

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

# SCIENTIA IURIS

v. 26 n. 3, nov. 2022

MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DE LONDRINA



REITOR  
Prof. Dr<sup>a</sup>. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR  
Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
Pró-Reitora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Silvia Márcia Ferreira Meletti  
Diretora de Pós-Graduação: Prof<sup>a</sup> Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade  
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS  
Diretor: Prof. Dr. Daniel da Silva Barros  
Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Adiloar Franco Zemuner  
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Miguel Belinati Piccirillo

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL  
Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
Vice-Coordenador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de  
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,  
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -  
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .  
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.  
Descrição baseada em: Vol. 26, N. 3 (nov. 2022).  
ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais  
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de  
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,  
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada  
a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX  
- vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha)  
- TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) -  
LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

# SCIENTIA IURIS

v. 26, n. 3, nov. 2022

**MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL**  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DE LONDRINA

# SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

## COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor  
Tânia Lobo Muniz

Editor Associado/ Editora Associada  
Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

### Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ) Hilda Eleonora Vallet (Universidad de Buenos Aires/ Argentina) Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jenifer Valeria Alfaro Borges (Universidad de la República) Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos / Espanha) Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

### Assessoria Técnica:

Ana Henriqueta Volta Pires, Germano Matheus Codognotto da Cunha, Mylena de Souza Santos, Pedro Alberto Alves Maciel Filho

## CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. ÁLISSON JOSÉ MAIA MELO (UNI7/CE)  
DR. ANDRÉ LUIZ COSTA CORREA (CIESA/AM)  
DR. CARLOS NELSON KONDER (UERJ/RJ)  
DR. CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU/MG)  
DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR/RR)  
DR. GILBERTO FACHETTI SILVESTRE (UFES/ES)  
DR. JAIR TEIXEIRA DOS REIS (UFES/ES)  
DR. JOSÉ AILTON GARCIA (FAAP/SP)  
DRA. JULIANE CARAVIERI MARTINS (UFU/MG)  
DRA. LÍVIA PITELLI ZAMARIAN HOUAISS (UFF/RJ)  
DR. LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA (UNIMAR/SP)

DR. LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA (UFU/MG)  
DRA. MARGARETH VETIS ZAGANELLI (UFES/ES)  
DRA. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (UNIMAR/SP)  
DRA. MARIA PRISCILA SOARES BERRO (UNIR/RO)  
DR. MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER (UNIJUI/RS)  
DR. MAURIN ALMEIDA FALCÃO (UCB/DF)  
DR. PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA (UNIMAR/SP)  
DR. ROGÉRIO MONTAI DE LIMA (UNIR/RO)  
DR. WILIAM SANTOS FERREIRA (PUC/SP)

**Curso de Mestrado em Direito Negocial**

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: [mestrados@uel.br](mailto:mestrados@uel.br)

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>COMPLIANCE E PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: BIOPODER OU BIOPOLÍTICA .....</b>	<b>10</b>
COMPLIANCE AND DATA PROTECTION IN THE INFORMATION SOCIETY: BIOPOWER OR BIOPOLITICS	
<i>Gabriel Scudeller de Souza e Roberto da Freiria Estêvão</i>	
<b>NOTÁRIOS E REGISTRADORES: PROTAGONISTAS DE UM NOVO SISTEMA DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.....</b>	<b>32</b>
NOTARIES AND REGISTRARS: PROTAGONISTS OF A NEW SYSTEM OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL	
<i>Eduardo Rocha Dias e Lilia Maia de Moraes Sales e Marcelo Lessa da Silva</i>	
<b>RESTRICÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NA LEI 13.467/17: O JULGAMENTO DA ADI 5766/DF E OS DESAFIOS QUE PERMANECEM ENTRE O TRABALHADOR E O ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>51</b>
RESTRICTIONS ON ACCESS TO LABOR JUSTICE IN LAW 13.467/17: THE JUDGMENT OF ADI 5766/DF AND THE CHALLENGES THAT REMAIN BETWEEN THE WORKER AND ACCESS TO JUSTICE	
<i>Amanda Machado Sorgi e Luiz Fernando Bellinetti</i>	
<b>REDUÇÃO DO IRPJ E DA CSLL COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À SAÚDE .....</b>	<b>73</b>
REDUCTION OF IRPJ AND CSLL AS AN INSTRUMENT OF ACCESS TO HEALTH	
<i>Carlos Eduardo Montes Netto e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e João Henrique Gonçalves Domingos</i>	
<b>DELITOS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E DA INTERVENÇÃO DE HASSEMER.....</b>	<b>92</b>
CRIMES IN BUSINESS RELATIONS IN THE LIGHT OF THE THEORY OF LEGAL GOOD AND THE HASSEMER'S INTERVENTION	
<i>Henrique Viana Pereira e Monique Pena Kelles</i>	
<b>CONTROLE DE VALIDADE DA CLÁUSULA CROSS DEFAULT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>109</b>
VALIDITY CONTROL OF THE CROSS DEFAULT CLAUSE IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM	
<i>Carlos Nelson Konder</i>	
<b>O CONTRATO ESTIMATÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ORIGENS E APLICABILIDADE .....</b>	<b>122</b>
CONSIGNMENT CONTRACT IN THE CIVIL CODE OF 2002: ORIGINS AND APPLICABILITY	
<i>Thiago Reis Augusto Rigamonti e Gustavo Henrique de Oliveira</i>	
<b>O COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: MECANISMO DE PREVENÇÃO E REDUÇÃO DE CONDUTAS DESVANTAJOSAS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>145</b>
COMPLIANCE IN LABOR RELATIONS: A MECHANISM FOR PREVENTING AND REDUCING DISADVANTAGEOUS BEHAVIOR TO GUARANTEE SOCIAL RIGHTS	
<i>Simone Paula Vesoloski e Neuro José Zambam</i>	



<b>MICROBEM AMBIENTAL E A PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....</b>	<b>161</b>
ENVIRONMENTAL MICROPROPERTY AND THE PRESCRIPTION OF ENVIRONMENTAL CIVIL RESPONSABILITY	

*Viviane Kelly Silva Sá e Elcio Nacur Rezende e Lorena Dolabela*

<b>ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DA SERVENTIA EXTRAJUDICIAL: ENTRAVE DA RESOLUÇÃO Nº 35/2007 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUANTO À SUCESSÃO DO COMPANHEIRO .....</b>	<b>182</b>
ACCESS TO JUSTICE THROUGH EXTRAJUDICIAL NOTARY'S OFFICE: OBSTACLE OF RESOLUTION Nº 35/2007 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AS REGARDS THE SUCCESSION OF THE PARTNER	

*Rosana de Cássia Ferreira e Ricardo Goretti*

<b>RESENHAS.....</b>	<b>199</b>
----------------------	------------

<b>A REVOLUÇÃO ECOJURÍDICA.....</b>	<b>199</b>
THE ECOLEGAL REVOLUTION	

*Ricardo Lebbos Favoreto*

## EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista *Scientia Iuris*, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 3 de seu 26º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo *Qualis* CAPES, que continuam sendo rigorosamente cumpridas, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

A terceira Edição deste Volume 26 conta com dez artigos e uma resenha, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) *Compliance* e proteção de dados na sociedade da informação: biopoder ou biopolítica, de Gabriel Scudeller de Souza e Roberto da Freiria Estêvão; b) Notários e registradores: protagonistas de um novo sistema de acesso à justiça no Brasil, de Eduardo Rocha Dias, Lília Maia de Moraes Sales e Marcelo Lessa da Silva; c) Restrições ao acesso à Justiça do Trabalho na lei 13.467/17: o julgamento da ADI 5766/DF e os desafios que permanecem entre o trabalhador e o acesso à justiça, de Amanda Machado Sorgi e Luiz Fernando Bellinetti; d) Redução do IRPJ e da CSLL como instrumento de acesso à saúde, de Carlos Eduardo Montes Netto, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e João Henrique Gonçalves Domingos; e) Delitos nas relações empresariais à luz da teoria do bem jurídico e da intervenção de Hassemer, de Henrique Viana Pereira e Monique Pena Kelles; f) Controle de validade da cláusula *cross default* no ordenamento jurídico brasileiro, de Carlos Nelson Konder; g) O contrato estimatório no Código Civil de 2002: origens e aplicabilidade, de Thiago Reis Augusto Rigamonti e



Gustavo Henrique de Oliveira; h) *O compliance* nas relações de trabalho: mecanismo de prevenção e redução de condutas desvantajosas para a garantia dos direitos sociais, de Simone Paula Vesoloski e Neuro José Zambam; i) Microbem ambiental e a prescrição da responsabilidade civil ambiental, de Viviane Kelly Silva Sá, Elcio Nacur Rezende e Lorena Dolabela; j) Acesso à justiça pela via da serventia extrajudicial: entrave da resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça quanto à sucessão do companheiro, de Rosana de Cássia Ferreira e Ricardo Goretti; k) A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade, por Ricardo Lebbos Favoreto.

