, o Brasil possui o acordo desde a década 80, por meio do Decreto nº 87.976/1982.

Para demonstrar o fluxo na fronteira Foz do Iguaçu/BR e Ciudad Del Este/PY, “em 2021 a média de veículos por dia que circularam pela fronteira Brasil-Paraguai-Brasil foi de 42.172 veículos. Enquanto que, no ano de 2019 a média foi de 37.104 veículos” (UDC, 2021).

Trata-se de um cenário no qual as fronteiras cumprem não só o papel de delimitadoras de territórios geográficos, mas atuam como conectoras dos povos e, ainda, se revestem como símbolo de cooperação. Sob esse ângulo, não há de se falar de “ponte” num contexto que implica duplas tributações, onerando de forma demasiada o contribuinte, mas sim de conectoras que aproximam as legislações tributárias dos países e evitam a dupla tributação, seja com a exclusão de uma das legislações ou compensando a carga tributária prevista nelas. Sobre as fronteiras e a interdependência entre os países, Vargas (2017, p. 35) corrobora que “a fronteira comporta, ainda, outra dimensão, podendo ser compreendida sob um novo prisma: mais do que apenas apartar, ela tem o condão de aproximar, de unir povos vizinhos”.

Com efeito, a celebração do acordo bilateral para evitar a bitributação internacional e a evasão fiscal não tem por escopo diminuir a receita arrecadada por um dos Estados, mas sim engajar o desenvolvimento transfronteiriço e incentivar o empreendedorismo transnacional. O cerne da questão é que a falta de uniformização das legislações (fiscais e trabalhistas) nos países de fronteira é um entrave ao desenvolvimento da região.

2. A DUPLA TRIBUTAÇÃO E A EVASÃO FISCAL COMO CONSEQUÊNCIA

Com a finalidade precípua de contextualizar a problemática deste trabalho, a fim de almejar uma solução adequada, faz-se imprescindível visualizar e analisar o hodierno cenário pelo qual a Sociedade está inserida. Logo, a globalização está presente no cotidiano das negociações, influenciando nas decisões, comportamentos e, ao mesmo tempo em que pode estreitar laços, pode também corrompê-los.

A internacionalização da economia somada ao processo de globalização impactou diretamente nas bases elementares do capitalismo, expandindo a economia global e a integração mundial do próprio sistema capitalista. Sob esse aspecto, ocorreu a ampliação e alteração de estratégias para visar o aumento da lucratividade das empresas transnacionais. Fato é que os investidores buscam por países que concedam maiores benefícios fiscais às suas empresas.

Nesse diapasão, “os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições - económicas, sociais e culturais” (CANOTILHO, s.d., p. 469). A bitributação internacional tende a ser crucial para o afastamento de novos investimentos, afetando não só a área econômica, mas também atingindo outros setores como o social e cultural, além de contribuir para o aumento da evasão fiscal.

Quando da análise da situação de fato e jurídica, o empresário percebe a dupla tributação e logo desiste do negócio pretendido e busca um país com menor incidência tributária para o seu lucro ser maior.

3. UMA ANÁLISE SOBRE AS FRONTEIRAS FOZ DO IGUAÇU/BR E CIUDAD DEL ESTE/PY

Ao tratar de temas correlatos às fronteiras, é pertinente abordar as questões inerentes às suas regiões, as quais não se assemelham com as demais localidades do país. As cidades fronteiriças possuem peculiaridades, e, por isso, as suas estratégias de desenvolvimento devem estar voltadas para as necessidades locais.

Foz do Iguaçu, por exemplo, integra região de tríplice fronteira, fazendo divisas com Ciudad Del Este/PY e Puerto Iguazú/AR. Para o estudo em voga, interessa as fronteiras Foz do Iguaçu e Ciudad Del Este. Tal escolha se dá pelo maior envolvimento econômico entre essas cidades vizinhas, onde muitos trabalhadores e empresários atuantes na cidade paraguaia residem no lado brasileiro, ocorrendo também o contrário. Atenta-se, ainda, que “o Brasil e o Paraguai possuem grandes diferenças no que se referem a aspectos demográficos, econômicos, políticos e sociais” (SILVA, DOLZAN, COSTA, 2019, p. 49).

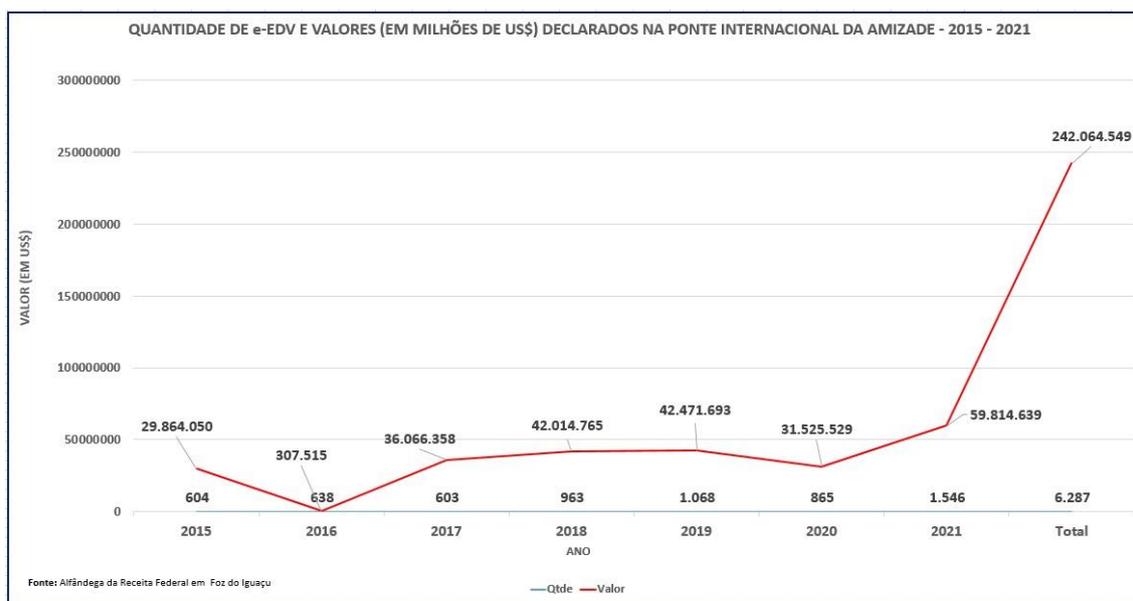
Atualmente tem-se um considerável número de pessoas que moram em Foz do Iguaçu, mas que exercem suas atividades laborais em Ciudad Del Este, bem como ocorre o contrário. No

caso dos brasileiros que trabalham no comércio em Ciudad Del Este/Paraguai, tem-se uma estimativa de que o número desses trabalhadores pare na casa dos sete mil, de acordo com o anúncio da presidente do Paraguai, Mario Abdo Benítez, sobre o fechamento da Ponte da Amizade em decorrência da pandemia provocada pelo Covid-19 (CORREIO DO POVO, 2020). Nesses casos, os trabalhadores e empresários estão sujeitos a ambas as jurisdições fiscais, devendo pagar os impostos tanto no Brasil, quanto no Paraguai, sob pena de evasão fiscal. A partir disso ocorrem vários efeitos, como a dificuldade em adquirir casa própria, por falta de comprovação da origem do dinheiro, e até mesmo em conseguir um financiamento.