Nesta última edição do ano de 2022, a Revista Scientia Iuris tem a honra de publicar mais uma série de trabalhos inéditos, que contemplam estudos interdisciplinares sobre as muitas repercussões do Direito Negocial nas esferas da vida humana, cujos efeitos e consequências jurídicas perpassam análises meramente literárias, conclamando posicionamentos que deem efetividade à expectativa da própria realização de justiça.

Com a difusão dos assuntos tratados, de alta gama de relevância para o cenário jurídico contemporâneo, espera-se contribuir com o conhecimento de nossos leitores, a fim de que os trabalhos desenvolvidos possam ser propagados cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica. Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

## COMPLIANCE E PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: BIOPODER OU BIOPOLÍTICA

### COMPLIANCE AND DATA PROTECTION IN THE INFORMATION SOCIETY: BIOPOWER OR BIOPOLITICS

Gabriel Scudeller de Souza\*  
Roberto da Freiria Estêvão\*\*

\*Doutorando em Ciências Sociais (Universidade Estadual Paulista, UNESP/SP). Mestre Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM/SP). Especialista em Direito Público (DAMASIO/SP). Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Graduado em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM/SP). E-mail: gabrielscudeller2@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7502-8863>

\*\*Doutor em Ciências Sociais (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP/SP). Mestre em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM/SP). Graduado em Direito (Faculdade De Direito Da Alta Paulista, FADAP/SP). E-mail: roberto.freiria@terra.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6821-8688>

**Como citar:** SOUZA, Gabriel Scudeller de; ESTÊVÃO, Roberto da Freiria. *Compliance* e proteção de dados na sociedade da informação: biopoder ou biopolítica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 10-31, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p10. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** Vive-se na sociedade da informação, pela quantidade de dados produzidos, e na sociedade de consumo, pelas influências econômicas nas subjetividades. É necessária a proteção das informações para salvaguarda dos direitos subjetivos. Surge a Lei Geral de Proteção de Dados, aplicada ao âmbito corporativo, e o programa de *compliance* é instrumento jurídico-social que, a depender da postura da alta administração, pode traduzir-se num biopoder centralizador. Utilizando-se da metodologia dedutiva, busca-se apresentar, pelo programa de integridade, uma forma de construir uma cultura organizacional inclusiva e plural, a partir do compromisso e do exemplo do alto comando, numa representação positiva da biopolítica atual.

**Palavras-chave:** Sociedade da informação. Biopolítica. *Compliance*. Direitos humanos fundamentais. Cultura organizacional.

**Abstract:** We live in the information society, due to the amount of data produced, and in the consumer society, due to the economic influences on subjectivities. It is necessary to protect information to safeguard subjective rights. The General Data Protection Law appears, applied to the corporate scope, and the compliance program is a legal-social instrument that, depending on the attitude of senior management, can translate into a centralizing biopower. Using the deductive methodology, we seek to present, through the integrity program, a way to build an inclusive and plural organizational culture, based on the commitment and example of the high command, in a positive representation of

current biopolitics.

**Keywords:** information society, biopolitics, *compliance*, fundamental human rights, organizational culture.

## INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive a era da informação. Nunca antes se produziu tanto conteúdo, com uma possibilidade tão grande de divulgação e compartilhamento, permitindo uma cooperação e comunicação que favorece cada vez mais a disseminação da informação.

Trata-se, na verdade, de uma produção biopolítica nunca antes vista ou sequer imaginada, diante da possibilidade de extração e análise de conteúdos personalizados dos cidadãos, permitindo um acesso a perfis específicos que resultam no conhecimento individualizado.

Tem-se, assim, a formação de uma sociedade que pode tanto se beneficiar de forma coletiva a partir dessa grande quantidade de dados produzidos, ou até mesmo influenciar de forma negativa, violando direitos fundamentais buscando o alcance de interesses específicos de um determinado grupo.

Fala-se, no primeiro sentido, de uma biopolítica de aspecto positivo, ou seja, por uma grande produção de informações atuais, pode-se auxiliar no desenvolvimento de novas habilidades, novos consensos e de forma mais eficaz. Porém, no segundo sentido, há, de fato, a transformação social fomentada por um biopoder que busca centralizar as decisões, objetivando as subjetividades, visando a satisfação apenas de certos interesses.

Ao mesmo tempo, tem-se também a chamada sociedade de consumo, que se pauta pelo individualismo, tendo em vista a transformação de indivíduos em consumidores, com o intuito de satisfação dos interesses do mercado. Por meio dessa perspectiva, nota-se que há certa aproximação com o biopoder acima citado, que busca o controle das informações dos cidadãos com o intuito de satisfação da vontade mercadológica, do sistema econômico capitalista, apenas.

Por certo, essa sociedade atual acaba atingindo diversos setores da vida social, e não é diferente com relação ao direito. Tem-se, assim, a importância de se proteger os dados dos sujeitos de direitos, a fim de que se possa alcançar a segurança jurídica necessária no tratamento da temática, tendo em vista a capacidade de violação de direitos subjetivos em prol dos interesses estatais ou econômicos.

Surge, nessa senda, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), importante instrumento legislativo que busca a proteção dos cidadãos tanto em face do poder estatal, quanto em face do poder do mercado, uma vez que o petróleo atual é, de fato, a informação colhida de forma personalizada, e que acaba por satisfazer interesses econômicos, ainda que signifique a violação de direitos individuais.

Aqui, portanto, a necessidade de se pensar a constituição da sociedade pós-moderna, tecnológica, por uma nova cultura, que promova a inclusão social e o multiculturalismo, pelo paradigma da dignidade humana, evitando-se a formação de um poder centralizador e manipulador sobre a vida dos sujeitos. O desenvolvimento do programa de conformidade pode auxiliar no bom tratamento dos dados e na adequação das atividades organizacionais, pensando no desenvolvimento de uma nova cultura corporativa.

Veja-se que a temática dos dados atinge, a partir da LGPD, o tratamento dado aos

empregados, clientes e parceiros externos do ambiente corporativo, de forma que a concentração dessas informações nas mãos do capital pode favorecer a construção de uma nova cultura organizacional, permitindo-se a produção biopolítica do comum e em comum, por meio do bom tratamento de tais dados, seguindo as orientações principiológicas da Constituição, dos direitos humanos e da própria LGPD. Por outro lado, a utilização desses conteúdos de forma a excluir direitos sociais, tendo em vista o favorecimento dos interesses econômicos, pode colaborar para um programa de fachada que não traduzirá o valor da dignidade humana e se caracterizará num biopoder centralizador e violador das garantias individuais.

Nesse contexto, tem-se a seguinte problemática: diante da grande quantidade de dados de empregados, clientes e parceiros externos presente nas corporações, como construir uma nova cultura organizacional a partir de um conceito positivo de biopolítica na atual sociedade da informação e de consumo?

Para tanto, utilizam-se os conceitos de sociedade da informação e sociedade de consumo, bem como a proposta de Michael Hardt e Antonio Negri (2004) sobre uma biopolítica produtiva, oposta ao biopoder centralizador, de forma a propiciar uma nova cultura no ambiente corporativo, por meio do instrumento do *compliance*.

O presente artigo se desenvolve por uma metodologia dedutiva, com procedimentos de investigação pautados em instrumentos teóricos, tais como pesquisa, seleção, análise e fichamentos de material bibliográfico coletado, buscando, ao final, apresentar considerações sobre a problemática apresentada, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas contribuir para o debate.

## **1 PERSPECTIVAS SÓCIO-JURÍDICAS DE UMA SOCIEDADE TECNOLÓGICA. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DE CONSUMO**

A sociedade pós-moderna constitui-se a partir de um número cada vez maior de informações geradas por diversos conteúdos, produzidos por empresas, órgãos públicos e, até mesmo, pelos indivíduos, por meio do amplo acesso a novas tecnologias, caracterizando a chamada sociedade da informação (MATTELART, 2002; TAKAHASHI, 2000). Por assim ser, tem-se uma grande quantidade de trocas, de comunicação e cooperação entre as pessoas, indo além de fronteiras e atingindo o nível da globalização como um processo de intensificação das relações globais numa interdependência socialmente gerada pelos conteúdos produzidos. (GIDDENS, 2005, p.61).

Nesta sociedade da informação, há a colaboração de diversos dispositivos tecnológicos, que auxiliam na otimização da produção de conteúdos, nas comunicações e cooperações entre os indivíduos. Diante desse fenômeno, permite-se a extração e análise das informações produzidas, por meio da aplicação de algoritmos para identificação do perfil de cada sujeito em seus afazeres cotidianos.

Há, também, a sociedade de indivíduos (BAUMAN, 2001), onde está presente uma

cultura baseada no narcisismo, individualismo e egocentrismo, de forma a construir uma sociedade frágil em sua estrutura coletiva, afastando-se o pensamento de bem comum dos interesses das vidas pessoais. Há, por certo, um excesso de imagens, numa verdadeira espetacularização da vida (DEBORD, 1997), que, auxiliado pelo desenvolvimento de novas tecnologias e de espaços virtuais, acaba por afastar o indivíduo do cidadão, gerando assim a coisificação do humano e sua transformação em mercadoria.

Nesse contexto social, influenciado por diretrizes econômicas, numa colonização dos espaços sociais (LUHMANN, 2011), há o incentivo de busca individual pela felicidade (LYPOVETSKY, 2007), atrelada ao processo de consumo, caracterizando a chamada sociedade de consumo (BAUMAN, 2001). Ocorre que os laços atuais são fluidos, e o que é sólido se desmanchou no ar (BERMAN, 2007) numa desilusão do caminho prometido pela modernidade. A sociedade atual apresenta, assim, uma modernidade líquida (BAUMAN, 2001), gerando um excesso de positivismo que caracteriza, também, o cansaço da era pós-moderna (HAN, 2017).

Dessa forma, fala-se no fenômeno do *big data*, numa perspectiva dada pelo aumento exponencial de dados acessados pelos diversos dispositivos tecnológicos citados, e que acaba por contribuir para a formação de novas subjetividades e relações interpessoais a partir de sua extração e análise. Em verdade, dessa análise dos dados da população, por meio de cientistas e por softwares inteligentes desenvolvidos para tal finalidade, permite-se o conhecimento dos interesses subjetivos, numa cartografia dos desejos (GUATTARI e ROLNIK, 1996) que, ao fim e ao cabo, se traduz na possibilidade de modulação de subjetividades pela consolidação de uma sociedade de controle como a atual (DELEUZE, 2013).

Menciona-se, também, que o crescimento da cultura de vigilância (LYON, 2017) colabora para que haja cada vez mais dispositivos tecnológicos que capturem dados de diversos sujeitos, sob o argumento de um maior controle que proporcionará maior segurança à população. Tal perspectiva foi incrementada em especial desde os atentados ocorridos nos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001, mas que trouxe reflexos para todo o mundo. Recentemente, em época de pandemia, os países orientais alcançaram resultados expressivos de controle da disseminação do vírus Sars-Cov-2 pela utilização de dispositivos que mapeavam a população como um todo, gerando uma quantidade enorme de informações sobre os indivíduos (HAN, 2020).

Diante dessa grande quantidade de dados colhidos dos indivíduos por diversos cadastros, sensores, câmeras, entre outros dispositivos tecnológicos, verifica-se uma biopolítica nunca antes imaginada. A sociedade de normalização de Foucault (2010), onde há a presença dos poderes disciplinar e regulamentar, não resolve a demanda necessária atualmente, diante da fluidez e do alcance dos panópticos, embora a perspectiva de vigilância e punição seja ainda existente (FOUCAULT, 2014).

Porém, ainda que possa ser utilizada para fins de proteção da sociedade, a perspectiva de produção biopolítica, em especial por meio do desenvolvimento da inteligência artificial, pode gerar violações a direitos humanos fundamentais, surgindo a necessidade de pensar a respeito das implicações dessas novas tecnologias no âmbito individual e coletivo, privado e empresarial.

É certo que a utilização das informações alcançadas a partir do fenômeno do *big data*, que concretiza a sociedade da informação, pode-se pensar numa produção positiva de conteúdos que auxiliam o desenvolvimento tecnológico e social, permitindo o alcance de novas ferramentas que podem favorecer a própria humanidade. Por outro lado, a má utilização dos dados poderá levar ao caminho oposto, ou seja, à concentração de poderes num único campo de desenvolvimento, violando subjetividades e não favorecendo a axiologia da dignidade humana, mandamento mor dos direitos humanos fundamentais. Essa situação está posta, também, no ambiente corporativo, que pode dar um bom tratamento à sociedade da informação atual ou pode incentivar o individualismo e egocentrismo da sociedade de consumo que aliena a humanidade.

### **1.1 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DOS DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DE CONSUMO ATUAL**

Dado o contexto social, tem-se que, pela quantidade de informações do mundo globalizado pós-moderno e pela possibilidade de utilização dessas informações pelo mercado cada vez mais segmentado e personalizado, se faz necessária a proteção da dignidade humana dos sujeitos de direitos que possuem a titularidade de seus dados pessoais. Nesse sentido, surge a recente Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, pensando na constitucionalização da pessoa por meio da proteção de seus dados.

Daí, a proteção de dados contribui para a ‘constitucionalização da pessoa’ – o que pode ser considerado como uma das mais significativas conquistas, e não apenas da Carta. Estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados – não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental autônomo, mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio (RODOTÀ, 2008. p. 17).

Veja-se a importância de concretização da constitucionalização do direito à proteção de dados atualmente, em especial diante da possibilidade de produção de grande conteúdo da sociedade da informação e de consumo atual. A proteção, portanto, deve abranger não apenas a utilização de dados pessoais por terceiros, mas também a capacidade de determinação do uso por si próprio.

Uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância; passa a ser um pressuposto para que ela não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada (para tocar em um conceito caro ao direito privado) e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento de sua personalidade (DONEDA, 2006. p. 142).



Tem-se, por certo, que o tema em questão é de importância ímpar, em especial a partir do desenvolvimento do mercado tecnológico, que transforma em mercadoria os dados, tornando-os o novo petróleo no mundo da informação.

Nesse sentido caminha a Lei 13.709 de agosto de 2018, fixando premissas por meio das quais se deve encarar a problemática envolvendo a proteção de dados na sociedade rizomática atual (DELEUZE e GUATTARI, 1995). Para isso, a LGPD tem a iniciativa de tratar de forma digna os sujeitos de direitos e orientar as diversas pessoas naturais e jurídicas, bem como as pessoas políticas, no tratamento dos dados pessoais.

[...] a Lei Geral de Proteção de Dados deixa claro que pretende proteger o usuário-cidadão plenamente, em todos os aspectos da sua autonomia pública e privada, valorizando e preservando sua autodeterminação informativa e sua capacidade decisória. Trata-se, portanto, de eixo valorativo em torno do qual devem ser compreendidas e interpretadas todas as demais disposições previstas pela lei (FRAZÃO, 2018).

A proteção de dados se faz necessária por trazer à tona questões já constitucionalizadas, tais como o direito à privacidade e à intimidade. Tais direitos encontram-se em choque com os atuais dispositivos tecnológicos que controlam o cotidiano dos indivíduos, com detalhes e minúcias que permitem traçar perfis que direcionam o mercado, numa objetivação de subjetividades. Há, por certo, uma invasão em situações familiares, de amizade, de companheirismo, entre outras, que antes encontravam-se num espaço de liberdade dos sujeitos de direitos, e agora estão sob o olhar dos dispositivos tecnológicos. A partir da proteção dos dados, permite-se a atitude do titular de direitos para proteção de seus interesses subjetivos frente ao poder estatal e mercadológico.

O direito ao respeito da vida privada e familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – i.e. é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos. Adicionalmente, a supervisão e outros poderes não são somente às pessoas interessadas (os sujeitos dos dados), mas são também entregues a uma autoridade independente (artigo 8.3)” (RODOTÀ, 2008. p. 17).