Com base nessa premissa, aqueles que desenvolvem suas atividades no Paraguai devem pagar os seus tributos por lá, fato que não exclui o pagamento no país vizinho (Brasil), principalmente se precisar de tal para comprovar renda. Essa dupla tributação internacional acaba inibindo o desenvolvimento socioeconômico local, pois restringe os investimentos transnacionais à medida que se tornam excessivamente onerosos por causa da bitributação, ao mesmo tempo em que ocasiona maiores incidências de evasão fiscal. Destarte, "os tratados pretendem evitar a bitributação internacional, a fim de que o sujeito passivo não se subordine a várias imposições perante um só fator de avaliação de sua capacidade contributiva" (SABBAG, 2009, p. 144). Um dos instrumentos proposto a solucionar essa problemática, é o acordo bilateral para evitar a bitributação internacional como estratégia de desenvolvimento, alavancando o fluxo negocial transfronteiriço por meio da cooperação fiscal entre os países. Trata-se de um mecanismo incentivador de investimentos, aumentando a competitividade nas operações negociais internacionais.

Com base no exemplo supracitado percebe-se que paira uma injustiça tributária global – pois são cobradas duas vezes o mesmo imposto sobre o mesmo fato gerador. Com efeito, quando ocorre a bitributação internacional, a tendência é aumentar a evasão fiscal e inibir os fluxos negociais entre os países, com impacto direto nas regiões de fronteiras.

De acordo com os dados fornecidos pela alfândega da Receita Federal brasileira em Foz do Iguaçu, pode-se perceber, no quadro abaixo, que os valores de ingresso declarados, na Ponte da Amizade, mantinham uma certa média de 31 milhões de dólares por ano até 2020 (desde 2015), quando após alterações nas leis paraguaias de imposto de renda (IRP) e lavagem de dinheiro, alcançou neste ano de 2021(até outubro) U\$ 59.814.639,00, ou seja, quase o dobro (PARCIANELLO, 2022).



Fonte: Alfândega da Receita Federal em Foz do Iguaçu (PARCIANELLO, 2022)

Isso que ainda não há celebração de um acordo bilateral com o Paraguai para evitar a dupla tributação pelo imposto de renda. A ausência de tal acordo tende a irradiar o aumento da evasão fiscal e inibir o desenvolvimento transfronteiriço, ao passo que a existência do acordo propiciará maior ingresso de dinheiro e, conseqüentemente, mais desenvolvimento para a região e renda para os cidadãos.

Um dos fatos que tende a ocorrer na fronteira entre Foz do Iguaçu/BR e Ciudad del Este/PY, que carece do acordo bilateral em comento, é a falsidade na declaração de que o brasileiro saiu do seu país com ânimo definitivo, por meio da declaração de saída definitiva, que pode ser realizada no site da Receita Federal, quando de fato, por ausência de controle na Ponte da Amizade e ausência de acordo para evitar a dupla tributação pelo imposto de renda, ele continua residindo no Brasil.

Ao tratar da bitributação internacional como óbice ao desenvolvimento das regiões de fronteiras, pretende-se demonstrar que a cooperação tributária entre o Brasil e Paraguai por meio de um acordo bilateral para evitar a bitributação internacional tende a ser um instrumento que auxiliará no desenvolvimento socioeconômico da região em estudo.

O acordo visa promover uma significativa contribuição nas relações comerciais bilaterais, aumentar a competitividade nas relações negociais e incentivar os trabalhos entre fronteiras, contribuindo para o avanço da Sociedade e aproximando os Estados signatários em suas relações políticas e comerciais.

Um dos instrumentos proposto a solucionar essa problemática, é o acordo bilateral para evitar a bitributação internacional como estratégia de desenvolvimento, alavancando o fluxo negocial transfronteiriço por meio da cooperação fiscal entre os países. Trata-se de um mecanismo

incentivador de investimentos, aumentando a competitividade nas operações negociais internacionais.

CONCLUSÃO

A abdicação da arrecadação da parcela tributária, muito embora possa repassar a percepção de diminuição de tal receita aos cofres públicos interno, sendo vistas como prejuízo, deve ficar cristalino que tal percepção não procede, uma vez que a celebração de acordos bilaterais para evitar a bitributação internacional e a evasão fiscal tende a se revestir com a roupagem da justiça tributária internacional e, por conseguinte, alavancar o desenvolvimento econômico e social global.

Desta forma, se vê como necessário o incentivo de muitos países a aderirem aos acordos bilaterais em prol do aumento dos fluxos de divisas no que diz respeito principalmente ao Imposto de Renda, como o Brasil que, embora não tenha acordo com Paraguai (país fronteiriço com quem mantém grande relação comercial), possui 37 acordos para evitar a bitributação internacional.

Destarte, o acordo bilateral para evitar a bitributação internacional é instrumento voltado à cooperação tributária internacional, a qual irradia benesses tanto no campo estatal, quanto no campo contributivo, a fim de que o sujeito passivo não se subordine a várias legislações que imponham mais de um tributo perante um só fator de avaliação de sua capacidade contributiva.

A ausência desta norma (seja por tratado ou por lei interna) poderá gerar a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que um dos princípios que regulam as relações internacionais é o da não discriminação, e não há como justificar quando se tem um acordo destes com a Argentina e não com o Paraguai, mesmo quando os dois pertencem ao Bloco do Mercosul. A falta de tal acordo tende a inibir o desenvolvimento econômico e social na região fronteiriça, bem como tende a impulsionar a evasão fiscal dada a dificuldade de o contribuinte arcar com a dupla tributação internacional, violando a sua capacidade contributiva e a justiça fiscal internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. **A Constituição brasileira de 1988 revisitada**: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social / organizador: José Celso Cardoso Jr. Brasília: Ipea, 2009. v.1. Disponível em: A Constituição brasileira de 1988 revisitada_volume 1.pdf (ipea.gov.br). Acesso em: 13 de nov. de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

CORREIO DO POVO. **Paraguai fecha Ponte da Amizade com Brasil**. Publicado em: 17 de mar. de 2020. Disponível em: Paraguai fecha Ponte da Amizade com Brasil (correiodopovo.com.br). Acesso em: 29 de nov. de 2022.