Dado o desenvolvimento da sociedade de informação e de consumo, verifica-se a necessidade do direito também acompanhar os novos fatos e valores a eles atribuídos, de forma a permitir a normatividade de situações que busquem a proteção dos sujeitos de direito. Essa tridimensionalidade presente no campo jurídico (REALE, 2012) é de suma importância para o acompanhamento das mudanças sociais, tendo em vista a promoção de paz e bem-estar individual e coletivo.

Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se os mecanismos tradicionalmente empregados pelo direito civil, como a responsabilidade fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, impondo-se a busca de soluções índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade (TEPEDINO, 2008. p. 65).

Recentemente, houve o reconhecimento do direito fundamental autônomo (STF, ADI n. 6387) (BRASIL, 2020) chamado autodeterminação informativa, que busca dar tratamento e salvaguarda constitucional à pessoa, limitando poderes econômicos e interesses estatais, e buscando resguardar a democracia.

Conta-se, portanto, com a previsão de direitos na Constituição Federal, na recente legislação sobre o tema, bem como entendimento firmado em recente decisão da Suprema Corte brasileira, em evidente avanço do tratamento da problemática no país. Porém, é necessário reforçar essa proteção, buscando disseminar o sentimento de proteção de dados, bem como de uma nova cultura de conformidade, em especial nos ambientes corporativos.

A proteção dos dados pessoais, embora sempre fundamentada pelo preceito constitucional, deve valer-se de uma estratégia integrada na qual são utilizados diversos instrumentos de tutela, que representam manifestações específicas em diversas áreas de um mesmo direito. A maleabilidade e facilidade de adaptação a novos cenários e à inovação suscitados pela ação da tecnologia é uma característica de instrumentos mais “fracos”, como normas deontológicas, códigos de autorregulação e outros, das quais o direito deve se utilizar, especialmente quando os instrumentos tradicionais ao seu alcance podem se demonstrar demasiado lentos ou desproporcionais para uma tutela eficaz (DONEDA, 2006. p. 409-410).

Nesse contexto, passa-se a analisar os impactos da atual sociedade na cultura de conformidade necessária para a formação de um sentimento corporativo de preocupação com o bem-estar individual e coletivo, de forma a evitar o biopoder, que seja um controle coisificante sobre a vida, utilizando-se de instrumentos mais flexíveis e que permitam melhor adequação aos avanços sociais tecnológicos. O tratamento dos dados de empregados, clientes e parceiros externos em conformidade com a LGPD, dentro das empresas, é o assunto em destaque.

## **2 FORMAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA PARA EVITAR O BIOPODER E APERFEIÇOAR A COLABORAÇÃO ORGANIZACIONAL**

Pelo exposto até o presente momento, verifica-se a permissão atual de uma produção exponencial de informações numa biopolítica nunca antes vista. Essa situação também atinge o

ambiente corporativo, diante do tratamento de dados de empregado, clientes e parceiros, e por isso merece atenção.

A produção biopolítica da sociedade da informação atual deve ser canalizada para interesses que permitam o bom desenvolvimento social democrático, sob pena de comprometer valores fundantes do Estado de Direito, gerando uma espécie de biopoder totalizador, que busca a satisfação de interesses próprios, sem favorecer o sentimento coletivo, de cidadania e de comunidade.

Dessa forma, Michael Hardt e Antonio Negri (2004) propõem uma diferença entre biopoder e biopolítica, sendo aquele num sentido de reforço do poder de Império (que visa a satisfação dos próprios interesses econômicos, apenas) e este, num sentido positivo, a possibilidade de construção em conjunto com as diversas subjetividades presentes na atualidade, de forma a produzir em comum o comum, ou seja, traduzindo uma participação de todos – da multidão – no ambiente pós-moderno da sociedade da informação. Esse é o recorte da teoria desenvolvida pelos autores citados que interessa ao assunto aqui proposto, independente do desenvolvimento posterior da teoria da democracia absoluta por meio do conceito de multidão.

Biopoder, para Michael Hardt e Antonio Negri (2004), é caracterizador do Império atual, onde se busca centralizar as atividades socioculturais em prol de interesses que estão direcionados em favorecimento de um pequeno grupo, sem dar vazão à complexidade da dignidade humana.

En el Imperio, en suma, se forma finalmente una especie de concierto o convergencia de las diversas formas del poder, de la guerra, de la política, de la economía y de la cultura, que configuran un modo de producción de la vida social en su totalidad, es decir, de una forma de biopoder. En términos diferentes, diríamos que en el Imperio, el capital y la soberanía tienden a solaparse por completo. Una vez que reconozcamos esa convergencia en el biopoder, comprenderemos que la soberanía imperial depende por completo de los agentes sociales productivos a los que gobierna. En efecto, la relación política de la soberanía se asemeja cada vez más a la relación económica entre el capital y el trabajo. (HARDT e NEGRI, 2004, p. 380)

Dessa forma, verifica-se, a partir do conceito de multidão também trazido pelos autores, que há uma dependência daquele poder – do Império – em face da multidão, de forma a não ser possível a satisfação dos interesses daquele sem que haja a participação desta.

En el Imperio, por el contrario, al tratarse de un sistema biopolítico expansivo e inclusivo, la población global en su totalidad tiende a convertirse en necesaria para el poder soberano, no solo como productores, sino también como consumidores, o como usuarios o participantes en los circuitos interactivos de la red. El Imperio crea y rige una sociedad realmente global, pero esta se hace cada vez más autónoma conforme el Imperio pasa a depender de ella cada vez más. (HARDT e NEGRI, 2004, p. 381)

Verifica-se, portanto, que o Império depende cada vez mais da população para governar,

mas que cada vez mais a população reforça sua autonomia e independência do próprio poder centralizador, vez que produz relações sociais de forma crescente, por meio de comunicações e cooperações, em verdadeira biopolítica.

En la era de la soberanía imperial y de la producción biopolítica, la balanza se ha desequilibrado de tal manera que ahora los ciudadanos tienden a ser los productores exclusivos de organización social. Eso no significa que la soberanía vaya a derrumbarse de inmediato, ni que los que gobiernan pierdan todo su poder. Pero sí significa que estos últimos son cada vez más parasitarios, y la soberanía cada vez más innecesaria. Asimismo, los que obedecen se hacen cada vez más autónomos y aptos para formar la sociedad por su cuenta. [...] Ahora estamos en condiciones de ver que este potencial se aplica no solo a la autogestión económica, sino también a la autoorganización política y social. En efecto, cuando el producto del trabajo no son bienes materiales, sino relaciones sociales, redes de comunicación y formas de vida, es obvio que la producción económica implica inmediatamente una especie de producción política, o la propia producción de sociedad. [...] El poder de la multitud para crear relaciones sociales en común se eleva entre la soberanía y la anarquía, y ofrece una nueva posibilidad a la práctica política (HARDT e NEGRI, 2004, p.382)

Em outras palavras, é necessário que a multidão produza conteúdos, compartilhe e coopere entre si, diante de uma imposição de padrões ditadas pelo Império, para satisfação dos interesses deste poder. Por isso, os autores chamam de biopoder, e o contrapõem à biopolítica, característica da multidão, que, também por meio da produção exponencial de conteúdos visto na sociedade da informação, pode postular sua saída da relação de dependência com aquele e buscar, a partir da produção do comum e em comum – respeitando as diversas subjetividades – uma nova constituição de sociedade, agora liberta do poder centralizador e uniformizador.

La creación de la multitud, su capacidad de innovar en redes y su habilidad para tomar decisiones en común hacen posible hoy la democracia por primera vez. La soberanía política y el gobierno de uno, que han vaciado de sentido toda noción real de democracia, tienden a parecer no ya innecesarios sino absolutamente imposibles. Por más que la soberanía se erigiese sobre el mito del poder de uno solo, siempre fue una relación fundamentada en el consentimiento y la obediencia de los individuos. Y como la balanza de esa relación se ha inclinado hacia el lado de los gobernados, y estos han adquirido la capacidad de producir relaciones sociales autonomamente y de emerger como multitud, el soberano unitario ha pasado a ser más supérfluo que nunca. La autonomía de la multitud y sus capacidades de autoorganización económica, política y social usurpan cualquier función de la soberanía. Así pues, tras haber dejado de ser el terreno exclusivo de lo político, la soberanía ha sido desterrada de la política por la multitud. Cuando la multitud es por fin capaz de regirse a sí misma, la democracia se hace posible. (HARDT e NEGRI, 2004, p. 387)

No caso do presente artigo, as ideias dos autores podem auxiliar na compreensão da postura corporativa, quando do gerenciamento dos dados proposto pela LGPD, que pode se pautar

num exercício de biopoder, por um lado, ou no exercício de uma biopolítica, por outro.

No primeiro caso, ao retratar um exercício de biopoder, em verdade a corporação estará ceifando as subjetividades envolvidas em seu corpo coletivo, de forma a inviabilizar a pluralidade e a solidariedade, não compactuando, portanto, com os entendimentos constitucionais e de direitos humanos. Já no caso da permissão de uma biopolítica, há, de fato, uma postura ativa e positiva da corporação, no intuito de promoção das subjetividades pertencentes ao corpo coletivo, de forma a melhor promover os ideários constitucionais e humanos, em especial a própria dignidade humana.

Esse cenário, posto na perspectiva de uma concentração de dados no ambiente corporativo, tanto de empregados, quando de agentes externos e clientes, se faz importante a partir justamente da postura que adota a corporação. No caso de uma postura centralizadora, que viola direitos democráticos, não há a salvaguarda dos interesses subjetivos dos participantes do processo organizacional, de forma que o exercício de uma atitude que tem como objetivo apenas interesses individuais dos dirigentes da corporação não satisfaz os reclamos de uma sociedade republicana e democrática.

Por outro lado, ao optar por estruturar o ambiente organizacional de forma a permitir-se um compartilhamento de vozes entre os atores envolvidos no processo organizacional, tem-se, assim, uma postura inclusiva, que promove a boa-fé objetiva e colabora para a formação de uma nova cultura, respeitando a função social de sua atividade, conforme prevê o art. 170, inciso III, da CF88. (BRASIL, 1988).

Assim, verifica-se que a produção de conteúdo da sociedade informacional atual, quando satisfaz apenas interesses econômicos, na verdade, atua como biopoder, e não permite a produção de boas práticas coletivas, sociais, comunitárias. Por outro lado, respeitando os interesses subjetivos e a complexidade das relações sociais – não padronizando-as – pode auxiliar na formação de uma nova cultura social, mais próxima dos ideais de comunidade e de vida boa.

No ambiente corporativo, portanto, pelo tratamento dos dados dos empregados, de parceiros e clientes, há a necessidade de uma atuação em prol do resguardo do ambiente coletivo, e não em face de um poder vertical e unilateral, que sufoca direitos e não atende à dignidade humana, numa relação binária, entre mestre e escravo (HEGEL, 2003), onde não há a possibilidade de exercício livre de direitos, mas apenas de correspondência dos padrões exigidos pelo Império (pelo capital, pelo Estado etc.). Isso, porém, não significa que não há órgãos de direção e coordenação de atividades corporativas. Ao contrário, tais cargos são importantes para o bom desenvolvimento dos objetivos corporativos. O que se busca combater, neste caso, é a postura não democrática e reificante da subjetividade dos empregados, parceiros e clientes do ambiente corporativo.

Esse diagnóstico, quando trazido para as questões de produção de subjetividades a partir de perfis identificados pela inteligência artificial na análise dos dados individuais, ajusta-se de forma a requerer e reafirmar a necessidade de proteção de tais dados, tendo em vista a oportunidade de satisfação de liberdades individuais, sob pena de comprometimento da democracia e do Estado de Direito, conquistas que vieram com o Iluminismo, por meio de revoluções sociais que buscavam limitar poderes estatais e garantir direitos subjetivos. É a própria ideia de constitucionalismo

(BARROSO, 2015) que está em discussão: o direito deve servir a todos, prezando pela axiologia da dignidade humana, metanorma que repercute por todo o ordenamento jurídico pátrio, por sua característica de direito fundamental, mas também em âmbito internacional, pela fixação das diretrizes dos diplomas interacionais, em especial da Declaração dos Direitos Humanos do pós-segunda guerra (1948).

Em síntese: permitir a utilização de dados individuais ao bel prazer do alto comando da empresa, numa objetivação de subjetividades e coisificação do ser humano, é favorecer o biopoder do Império atual formado no ambiente corporativo. Por outro lado, permitir a contenção de poderes abusivos, favorecendo a eficácia do Estado Democrático de Direito, é garantir uma produção biopolítica saudável para a sociedade, trazendo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade como garantias sociais, auxiliando na construção de uma política de paz e bem-estar social e na formação de uma cultura de valores sociais.

Esses movimentos sociais e jurídicos que acontecem atualmente carregam um grau de dinamicidade muito alto, de forma a exigir métodos mais flexíveis que permitam o bom tratamento das necessidades que surgem na produção, comunicação e cooperação dos conteúdos. Tem-se, dessa forma, o importante instrumento do *compliance* para auxiliar na formação de uma nova cultura organizacional e social, que merece ser difundida a partir dos ideais acima citados.

### 3 O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO NA FORMAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA ORGANIZACIONAL

A sociedade da informação, portanto, pode ser útil para humanidade em geral e para o ambiente corporativo em particular se bem gerida, por meio de uma biopolítica. Porém, se usada para favorecer o biopoder, pode incrementar a sociedade de consumo atual, causando exclusão e violação de direitos. No primeiro caso, o instrumento de integridade pode auxiliar na determinação e cumprimento dos objetivos dos direitos humanos, fundamentais e legais; já no caso de um programa de *compliance* de fachada, por certo que o resultado será um ambiente que retratará a centralização e verticalidade de um biopoder sufocador de direitos.

O *compliance* nada mais é do que uma cultura de conformidade, ou seja, um programa de integridade aplicado a certo setor – público ou privado – com o intuito de adequação aos ditames normativos, tanto constitucionais, quanto legais, visando a prevenção e minimização de problemas. Em verdade, é uma nova forma de encarar as relações sociais, que somente alcança sua finalidade se pautada em pilares sólidos que dão sustento ao Estado Democrático de Direito.

Os programas de *compliance*, também chamados de programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência (CUEVA, 2018. p. 53).



É clara a relevância dos programas de *compliance* sob esse viés: “[...] o potencial do *compliance* como mecanismo de atuação da função promocional do direito, em complemento da sua função repressiva” (OLIVA e SILVA, 2018. p. 47).

É importante ressaltar os fundamentos da República Federativa brasileira, presentes no art. 1º, bem como seus objetivos, que constam do art. 3º.

Destacam-se no art. 1º o fundamento da cidadania (necessária para o convívio coletivo, conforme citado no tópico anterior, em especial na sociedade individualista atual), do pluralismo político (no sentido de liberdade dos posicionamentos políticos que encontram-se disseminados por todo o texto constitucional, em respeito às ideologias e posições diversas sobre a vida boa) e também os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (que demonstram a preocupação do Estado brasileiro em definir a importância do sistema estruturado na liberdade de escolha das atividades profissionais, ajustadas ao viés da proteção social do trabalho, este constitutivo da pessoa humana). (BRASIL, 1988).

Já no art. 3º, tem-se como destaque a construção de uma sociedade que seja livre, justa e solidária, em prol da permissão do amplo desenvolvimento das subjetividades e da multiculturalidade, em especial num país de dimensões continentais como o Brasil, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de quaisquer origens, no intuito de permitir a satisfação de valores como a liberdade e igualdade, no aspecto material inclusive, conforme previsto no art. 5º, caput, da mesma Constituição. (BRASIL, 1988).

Todos esses fundamentos e objetivos encontram-se sustentados por um pilar fundamental para a estruturação do Estado de Direito, qual seja a dignidade humana, presente também nos fundamentos da República brasileira, no inciso III, do art. 1º. Este, portanto, deve ser o valor interpretativo carregado por todos os diplomas normativos, inclusive o programa de *compliance*, de forma a permitir uma biopolítica saudável para a sociedade, evitando-se um biopoder centralizador e homogeneizante, que não colabora para a promoção dos ideários presentes no texto constitucional e nos direitos humanos.

A proteção dos dados também sustenta-se nesse pilar soberano, conforme inclusive definido pelo próprio STF na decisão antes mencionada, colaborando para a importante solidificação dos conceitos de autodeterminação informativa dos dados, em verdadeiro direito fundamental de autonomia reconhecida. Por certo que esse direito deve, também, atingir a todos os diplomas normativos, incluindo o programa de integridade aqui tratado, de forma a melhor estruturar a atividade a ser desenvolvida e propiciar os fundamentos e objetivos trazidos acima.