DOURADO, Ana Paula Justiça Tributária Internacional. **RDT Atual**. 41, 2019. Disponível em: Justiça Tributária Internacional – Revista Direito Tributário Atual (ibdt.org.br). Acesso em: 14 de nov. de 2022.

FILHO, Marcílio Toscano Franca. **Princípios da tributação internacional sobre a renda**. Brasília a. 35, n. 137, jan./mar. 1998. Disponível em: Princípios da tributação internacional sobre a renda (senado.leg.br). Acesso em: 14 de nov. de 2022.

IDESF. **Mercado ilegal de telecomunicações**. Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras (IDESF). Publicado em julho de 2018. Disponível em: estudo.indd (idesf.org.br). Acesso em: 29 de nov. de 2022.

KUNZLER, Ivo José. **O Direito Tributário nos Negócios Internacionais**. Novo Hamburgo: Business & Law, 2013.

NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

PARCIANELLO, Neri Antonio. **Os impactos das operações realizadas pela Receita Federal na fronteira de Foz do Iguaçu**. Foz do Iguaçu: UDC. Monografia do Curso de Direito, 2022.

RF. Receita Federal. Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal. **Ministério da Economia**. Publicado em: 04 de mar. de 2015. Atual. em 25 de jul. de 2022. Disponível em: Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal — português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 15 de nov. de 2022.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SEHN, Solon. Princípio da nação mais favorecida e a extensão automática de benefícios e vantagem tributárias. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2022/06/07/principio-da-nacao-mais-favorecida>. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

SILVA, Micael Alvino da; DOLZA/N, Rafael Rodrigues; COSTA, Alexandre Barros da. O /custo triangular: reexportação e descaminho nas relações Brasil-Paraguai. **(Re)definições das fronteiras: desafios para o século XXI**. Orgs. Fernando Jose Ludwig, Luciano Stremel Barros, 1ª ed. Foz do Iguaçu: Editora IDESF, 2019.

STF. **ARE 655.277 ED**, rel. min. Celso de Mello, j. 24-4-2012, 2ª T, DJE de 12-6-2012. Disponível em: paginador.jsp (stf.jus.br). Acesso em: 29 de nov. de 2022.

UDC. **Pesquisa sobre o tráfego de veículos e pessoas que atravessam a Ponte Internacional da Amizade**. Publicado em: 21 de nov. de 2021.

VARGAS, Fábio Aristimunho. **Formação das fronteiras latino-americanas**. Brasília: FUNAG, 2017.

DIÁLOGOS DE
VOLUME DOIS
CONFORMIDADE

CAPÍTULO
QUATRO



METAVERSO: DESAFIOS PARA A PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

METAVVERSE: CHALLENGES FOR PRIVACY AND DATA PROTECTION

Aicha de Andrade Quintero Eroud¹³
Valéria Cheque¹⁴

RESUMO: O Metaverso se amolda à realidade virtual, edificada sob estruturas ultra imersivas e hiperconectadas, criando possibilidades de relações sociais digitais, gerando novas problemáticas e desafios a serem enfrentados no âmbito jurídico. Nesse ambiente virtual é reproduzida uma realidade síncrona pautada na interação de avatares que representam os usuários reais em um determinado contexto virtual, como por exemplo a utilização do Oculus VR em reuniões de realidade virtual, ferramentas de socialização online, videogames, palestras, lazer, até mesmo efetuar compras em lojas já adaptadas para o Metaverso, como a Amazon, por exemplo, e, inclusive, em audiências de conciliação utilizadas pelo judiciário brasileiro. O cerne da questão reside no fato de haver a possibilidade de ocorrência de vulnerabilidades digitais, considerando que a infraestrutura do Metaverso tende a reter uma quantidade expressiva de dados pessoais, os quais devem ser considerados como uma extensão de seus titulares. Este estudo tem como objetivo geral a verificação da realidade virtual como parte integrante da sociedade atual, especificamente pontuando análises sobre a proteção de dados e a privacidade no Metaverso. A metodologia de pesquisa adotada para compor este estudo é o método dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada para o desenvolvimento textual é a pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Metaverso; LGPD; proteção de dados; privacidade; desafios.

ABSTRACT: The Metaverse adapts to virtual reality, built on ultra-immersive and hyperconnected structures, creating possibilities for digital social relationships, generating new issues and challenges to be faced in the legal sphere. In this virtual environment, a synchronous reality is reproduced based on the interaction of avatars representing real users in a specific virtual context, such as the use of Oculus VR in virtual reality meetings, online socialization tools, video games, lectures, leisure, even making purchases in stores already adapted for the Metaverse, such as Amazon, for example, and even in legal conciliation hearings used by the Brazilian Court. The crux of the matter lies in the possibility of digital vulnerabilities occurring, considering that the Metaverse infrastructure tends to retain a significant amount of personal data, which should be considered as an extension of its owners. This study aims to verify virtual reality as an integral part of current society, specifically addressing analyses on data protection and privacy in the Metaverse. The research methodology adopted for this study is the deductive method. The research technique used for textual development is bibliographic and documentary research.

¹³ Mestranda em Literatura Comparada pela Universidade Federal da Integração Latino-Americana – UNILA. Coordenadora do Curso de Direito e do Núcleo de Prática Jurídica do CESUFOZ. Professora do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu – CESUFOZ. Advogada especialista em privacidade e proteção de dados. Presidente da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção Foz do Iguaçu (gestão 2022-2024). Membro Correspondente da Comissão Especial de Privacidade, Proteção de Dados e Inteligência Artificial da OAB Seção São Paulo (gestão 2022-2024). E-mail: aichaeroud@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-1119-7972

¹⁴ Advogada Especialista Direito Digital e Compliance, e Especialista em Gramática, Ensino e Aprendizagem da Língua Inglesa; atua como advogada nas áreas do Direito Digital e Compliance Digital Criminal, Professora da Pós-graduação em Direito Digital Aplicado e Compliance Digital do Centro Universitário UniDom Bosco; Membro da Ordem dos Advogados do Brasil; Membro Especial da Chicago Bar Association (EUA); Membro da Ordem dos Advogados de Portugal; Co-Fundadora das Mulheres no Metaverso. E-mail: valeriacheque@gmail.com. ORCID: 0009-0007-1684-9104

KEYWORDS: Metaverse; LGPD; data protection; privacy; challenges.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea encontra-se edificada sob pilares da tecnologia e *internet*, os quais se tornam, cada vez mais, parte integrante do cotidiano das pessoas. Os avanços tecnológicos têm emergido com uma considerável velocidade e fluidez, aproximando aquilo que se considerava distante, dando novas dimensões ao conceito de distância. Afinal, o que é distância e quais são suas barreiras em tempos atuais?