*Compliance* programs are formal systems of policies and procedures adopted by corporations and other organizations that are designed to detect and prevent violations of law by employees and other agents and to promote ethical business cultures (BASRI, 2017. p. 4).

Verifica-se, portanto, que o programa de *compliance* pode auxiliar bastante na formação de uma cultura organizacional que traduza os valores constitucionais e legais para o ambiente



corporativo, de forma a fomentar o desenvolvimento de sentimentos comunitários, e favorecer a salvaguarda de subjetividades, indo de encontro à padronização e homogeneização do biopoder de Império, totalizador e sufocante de pluralidades.

[...] no Brasil, assiste-se, progressivamente, à atribuição de efeitos jurídicos ao *compliance*, que é tratado na legislação como: (i) prática incentivada por meio da previsão legal de consequências favoráveis (v.g. dosimetria da pena) ou (ii) obrigação legal em sentido estrito (como no caso da imposição, pela legislação federal, da obrigatoriedade de as empresas estatais adotarem programas de *compliance*). Além disso, verifica-se uma gradual expansão, por parte da jurisprudência, da utilização da noção de *compliance* como parâmetro interpretativo para a resolução de questões mais variadas envolvendo a atividade empresarial (OLIVA e SILVA, 2018. p. 33).

Logo, tem-se o incentivo jurídico na sociedade atual para a promoção do programa de integridade, de forma a auxiliar na satisfação de interesses do Estado de Direito, promovendo, assim, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em prol do desenvolvimento econômico que não coisifique a dignidade humana.

O programa de *compliance* possui pilares sobre os quais sustenta seus objetivos diante da situação corporativa a ele apresentada (SIBILLE e SERPA, 2016). Assim, tem-se a alta administração como um dos nove pilares de sustento, sendo imprescindível a responsabilidade dos diretores e representantes do alto escalão na concretização dos valores previstos no plano a ser desenvolvido.

Tem-se, também, o pilar da avaliação dos riscos, de forma a atuar na identificação das dificuldades e dos prejuízos que a atividade em questão desenvolve, visando o mapeamento dos problemas para pensar no melhor desenvolvimento do programa. A partir dessa análise, busca-se a realização de um código de condutas a ser seguido dentro do ambiente corporativo, de forma a consagrar os valores constitucionais e legais, tendo em vista a necessidade de adequação dos objetivos da atividade às normativas exigidas, em especial, ao atendimento da dignidade humana e dos valores sociais.

Mecanismos de controle interno também são importantes para o acompanhamento do programa e das atitudes dos envolvidos na atividade, a fim de verificar se há comprometimento com a integridade. Juntamente, treinamentos e comunicação são fundamentais para a melhor adequação dos sujeitos às normas necessárias para a garantia de uma conformidade adequada às exigências constitucionais, legais e previstas no próprio programa desenvolvido.

Investigações internas e canais de denúncias são pilares fundamentais para o bom desenvolvimento do programa, tendo em vista a complexidade dos casos e a necessidade de acompanhamento da dinamicidade exigida na atividade corporativa. A partir disso, a atualização constante do programa é medida necessária e que deve ser incentivada diante de novos problemas que possam surgir no decorrer do programa de integridade. Neste sentido, surgem os pilares da auditoria e monitoramento, que buscam dar eficácia às mudanças exigíveis durante a implementação

do programa.

A figura do *due diligence* é, também, de suma importância, pois reitera a necessidade de uma formação de cultura organizacional não somente dentro da atividade à qual se está aplicando o *compliance*, mas também em relações desta com terceiros, parceiros da atividade desenvolvida. O histórico dos agentes externos, suas formas de trabalho e seus objetivos no desenvolvimento das atividades é importante na avaliação da integridade interna da atividade que está se conformando com os fundamentos e objetivos jurídico-sociais.

Por fim, todos os pilares buscam a consolidação de uma nova cultura, que deve pautar-se por ideários de inclusão e pluralidade, de forma a consagrar a multiculturalidade, a solidariedade, justiça social e democracia, valores todos presentes na Constituição brasileira, e que devem nortear as normativas aplicadas à população como um todo, inclusive ao programa de *compliance*, que deve buscar incentivar a difusão de tais valores, em detrimento de um olhar centralizador, homogeneizante e pasteurizado de uma sociedade administrada (ADORNO e HORKHEIMER, 1985) que não permite a oxigenação de suas relações sociais, bem como não garante a proteção dos sujeitos de direitos, comprometendo o desenvolvimento de relações sociais sadias.

É certo que não há programa de integridade sem o respeito à liberdade e à igualdade, e sem o fomento da fraternidade social, buscando a construção de uma nova cultura de adequação, boa-fé e função social, auxiliando inclusive na formação de cidadãos, na disseminação do dever republicano e na concretização de uma democracia mais participativa.

Caminha na mesma direção a orientação dos fundamentos previstos na LGPD. brasileira.

Veja-se: por meio da atual sociedade da informação e de consumo, que para satisfação de interesses econômicos acaba por realizar uma cartografia dos desejos humanos (GUATTARI e ROLNIK, 1996), traçando perfis e direcionando atitudes para certos campos de interesses mercadológicos, verifica-se a necessidade de dar tratamento democrático e inclusivo aos sujeitos de direitos que possuem seus dados extraídos e analisados – aqui, em especial, dos empregados, clientes e parceiros externos –, sem sequer ter noção dos prejuízos que possam disso decorrer. Tal situação com os bancos de dados empresariais não pode redundar num poder abusivo por parte dos diretores da corporação, colocando o capital acima da dignidade.

O programa de *compliance*, por oportunizar a construção de uma nova cultura social, pode auxiliar na proteção dos sujeitos de direitos no tocante à política de dados, tendo em vista a conformidade da atuação corporativa aos fundamentos e princípios previstos na LGPD, buscando inverter a lógica do mercado das *big techs*: a tecnologia deve servir aos cidadãos, e não os cidadãos se transformarem em mercadorias para servir aos interesses das empresas tecnológicas.

Tais empresas possuem, atualmente, grande poder – de Império – sobre as pessoas, de forma a controlá-las e, com isso, violam direitos humanos fundamentais dos cidadãos. É importante ressaltar que essa lógica de acumulação, a partir da mediação do computador, chamado de capitalismo de vigilância, produz uma espécie de poder soberano, que usurpa a democracia de mercado e as garantias individuais. Com isso, produz um novo poder de autoridade, de onde não se pode escapar, diante do biopoder presente em suas estruturas. Acaba-se, assim, proporcionando

uma antecipação de atitudes dos sujeitos, de forma a conformarem-se com as imposições desse novo sistema, sob pena de punição. (ZUBOFF, 2015).

O programa de *compliance* pode auxiliar – e muito – nessa nova forma de poder absoluto, que tende ao totalitarismo dos dados, numa espécie de dataísmo (HARARI, 2016) que acaba por contaminar os instrumentos democráticos legítimos de controle sociais, inclusive no ambiente corporativo. É certo que, por ser mais flexível e dinâmico, pode o programa de integridade acompanhar as mudanças sociais de forma mais próxima dos casos concretos, pondo em prática valores constitucionais e legais, preservando os direitos humanos e trazendo a pessoa humana como fim em si mesmo, segundo o imperativo categórico de Kant (1974).

Dada a atual necessidade de implementação de novos valores previstos na LGPD, repetindo axiologias previstas na Constituição Federal, vê-se com bons olhos a aplicação da conformidade aos casos atuais, tendo em vista a necessidade de implementação de garantias individuais e coletivas sobre os dados.

Dessa forma, prevê o art. 2º da LGPD sobre os fundamentos que caracterizam a disciplina da proteção de dados. Verifica-se da leitura do dispositivo que tais fundamentos dialogam com os já citados artigos 1º e 3º, da Constituição, bem como com demais garantias constitucionalmente previstas. E mais, pela análise dos pilares do programa de conformidade, tem-se que esse instrumento é de importância decisiva na consolidação dos fundamentos da LGPD, pois busca-se permitir o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, bem como à inviolabilidade da intimidade, honra e imagem. (BRASIL, 2018).

Tem-se, também, a possibilidade de promoção do diálogo para satisfação dos interesses econômicos da atividade envolvida, pois o programa de *compliance* também favorece a aplicação de posturas onde, sem coisificar a pessoa humana, postula-se o desenvolvimento econômico e tecnológico, a inovação, a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor. Tudo isso, por fim, sob o manto protetor dos direitos humanos, do livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade e do exercício da cidadania, valores também necessários para a aplicação de uma integridade que surta efeitos positivos na formação de uma nova cultura organizacional.