Distância, segundo o Dicionário Priberam, entre outras definições, é “o intervalo entre dois pontos, dois lugares, dois objetos”. Considerando isso, a *internet* rompeu, de certa forma, com esse intervalo, pois a conexão é imediata, independentemente do local das pessoas, proporcionando aproximação instantânea entre os indivíduos e realidades. Todavia, como já mencionado, as tecnologias apresentam constantemente inovações, e nesse meio tem-se o Metaverso que vem ganhando espaço, configurando-se num universo tridimensional de realidade virtual.

Nesse sentido, este estudo versa, precisamente, sobre a privacidade e proteção de dados pessoais no ambiente do Metaverso, comportando o seguinte problema de pesquisa: O Metaverso pode violar os direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados?

A hipótese de pesquisa consiste no fato de que o avanço desta tecnologia tende a acarretar novas preocupações passíveis de serem objetos de discussões voltados para a análise do Direito, principalmente sobre os temas que envolvem proteção de dados pessoais, privacidade e hipervigilância.

O objetivo geral deste estudo se pauta na averiguação da realidade virtual arraigada na sociedade contemporânea construída sob o pilar das transformações tecnológicas, mais precisamente na análise do Metaverso, onde ocorrem diversas interações virtuais que refletem efeitos no mundo real. Nesse cenário, o Direito cumpre o papel de regulamentar as condutas humanas, inclusive em âmbito digital, de forma a proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Os objetivos específicos são: a) compreender o Metaverso como um novo ambiente a ser habitado pelo “outro eu”, o avatar; b) verificar as possíveis violações e riscos à privacidade e proteção de dados pessoais no ambiente do Metaverso; b) analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹⁵ (LGPD) como instrumento jurídico de proteção aos dados pessoais e à privacidade aplicada ao Metaverso.

Assim sendo, a LGPD é uma legislação relevante para este estudo, uma vez que a sua estrutura jurídica versa sobre a proteção de dados pessoais no Brasil e traz como um de seus fundamentos, o respeito à privacidade. A metodologia de pesquisa adotada para compor este

¹⁵ LGPD Lei nº 13.709/2018

estudo é o método dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada para o desenvolvimento textual é a pesquisa bibliográfica e documental.

1. METAVERSO: O “OUTRO EU” EM UM NOVO UNIVERSO

Em linhas iniciais, cumpre pontuar que a terminologia “outro eu” se refere ao avatar como um representante de seu titular no ambiente do Metaverso. Tal nomenclatura se deve pela representatividade que, mesmo ocorrendo em ambiente virtual, tende a causar efeitos e reflexos no mundo real e na vida de seu titular.

O tema Metaverso tem sido o mais novo enfoque das mídias e eventos, aguçando a curiosidade de muitas pessoas sobre esse novo universo paralelo. Por se revestir com a roupagem da inovação, configurando-se como um avanço da tecnologia que proporciona um ambiente de transformações, o Metaverso está ganhando foco e espaço cada vez mais no mercado e na sociedade. A principal ação que proporcionou maior visibilidade ao termo “Metaverso” ocorreu por causa da alteração do nome da empresa *Facebook* para *Meta*¹⁶. Segundo Bernardo (2021), em reportagem para a CNN, “além da mudança de nome, Zuckerberg apresentou uma série de conceitos do metaverso, incluindo recursos sociais, de jogos e para ambiente de trabalho”. Um dos recursos do *Facebook*, o *Messenger*, “permitirá fazer chamadas em realidade virtual” (BERNARDO, 2021). Ainda, planejava “uma loja virtual na qual as pessoas poderiam vender bens virtuais, além de uma tela inicial no *Oculus Quest* para permitir que as pessoas conversem e joguem em realidade virtual” (BERNARDO, 2021). Hoje, em 2023, essa loja já é uma realidade¹⁷.

A *Meta* também lançou os avatares 3D no Brasil, como um novo jeito de os usuários criarem avatares como seus representantes virtuais tridimensionais nas redes sociais Instagram com possibilidade de compartilhamento no *Facebook* e *Messenger* (LOPES, 2022). Ressalta-se que “o boneco terá personalização de estilos de cabelo, tons de pele e roupas do personagem, além de características como equipamentos de mobilidade” (LOPES, 2022). Sobre a relação Metaverso e avatar, destaca-se que:

Grande parte do metaverso é construído utilizando a tecnologia blockchain. Esta é a tecnologia que torna possíveis ativos como criptomoedas digitais. Ele permite que os dados digitais se verifiquem como únicos. E é isso que alimenta o avatar no metaverso. Os NFTs são frequentemente usados para mostrar envolvimento no metaverso, ele ajuda

¹⁶ “Em meio à crise do Facebook Papers, o Facebook mudou de nome. Agora, se chama Meta e se autodenomina como “uma empresa de tecnologia social”. A rede social continuará com o mesmo nome — o rebranding serve para a empresa, que além do Facebook também controla o Instagram, o WhatsApp e a Oculus. A novidade foi anunciada por Mark Zuckerberg nesta quinta-feira (28) durante o evento Facebook Connect, que discute realidade aumentada e virtual dentro da empresa. O nome é uma alusão ao metaverso, um esforço da empresa em combinar realidade aumentada e virtual”. BERNARDO, Kaluan. **Facebook muda nome para Meta**. CNN Brasil. Publicado em: 28 de out. de 2021. Atual. em 29 de out. de 2021. Disponível em: Facebook muda nome para Meta (cnnbrasil.com.br). Acesso em: 31 de out. de 2022.

¹⁷ Ver em: <https://www.meta.com>. Acesso em: 25 de jan. de 2023.

as pessoas a reconhecer interesses compartilhados entre si apenas olhando para um avatar (REIS, 2022).

Todavia, calha clarear que existem variados tipos de avatares no ambiente do Metaverso, cada qual detém características distintas, a saber: a) avatares 2D: os primeiros exemplos usados em ambientes 2D, tendo a sua criação com base em imagens do usuário baseada em *pixels*, e como exemplo tem-se os *videogames* mais antigos onde tem-se representações de jogadores (REIS, 2022); b) os avatares 3D, que utilizam uma tecnologia mais aprimorada da imagem, fazendo com que o avatar ganhe nuances realísticas, e “normalmente fornece uma forma totalmente humanoide que pode ser vista de vários ângulos. Isso inclui elementos como cabelo e tom de pele. E pode parecer bastante realista” (REIS, 2022); c) avatares de realidade virtual (VR) que são uma derivação dos avatares 3D, que tem como características a falta da maioria dos membros por questão de renderização amoldada dos sistemas antigos (REIS, 2022).