A LGPD traz, também, em seu artigo 6º, princípios que orientarão a atividade hermenêutica da temática de proteção de dados. São os princípios: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. (BRASIL, 2018).

Verifica-se, portanto, que a preocupação da lei trazida em seu dispositivo principiológico comunica-se, também, com os pilares do programa de *compliance*. Dessa forma, é notória uma preocupação no aspecto preventivo, mas também repressivo, com oportunidade de identificação e responsabilização de atores por equívocos, tanto na LGPD, quanto nos pilares do *compliance*. A preocupação com a promoção da diversidade e do plural, com a inclusão das variadas subjetividades e com a realização de uma cultura democrática é, por certo, ressaltada tanto na legislação recente quanto nas diretrizes do programa de conformidade. Propostas como a finalidade, necessidade

e transparência também se encontram no programa de *compliance*, que pretende, por certo, a adequação das atividades às exigências constitucionais e legais.

Verifica-se, portanto, que os fundamentos e os princípios previstos na LGPD correspondem aos anseios buscados pela Constituição Federal de 1.988 e podem ser postos em prática no ambiente corporativo a partir de um programa de conformidade que busque tratar de forma inclusiva e plural seus empregados, clientes e parceiros externos.

Porém, para que surta efeitos positivos na formação de uma nova cultura social, é necessário que o programa de integridade seja, de fato, efetivo, contendo pilares que estruturam uma organização pautada em critérios de promoção de direitos, dialogando com os diversos interesses e produzindo consensos construtivos. Assim, “programa de fachada, que não preencha os requisitos mínimos ou que preencha apenas formalmente, pode de fato resultar em penalidades maiores do que aquelas que seriam aplicáveis em sua ausência.” (CUEVA, 2018. p. 61).

However, a poorly constructed *compliance* program can serve as a roadmap for prosecutors; damage employee morale; and encourage fraud and unethical conduct to continue. Moreover, a poorly constructed program lacking in sufficient leadership, funding and resources will create the view, among employees, that the code of conduct/ethics, and, indeed, the whole *compliance* program, is a sham (BASRI, 2017. p. 9).

Dessa forma, um programa de *compliance* que sirva apenas como fachada não auxilia na formação de uma biopolítica da multidão, ou seja, responsável com a promoção das subjetividades e identidades dos sujeitos envolvidos, bem como com a produção do comum e em comum dos interesses socialmente relevantes. Um programa mal estruturado e que não fomenta os valores constitucionais e legais, ou que não traduza a eficácia social e jurídica necessárias, em verdade, reproduz a visão do Império, restritiva, centralizadora e sufocante de direitos, de forma a satisfazer interesses escusos e que não permitem a construção de uma cultura de conformidade.

Neste momento, tem-se a necessária atenção dada à alta administração, por ser o poder supremo da organização à qual será aplicado o programa de integridade. E isso porque na figura dos representantes do alto escalão encontra-se a localização do poder de gestão e de direcionamento de todo o corpo coletivo que trabalha em conjunto. Dessa forma, há uma imagética que transfigura o poder centralizador do Império na figura do alto comando, sendo a postura destes determinante para o bom desenvolvimento do programa a ser aplicado.

Consequentemente, o *compliance* reforça a dimensão organizacional do dever de diligência, a fim de que controladores e administradores estruturam a organização empresarial de forma compatível com as atividades da companhia e com o risco por ela assumido. Para isso, torna-se necessário criar adequados sistemas de vigilância, supervisão e investigação sobre as atividades da sociedade, de modo a assegurar o respeito às obrigações legais e possibilitar a intervenção adequada diante da identificação de problemas e ameaças. Não é sem razão que um aspecto fundamental dos programas de *compliance* é a necessidade de comprometimento

da alta administração. Logo, é inequívoco o potencial do *compliance* para ampliar o núcleo básico do dever de diligência, abrindo margem para que, ao lado do dever de agir bem informado, acrescente-se igualmente a importante obrigação de instituir e manter uma organização idônea para lidar com o risco assumido, inclusive no que diz respeito à prevenção de ilícitos (FRAZÃO, 2018).

Em outras palavras, o que se busca traduzir é que a depender da postura do alto escalão em face da corporação e do próprio programa de conformidade, pode-se assistir a uma repetição do poder centralizador imperial, de um lado, ou a formação de uma nova cultura, democrática e responsável com os direitos subjetivos de todos os envolvidos, que caracteriza uma biopolítica de multidão que produzirá o comum em comum, de forma a dar eficácia aos valores constitucionais e legais exigidos para o desenvolvimento de uma sociedade pautada pela metanorma da dignidade humana, de outro.

O simbolismo presente no alto comando é de suma importância para a concretização dos valores previstos no instrumento de integridade, buscando dar o exemplo de comprometimento e de mudança, necessários para a formação de um sentimento de comunidade e de realização da liberdade e igualdade material.

Com a grande quantidade de dados presentes nas corporações, a boa utilização de tais informações significa o respeito aos direitos humanos, constitucionais, legais e também aos objetivos trazidos no programa de *compliance*. Dessa forma, a escolha de postura que represente um poder de império ou de multidão pelo alto comando será definidora de uma nova cultura no ambiente corporativo e também no âmbito social.

Portanto, tendo em vista que as diretrizes a serem seguidas tanto pela LGPD, quanto pelo programa de integridade são comuns a fatores que remontam aos ideários previstos no texto constitucional e nos documentos de direitos humanos, atesta-se que o imperativo para a formação de uma nova cultura organizacional, inclusive no tocante à problemática envolvendo os dados pessoais e coletivos, é a tradução de uma postura de conformidade com o valor supremo do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade humana.

Dessa forma, ao propiciar o desenvolvimento de uma adequação às normas tendo por objetivo o pilar metajurídico da dignidade humana, verifica-se que a produção biopolítica da atual sociedade da informação pode auxiliar na construção de um sentido de comunidade novo, a partir do qual se permite a pluralidade e multiculturalidade, incentiva-se a inclusão e busca-se evitar o biopoder centralizador e normalizador de uma sociedade que se encontra colonizada por interesses econômicos e não permite a satisfação dos interesses subjetivos de forma adequada.

A postura do alto escalão é o pilar fundante dos demais pilares do programa de integridade, de onde se busca o respeito às normas sociais e jurídicas, com olhar de boa-fé e tendente à satisfação da função social, em respeito à diversidade, de forma que a multidão – que, no ambiente corporativo, entende-se por empregados, parceiros externos e clientes – possa produzir em conjunto e alcançar consensos comunitários para o bom desenvolvimento da atividade, sem a sujeição do cidadão aos ditames do capital e de uma vida não pautada pela liberdade.

Por meio dessa visão trazida por um programa de integridade que satisfaça as necessidades dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respeitando os direitos individuais e coletivos, e garantindo o desenvolvimento tecnológico e a inovação, pode-se alcançar uma sociedade que será regulamentada por preceitos que colocam o ser humano à frente dos anseios de uma sociedade de consumo, e permite a satisfação de uma cultura de paz social disseminada por todos os setores, o que auxilia, também, no âmbito social em sentido amplo, refletindo nas atitudes do cotidiano, e proporcionando uma cultura de liberdade e satisfação de direitos.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em resposta à problemática apresentada no início, tem-se que o programa de *compliance* é instrumento importante para o auxílio na construção de uma nova cultura organizacional, diante de um conceito de biopolítica na atual sociedade da informação, pela previsão legal de proteção de dados, tendo em vista o poder de controle das informações de empregados, clientes e parceiros externos.

Ressalta-se a necessidade dessa nova cultura ser formada a partir das propostas de inclusão e de pluralidade, e para isso o programa de integridade não poderá ser uma mera formalidade, não tendo eficácia na aplicação de seus objetivos, sob pena de trazer como consequência a imposição de um biopoder, reproduzidor da sociedade de consumo, centralizador e excludente de direitos humanos fundamentais, não compactuando com os objetivos de um Estado Democrático de Direito.