Na seara das inovações tecnológicas aliadas a vontade de alcançar a imortalidade humana, uma empresa tcheca¹⁸ especializada em soluções de realidade virtual, intenciona eternizar os seus usuários no plano do Metaverso (ISTO É, 2022). Isso permitirá ao usuário ter sua existência estendida por meio de representação por avatar no Metaverso posterior a sua morte física, o qual poderá seguir interagindo com os seus familiares e amigos. No entanto, “a empresa pede, para conseguir oferecer este serviço, autorização para armazenar um grande volume de dados pessoais, como conversas, movimentos e expressões faciais, de forma a conseguir criar uma representação o mais fiel possível” (ISTO É, 2022). No contexto inaugural de tal ideia, ressalta-se que:

A inspiração surgiu ao CEO da empresa, Artur Sychov, depois de ter perdido o pai, vítima de câncer, há alguns anos. “Se eu morrer e tiver autorizado este armazenamento de dados, os meus filhos podem entrar e ter uma conversa com o meu avatar, ver os meus movimentos e ouvir a minha voz. Vão encontrar a pessoa. E, provavelmente nos primeiros dez minutos, não vão perceber que se está a falar com Inteligência Artificial. Esse é o objetivo”, assume Sychov à Vice (ISTO É, 2022).

Interessante vislumbrar essa oportunidade de se ter uma extensão do “nosso eu” como uma réplica digital do usuário, materializada no avatar, viva no campo do Metaverso, irradiando ações e reações em nome de seu titular que já não estará presente fisicamente, mas virtualmente seguirá presente. Quiçá é a ausência se tornando presença de certa forma. Trata-se de uma presença representada por um “novo eu”.

No entanto, resta pertinente a indagação no que se refere ao avatar, se este é uma pessoa natural e se seria um sujeito de direitos (PIRONTI, KEPPEN, 2021, p. 64). Segundo Pironti e

¹⁸ “Uma empresa da República Checa especializada em soluções de realidade virtual anunciou um novo serviço que pretende preservar, no metaverso, um avatar realista do usuário, mesmo depois da morte. O modo ‘Live Forever’ permite aos usuários ‘renascer’ no metaverso, com uma aparência, voz e personalidade semelhantes aos da pessoa falecida. A empresa está localizada na *blockchain ethereum* e está acessível a partir de headsets de realidade virtual, com os utilizadores a poder comprar terrenos, construir, comprar ou importar casas e outros bens, num modelo “completamente transparente e perceptível”, explica Sychov. O objetivo é começar a sondar potenciais interessados na tecnologia já a partir do próximo ano”. ISTO É. **“Vida eterna” será possível no metaverso, promete empresa.** Isto é Dinheiro. Redação. Publicado em: 15 de abr. de 2022. Disponível em: ‘Vida eterna’ será possível no metaverso, promete empresa (istoedinheiro.com.br). Acesso em: 31 de out. de 2022.

Keppen (2021, p. 64) “no âmbito do metaverso haveria duas possibilidades, ou os avatares seriam classificados como uma espécie de dado pessoal (indireto ou identificável, talvez) ou seriam categorizados como extensão da personalidade jurídica de seu titular”. Com efeito, de acordo com os autores:

Preferimos seguir pela segunda linha de raciocínio, por não enxergar neste momento a relação direta do avatar como um dado pessoal (ao menos não sem que a segunda possibilidade seja aferida), uma vez que, para nós, as relações econômicas e institucionais travadas no ambiente virtual por intermédio do avatar, em nome de seu criador, são realizadas com dados pessoais deste, e não daquele, ainda que tudo pareça estar acontecendo naquele novo mundo. É dizer, as obrigações assumidas no metaverso e os dados pessoais do avatar (e de seu criador) que circulam na rede, são protegidos pela LGPD pois caracterizam dados da pessoa natural que deu “vida” ao avatar e, para isso, cadastrou tais dados na rede, como sua qualificação básica, suas senhas de acesso ou identificação facial ou digital, seu cartão de crédito ou outro meio de pagamento com “lastro real”, ainda que estejamos falando de pagamento com criptoativos ou outras moedas virtuais (como é o caso da Linden no jogo que deu origem ao metaverso, o Second Life), em todos os casos a titularidade dessas moedas e sua aquisição originária sempre partiriam de uma transação do mundo real e apenas se “imaterializaram” no ambiente virtual, sem deixar de ter lastro aferível. Portanto, ainda que muitas vezes seja a vontade de seu criador, o metaverso é um ambiente de realidade virtual, que nunca excluirá ou desconectará o criador de sua criatura. Este nexos causal, sendo assim, é necessário à extensão da aplicação da LGPD (PIRONTI, KEPPEM, 2021, p. 64).

O cerne da questão é que os avatares são criados com os dados pessoais de seu usuário, em mais ou menos intensidade/quantidade, e aquele representa este no Metaverso que é edificado com base em diversos fatores advindos do mundo real (como os dados pessoais) e, que, por conseguinte, transmite efeitos para o mundo real, atingindo o seu usuário e demais pessoas. Desta feita, o avatar é uma extensão de seu titular criado com base nos dados pessoais deste, e quanto mais dados pessoais for obtido para a sua criação, mais fidedigno será a representação no Metaverso.

2. POSSÍVEIS VIOLAÇÕES À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS NO METAVERSO

O Metaverso é um ambiente edificado com base nos dados pessoais. A realidade virtual (VR) “é um meio centralmente dependente de dados”¹⁹ (BEN, CARTER, 2021) (tradução nossa). O fato é que os “dados sobre o corpo são como VR gera imagens perceptíveis e manipuladas pelo usuário humano, os meios pelos quais o movimento contínuo dos corpos humanos é transformado em um formato legível para o sistema VR”²⁰ (BEN, CARTER, 2021) (tradução nossa). Assim,

¹⁹ “**VR is a medium centrally reliant on data**”. BEN, Egliston; CARTER, Marcus. *Critical questions for Facebook’s virtual reality: data, power and the metaverse. Internet Policy Review: Journal on internet regulation*. Vol. 10. Ed. 4. Publicado em: 20 de dez. de 2021. Disponível em: Perguntas críticas para a realidade virtual do Facebook: dados, poder e o metaverso | Revisão da política da Internet (policyreview.info). Acesso em: 31 de out. de 2022.

²⁰ “**Data about the body is how VR generates images perceptible to and manipulable by the human user, the means through which the continuous movement of human bodies are turned into a format legible to the VR system**”. BEN, Egliston; CARTER, Marcus. *Critical questions for Facebook’s virtual reality: data, power and the metaverse. Internet Policy Review: Journal on internet regulation*. Vol. 10. Ed. 4. Publicado em: 20 de dez. de 2021. Disponível em: Perguntas críticas para a realidade virtual do Facebook: dados, poder e o metaverso | Revisão da política da Internet (policyreview.info). Acesso em: 31 de out. de 2022.

“esses mecanismos de rastreamento de dados sempre foram centrais tanto para como a VR tem funcionado, quanto para sua imaginação”²¹ (BEN, CARTER, 2021) (tradução nossa). No entanto:

Embora os dados obtidos por dispositivos VR sejam frequentemente enquadrados como anonimizados, a recente bolsa de estudos em ciência da computação e interação humano-computador sugeriu que sob certas condições de aprendizagem de máquina tais dados são reidentificáveis²² (BEN, CARTER, 2021) (tradução nossa).

O cerne da questão reside na quantidade de dados pessoais que são coletados e tratados no âmbito da realidade virtual e o quanto isso pode impactar, inclusive, na privacidade dos usuários. A questão sobre a quantidade de dados pessoais captados no Metaverso foi um dos principais temas abordados pelos especialistas na *live* do Valor²³, no dia 10 de junho de 2022, onde Marcela Joelsons, sócia da área de proteção de dados de um renomado escritório de advocacia, quando entrevistada, cita que em apenas 20 minutos de uso de óculos de realidade virtual pode gerar a captação de mais de 20 milhões de dados de reações, biometria e comportamento de uma pessoa. Portanto, como o próprio tema da *live* do Valor alerta: o “Metaverso exigirá cuidado redobrado com tratamento de dados pessoais”²⁴.

Ainda, cabe destacar que:

Em 2018, os sistemas comerciais normalmente rastreiam os movimentos do corpo 90 vezes por segundo para exibir a cena adequadamente, e sistemas high-end registram 18 tipos de movimentos na cabeça e nas mãos. Consequentemente, passar 20 minutos em uma simulação VR deixa pouco menos de 2 milhões de gravações únicas de linguagem corporal (BAILENSEN, 2018).

O tratamento inadequado de dados pessoais pode violar a privacidade e causar discriminações.

No início do mês de outubro, a Meta anunciou a nova geração de seus óculos de realidade virtual, *Meta Quest Pro*²⁵, bem como alianças com a *Microsoft* e empresas como a de *software Adobe*, *Autodesk* e a consultoria *Accenture*, as quais foram apresentadas como parceiros do Metaverso corporativo da *Meta* (BRAUN, 2022). Nesse evento, a presidente da *Microsoft*, Satya Nadella,

²¹ “These mechanisms of data tracking have always been central to both how VR has worked, and to its imagination”. BEN, Egliston; CARTER, Marcus. **Critical questions for Facebook’s virtual reality: data, power and the metaverse. Internet Policy Review: Journal on internet regulation.** Vol. 10. Ed. 4. Publicado em: 20 de dez. de 2021. Disponível em: Perguntas críticas para a realidade virtual do Facebook: dados, poder e o metaverso | Revisão da política da Internet (policyreview.info). Acesso em: 31 de out. de 2022.

²² “While data yielded by VR devices is often framed as anonymised, recent scholarship in computer science and Human-Computer Interaction has suggested that under certain machine learning conditions such data is re-identifiable”. BEN, Egliston; CARTER, Marcus. **Critical questions for Facebook’s virtual reality: data, power and the metaverse. Internet Policy Review: Journal on internet regulation.** Vol. 10. Ed. 4. Publicado em: 20 de dez. de 2021. Disponível em: Perguntas críticas para a realidade virtual do Facebook: dados, poder e o metaverso | Revisão da política da Internet (policyreview.info). Acesso em: 31 de out. de 2022.

²³ POMBO, Bárbara. Live: Metaverso exigirá cuidado redobrado com tratamento de dados pessoais, alertam especialistas. Valor Globo. Publicado em 10 de junho de 2022. Atual. em out. Disponível em: Live: Metaverso exigirá cuidado redobrado com tratamento de dados pessoais, alertam especialistas | Legislação | Valor Econômico (globo.com). Acesso em: 31 de out. de 2022.

²⁴ JOELSONS, Marcela. Disponível em: <https://www.resumocast.com.br/live-metaverso-exigira-cuidado-redobrado-com-tratamento-de-dados-pessoais-alertam-especialistas/>. Acesso em:

²⁵ BRAUN, Daniela. Meta anuncia novos óculos de realidade virtual e traz Microsoft ao Metaverso. **Valor Pro.** Publicado em: 11 de out. de 2022. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/internacional-e-commodities/noticia/2022/10/11/meta-anuncia-novos-oculos-de-realidade-virtual-e-traz-microsoft-ao-metaverso.ghtml/>. Acesso em: 13 de nov. de 2022.

anunciou versões do *Teams*, *software* de conferências e trabalho colaborativo da empresa, que segundo Nadella, permitirão a participação de avatares da *Meta* em reuniões *online*. Já o concorrente *Zoom* receberá avatares em 2023 (BRAUN, 2022).

Segundo Zuckerberg, dono da *Meta*, a nova geração de seus óculos *Meta Quest Pro* será tão útil para o trabalho como para *games*, e que essas alianças entre a *Microsoft* e demais empresas de tecnologia irão acelerar aplicações corporativas no metaverso (BRAUN, 2022). Disse ainda que a reprodução de expressões faciais e corporais em avatares com mais fidelidade (próximo ao real) “será fundamental em interações online, incluindo aplicações de comércio eletrônico” (BRAUN, 2022).

Diante da preocupação da especialista em Proteção de Dados, Marcela Joelsons, no que tange a quantidade de dados pessoais que são coletados e tratados no âmbito da realidade virtual, quanto mais tecnologia utilizada para aproximar avatares a realidade maior será a captação de pontos de dados de uma pessoa. E com essa nova parceria entre empresas como a *Microsoft (Teams)* e *Zoom*, resta a preocupação quanto à proteção de dados pessoais, bem como o armazenamento/descarte do conteúdo dessas “reuniões remotas” frente aos titulares de dados.

3. A APLICAÇÃO DA LGPD AO METAVERSO

Conforme verificado em linhas antecedentes, o Metaverso e os avatares têm, em sua criação e manutenção, os dados pessoais dos titulares que transitam pelo Metaverso, bem como dos usuários que criam avatares para se projetarem em tal ambiente virtual. Contudo, isso pode causar, na privacidade dos usuários e na proteção de seus dados pessoais, violações tendentes a mitigar os seus direitos fundamentais, uma vez que são tratados uma complexa gama de dados pessoais e sensíveis.

Nesse cenário surge a necessidade de previsões legais que amparam o tratamento de dados pessoais, de forma a protegê-los de situações tendentes a criar violações de diversos direitos fundamentais, como a privacidade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), traz, em seu bojo, a privacidade como objetivo da referida lei, prevê o respeito à privacidade como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais (art. 2º, I), bem como é citada, ao total, 19 vezes pela legislação.

Um dos instrumentos mencionados pela LGPD é o *privacy by design*, que tem como norte o sentido de que as medidas de segurança e técnicas deverão ser observadas desde a fase de

concepção do produto ou do serviço até a sua execução²⁶. Tal instrumento deve ser aplicado ao Metaverso e aos avatares, no sentido de que tudo o que for criado no âmbito do Metaverso, inclusive os avatares, necessitam obedecer aos preceitos da LGPD, observando a proteção de dados pessoais desde a sua concepção até a sua execução com base nas medidas de segurança necessárias e pensadas para proteger os dados pessoais e a privacidade dos usuários. Pertinente aclarar que a LGPD é uma lei principiológica, isto é, contém princípios próprios esculpidos no art. 6º da legislação, e traz, em seu *caput*, a boa-fé que deverá ser observada durante o tratamento de dados pessoais.

De acordo com as linhas antecedentes deste estudo, os avatares são criados com base nos dados pessoais de seu titular e reflete efeitos na vida deste e no mundo real. Logo, passível é a aplicação da LGPD nesse sentido, com o intuito de assegurar a privacidade e a proteção de dados do titular, garantindo-lhe os direitos fundamentais que lhe são inerentes.

Ainda, é importante trazer a figura do controlador, inserido na LGPD, cuja definição encontra-se no inc. VI, art. 5º, o qual define que este é “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. O controlador, juntamente com o operador, é considerado agente de tratamento (inc. IX, art. 5º, da LGPD). O que há de se destacar é que a LGPD, em seu art. 1º, traz que “esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais [...]”, o que implica a sua aplicação no Metaverso. Assim:

[...] nestes casos, o controlador age no mundo virtual na captação de dados pessoais para uso em sua atividade econômica ou institucional, tendo a decisão sobre o tratamento do dado coletado. É dizer, não parece haver dúvida que, ao captar os dados do “avatar”, dados estes que são por consequência lógica de seu próprio criador (pessoa natural e sujeito de direito que deu vida à criatura), os controladores agem diretamente sob a égide e aplicabilidade da LGPD. E que não se diga que no metaverso o conceito de controlador estaria limitado à pessoa jurídica que atua no ambiente virtual, pois a limitação do conceito não se aplica. Em outras palavras, agindo na rede com finalidade econômica ou na tutela de interesse público, com coleta e tratamento de dados pessoais, tanto a pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, quanto a pessoa natural, podem ser considerados controladores (PIRONTI, KEPPEL, 2021, p. 64-65)

Ainda, pertinente trazer à baila que a LGPD traz em seu escopo as sanções administrativas que podem variar desde advertência (art. 52, inc. I) até multa de até 2% do faturamento anual do negócio, excluídos os tributos, não podendo ultrapassar o valor de cinquenta milhões de reais por infração (art. 52, inc. II). Dentre outras sanções previstas nos incisos do artigo 52 da LGPD, é louvável mencionar que a sanção administrativa pode atingir para além do financeiro do negócio e alcançar o reputacional, como no caso da publicização da infração prevista no inc. IV, do artigo

²⁶ “Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução”. BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Brasília, 2018. Disponível em: L13709compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 31 de out. de 2022.

52, da LGPD. Ademais, tais sanções serão aplicadas “de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios” (§ 1º, do art. 52, LGPD):

I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a condição econômica do infrator; V - a reincidência; VI - o grau do dano; VII - a cooperação do infrator; VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei; IX - a adoção de política de boas práticas e governança; X - a pronta adoção de medidas corretivas; e XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Nesse sentido, a LGPD é um instrumento jurídico necessário para a efetiva proteção de dados pessoais e privacidade no ambiente do Metaverso. As sanções administrativas têm por intuito tanto a prevenção quanto a repressão de casos que culminam em violações de tais direitos fundamentais.

No tocante ao grupo etário de crianças e adolescentes²⁷, é fundamental que haja a garantia integral de padrões de privacidade no ambiente do Metaverso, bem como uma atenção especial por parte dos termos de uso e privacidade das plataformas do Metaverso, visando a proteção desse público em específico com normas claras e inequívocas.

Segundo “os conceitos de *Privacy By Design* e *Privacy Default* deverão servir de mantra para organizações que pretendam fornecer produtos e serviços no Metaverso, principalmente quando há envolvimento de crianças e adolescentes, grupo etário indiscutivelmente protegido pelo arcabouço legislativo brasileiro, tendo a LGPD seguido pelo mesmo caminho.” (NAVES, p. 131).

Na mesma linha da LGPD, o legislador destinou o Capítulo II, Seção II, que versa sobre a coleta de dados de crianças e adolescentes, e no artigo 14, *caput*, reforça o fator do “melhor interesse” em relação ao tratamento de dados pessoais desse público. Assim sendo, o tratamento de dados pessoais de crianças requer consentimento específico de um dos pais ou responsável legal e, no caso de adolescente, este caberá ao próprio conceder o consentimento específico, de acordo com a LGPD. No entanto, cabe ressaltar que tal ditame previsto na LGPD conflita com o Código Civil, no sentido de que os adolescentes menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes de praticar os atos da vida civil, sob pena de nulidade.

CONCLUSÃO

²⁷ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: L8069 (planalto.gov.br). Acesso em: 25 de jan. de 2023.

Diante do exposto, é notória a importância da legislação que versa sobre proteção de dados pessoais e da privacidade em tempos de avanços rápidos das tecnologias, sendo os dados pessoais o pilar estruturante desses novos aparatos tecnológicos. Como foi abordado, no ambiente do Metaverso se encontra uma extensa gama de dados pessoais, e os avatares são elaborados a partir dos dados pessoais de seu usuário, e por isso devem ser protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a LGPD, pois trata-se de um ambiente que pode gerar violações aos direitos fundamentais da privacidade e da proteção aos dados pessoais.

No que se refere às aplicações e serviços no Metaverso às crianças e adolescentes, tem-se um desafio de realizar gestão de consentimentos e validação etária desses usuários, para uma garantia eficaz do tratamento dos dados pessoais em conformidade com a LGPD.

O fato é que o avatar representa o seu usuário no Metaverso, configurando como um “novo eu”, irradiando efeitos e consequências para o seu usuário também no mundo real. Existem vários tipos de avatares, cada qual possui suas características, sendo elaborados com mais ou menos quantidades de dados pessoais de seu usuário, dependendo da finalidade pelo qual foi criado e da intenção de seu usuário. Como foi demonstrado, o avatar já está sendo objeto de perpetuação da vida humana, onde uma pessoa pode optar em criar um avatar com suas características, para dar continuidade a sua existência pós-morte.

No entanto, tais avanços necessitam estar acompanhados de uma lei que protege os dados pessoais e a privacidade dos usuários em todas as suas esferas, pois não há de se falar em uma vida pautada na dignidade da pessoa humana em um ambiente propício a devastar os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna de 1988. Posto isso, tanto os avatares quanto os ambientes instalados no Metaverso precisam estar em consonância com o instrumento legal denominado *privacy by design*, ou seja, necessitam observar a privacidade e a proteção de dados desde a concepção até a execução de seus produtos ou serviços, conforme estabelece a LGPD.

Ao mesmo passo que a autodeterminação informativa empoderou o titular de dados pessoais, tem-se um grande desafio à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) para dirimir futuras questões que irão afrontar a LGPD.

Estar em conformidade com a LGPD, para além de proteger os dados pessoais e a privacidade dos titulares, entre outros direitos fundamentais, também protege o negócio, evitando tanto as sanções administrativas que podem derivar da falta de adequação à lei, quanto evitar sentenças judiciais desfavoráveis pelo mesmo motivo.

O fato é que o Metaverso é um novo ambiente, um novo espaço que promove novas interações, o qual enfrentará problemas práticos jurídicos e cabe aos profissionais do Direito e do *compliance* compreender esse novo ambiente, testar experiências, conhecer os mundos virtuais disponíveis e antever e mitigar esses riscos. Afinal, todos os atos praticados no ambiente do

Metaverso terão a mesma responsabilidade civil e criminal no mundo físico, tema esse que será abordado oportunamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIENSON, j. n. *Protecting Nonverbal Data Tracked in Virtual Reality*. **JAMA Pediatrics**. Publicado em: 6 de ago. de 2018. Disponível em: Protecting Nonverbal Data Tracked in Virtual Reality (stanfordvr.com). Acesso em 31 de out. de 2022.

BEN, Egliston; CARTER, *Critical questions for Facebook's virtual reality: data, power and the metaverse*. **Internet Policy Review**: Journal on internet regulation. Vol. 10. Ed. 4. Publicado em: 20 de dez. de 2021. Disponível em: Perguntas críticas para a realidade virtual do Facebook: dados, poder e o metaverso | Revisão da política da Internet (policyreview.info). Acesso em: 31 de out. de 2022.

BERNARDO, Kaluan. **Facebook muda nome para Meta**. CNN Brasil. Publicado em: 28 de out. de 2021. Atual. em 29 de out. de 2021. Disponível em: Facebook muda nome para Meta (cnnbrasil.com.br). Acesso em: 31 de out. de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Brasília, 2018. Disponível em: L13709compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 31 de out. de 2022.

BRAUN, Daniela. Meta anuncia novos óculos de realidade virtual e traz Microsoft ao Metaverso. **Valor Pro**. Publicado em: 11 de out. de 2022. Disponível em: /https://valorinveste.globo.com/mercados/internacional-e-commodities/noticia/2022/10/11/meta-anuncia-novos-oculos-de-realidade-virtual-e-traz-microsoft-ao-metaverso.ghtml/. Meta anuncia novos óculos de realidade virtual e traz Microsoft ao metaverso | Empresas | Valor Econômico (globo.com) Acesso em: 13 de nov. de 2022.

ISTO É. **“Vida eterna” será possível no metaverso, promete empresa**. Isto é Dinheiro. Redação. Publicado em: 15 de abril de 2022. Disponível em: ‘Vida eterna’ será possível no metaverso, promete empresa (istoedinheiro.com.br). Acesso em: 31 de out. de 2022.

LOPES, André. Meta lança avatares 3D no Brasil com intenção de popularizar o metaverso. **Exame**. Publicado em: 23 de maio de 2022. Atual. em 26 de maio de 2022. Disponível em: Meta lança avatares 3D no Brasil com intenção de popularizar o metaverso | Exame. Acesso em 31 de out. de 2022.

META. Disponível em: <https://www.meta.com> . Acesso em: 25 de jan. de 2023.

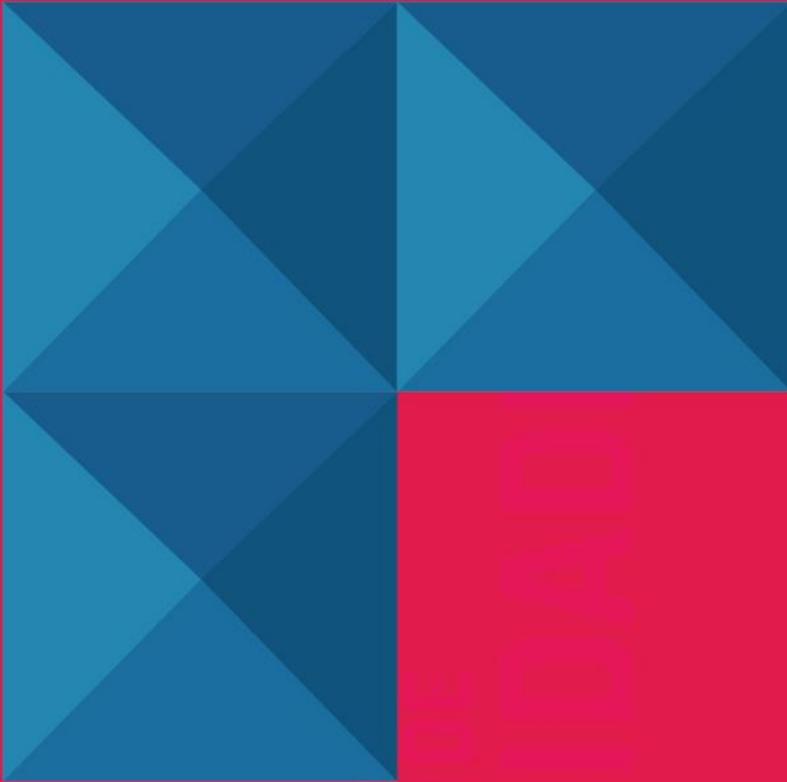
NAVES, André Felipe de Souza; PRADO, Leonardo Cópio. O Metaverso sob a ótica da privacidade e da proteção de dados. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de (coord.). **Metaverso e direito: desafios e oportunidades**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, pp. 119-133.

PIRONTI, Rodrigo; KEPPEN, Mariana. Metaverso: novos horizontes, novos desafios. **International Journal of Digital Law**. Belo Horizonte. Ano 2, n. 3, p. 57-67, set. /dez. 2021. DOI: 10.47975/IJDL.pironti.v.2.n.3.

POMBO, Bárbara. Live: Metaverso exigirá cuidado redobrado com tratamento de dados pessoais, alertam especialistas. **Valor Globo**. Publicado em 10 de junho de 2022. Atual. em out. Disponível em: Live: Metaverso exigirá cuidado redobrado com tratamento de dados pessoais, alertam especialistas | Legislação | Valor Econômico (globo.com). Acesso em: 31 de out. de 2022.

PRIBERAM. **Dicionário Priberam**. Disponível em: distância - Dicionário Online Priberam de Português. Acesso em: 17 de out. de 2022.

REIS, Taynaah. **Vida social no metaverso: os diferentes tipos de avatares e como criar o seu**. Exame. Publicado em: 18 de set. de 2022. Disponível em: Vida social no metaverso: os diferentes tipos de avatares e como criar o seu | Exame. Acesso em: 31 de out. de 2022.



 Editora
Instituto
Ibero-americano
de **Compliance**