A concentração de informações por meio da coleta de dados de empregados, clientes e parceiros externos pelo ambiente corporativo merece um tratamento adequado aos reclamos sociais da Constituição Cidadã, e também um olhar atento aos direitos previstos na LGPD e em instrumentos normativos internacionais, de forma a buscar retratar o valor da dignidade humana e proporcionar a construção de uma nova cultura que surtirá efeitos não apenas internos, organizacionais, mas também externos, na sociedade como um todo.

Para tanto, o cumprimento dos pilares do programa de integridade é de suma importância, em especial a adesão do alto comando da corporação, uma vez que reproduz o exemplo a ser seguido e define as diretrizes do ambiente organizacional, sendo, portanto, o centro irradiador dos valores de construção dessa nova cultura da conformidade, da inclusão, de pluralidade e multiculturalidade, e com isso cumpre com a boa-fé objetiva e com sua função social, em franca promoção da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos



filosóficos. Tradução Guido Antonio de Almeida – Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASRI, Carole Basri. **Corporate compliance**. Carolina Academic Press. Edição do Kindle, 2017

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Zygmunt Bauman; tradução Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. Companhia das Letras. 2007.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 6.378**. Supremo Tribunal Federal. Origem Distrito Federal. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgamento do Plenário 07.05.2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>, acesso em 12.10.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm), acesso em 12.10.2020.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm), acesso em 12.10.2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DEBORD, Guy, 1931-1994. **A sociedade do espetáculo** / Guy Debord; tradução Estela dos Santos Abreu – Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 28.10.2020.

DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972-1990)** / Gilles Deleuze; tradução de Peter Pál Pelbart. – São Paulo: Editora 34, 2013 (3ª Edição).

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Introdução: Rizoma**. Texto extraído de Mil Platôs (Capitalismo e Esquizofrenia). Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. vol. 1. Editora 34, 1ª ed. 1995.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**/Michel



Foucault: tradução Maria Ermantina Galvão. – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 (Coleção obras de Michel Foucault).

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial.** Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018], 2018. Acesso em: 28.10.2020.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Porto Alegre: Artmed, 2005.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica. Cartografias do desejo.** 4ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço/** Byung-Chul Han; tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada – Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. Países asiáticos estão lidando melhor com essa crise do que o Ocidente. Enquanto lá se trabalha com dados e máscaras, aqui se chega tarde e fecham fronteiras. **El País.** 22 de março de 2020, 20:01 BRT. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>, acesso em 15.10.2020.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multitud.** Guerra y democracia en la era del Imperio. Juan Antonio Bravo por la traducción. Debate. Barcelona, 2004.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã /** Yuval Noah Harari; tradução Paulo Geiger. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HEGEL, G. W. **Fenomenologia do espírito.** Editora Vozes, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** São Paulo: Abril Cultural, 1974

LYON, David. Cultura da vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. *International Journal of Communication.* 2017, p.1-18. In **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem /** organização Fernanda Bruno [et al]; tradução Heloisa Cardoso Mourão [et al]. – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LUHMANN, Niklás. **Introdução à teoria dos sistemas.** Aulas publicadas por Javier Torres

Nafarrate. Editora Vozes. 3ª ed. São Paulo. 2011.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação.** São Paulo: Loyola, 2002.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução histórica do compliance no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de *compliance*.** Uma breve discussão. *Legal ethics compliance*. E-book. Editora Roncarati, 2016. Disponível em <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Os-pilares-do-programa-de-compliance-Uma-breve-discussao.html>. Acesso em 28.10.2020.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil:** livro verde. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. 2015. In **Tecnopolíticas da vigilância:** perspectivas da margem / organização Fernanda Bruno [et al]; tradução Heloisa Cardoso Mourão [et al]. – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2018.

**Como citar:** SOUZA, Gabriel Scudeller de; ESTÊVÃO, Roberto da Freiria. *Compliance* e proteção de dados na sociedade da informação: biopoder ou biopolítica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 10-31, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/11/2021.

Aprovado em: 18/10/2022.

## NOTÁRIOS E REGISTRADORES: PROTAGONISTAS DE UM NOVO SISTEMA DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

NOTARIES AND REGISTRARS: PROTAGONISTS  
OF A NEW SYSTEM OF ACCESS TO JUSTICE IN  
BRAZIL

\* Doutor em Direito (Universidade de Lisboa, ULISBOA/PT). Mestre em Direito (Universidade Federal do Ceará, UFC/CE). Graduado em Direito (Universidade Federal do Ceará, UFC/CE). E-mail: eduardorochadias@unifor.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>

\*\*Bolsista de Produtividade em Pesquisa-CNPq. Pós-doutora em Direito (Universidade de Columbia, UCB/EUA). Doutora em Direito (Universidade Federal de Pernambuco, UFPE/PE). Mestre em Direito (Universidade Federal do Ceará, UFC/CE). Graduada em Direito (Universidade Federal do Ceará, UFC/CE). E-mail: lilia@unifor.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2843-7207>.

\*\*\*Doutorando em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE). Mestre em Direito (Universidade Católica de Petrópolis, UCP/RJ). Mestre em Direito (Universidade Veiga de Almeida, UVA/RJ). Especialista em Gestão Pública (Universidade Estácio de Sá, UNESA/RJ). Especialista em Direito Público (Fundação Educacional Antônio Dadalto, FEAD/MG). Especialista em Direito Civil (Universidade Estácio de Sá, UNESA/RJ). Especialista em Direito Notarial e Registral (Universidade Anhanguera - Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Anhanguera - UNIDERP/MG). Bacharel em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ/RJ). E-mail: marcelollessatabeliao@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6790-4173>

**Eduardo Rocha Dias\***  
**Lília Maia de Moraes Sales\*\***  
**Marcelo Lessa da Silva\*\*\***

**Como citar:** DIAS, Eduardo Rocha, SALES; Lília Maia de Moraes; SILVA, Marcelo Lessa da. Notários e registradores: protagonistas de um novo sistema de acesso à justiça no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 32-50, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p32. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O presente trabalho objetivou analisar o processo de desjudicialização de procedimentos de jurisdição voluntária em direção às serventias extrajudiciais como fase antecedente e preparatória a um novo sistema de acesso à justiça no Brasil, com participação ativa de notários e registradores na resolução dos conflitos como mediadores e conciliadores. Como foco principal, analisou-se, além do processo de transposição de competências exclusivas dos magistrados para os notários e registradores, o novo regime jurídico imposto à atividade notarial e registral pelo constituinte de 1988 que possibilitou essa inovação e o surgimento desse novo modelo jurisdicional proporcionado pelo Estado. Utilizou-se o método de pesquisa teórico-dogmática, dedutivo, com técnica de coleta e análise, documental e bibliográfica. Evidenciou-se que as serventias extrajudiciais foram utilizadas pelo legislador e pelo próprio judiciário, nas últimas três décadas, como *locus* de acesso à justiça, através do processo de desjudicialização, que transferiu para notários e registradores procedimentos antes exclusivos do poder judiciário, servindo como fase antecedente para o surgimento de um novo sistema de justiça no Brasil, para além das estruturas judiciais, com a codificação dos meios alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Mediação e conciliação. Acesso à justiça. Serventias extrajudiciais. Notários e registradores. Desjudicialização.

**Abstract:** The present work aimed to analyze the process of reducing judicial involvement in matters, of procedures of voluntary jurisdiction towards extrajudicial services as a preliminary and preparatory phase for a new system of access to justice in Brazil, with the active participation of notaries and registrars in the resolution of conflicts as mediators and conciliators. As a main focus, it was analyzed, in addition to the process of transposing exclusive competences of magistrates to notaries and registrars, the new legal regime imposed on notarial and registry activity by the 1988 constituent that enabled this innovation and the emergence of this new jurisdictional model provided by the State. The theoretical-dogmatic, deductive method of research was used, with the technique of collection and analysis, documentary and bibliographic. It was evident that the extrajudicial services were used by the legislator and by the judiciary itself, in the last three decades, as a locus of access to justice, through the process of reducing judicial involvement in matters, which transferred to notaries and registrars procedures that were previously exclusive to the judiciary, serving as a phase antecedent to the emergence of a new justice system in Brazil, in addition to judicial structures, with the codification of alternative means of conflict resolution in the Brazilian legal system.

**Keywords:** Mediation and conciliation. Access to justice. Extrajudicial services. Notaries and registrars. Reducing judicial involvement.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas o direito brasileiro vem passando por muitas transformações normativas, dentre elas se destacam inovações que buscam estratégias de efetividade a um sistema de justiça mais justo, inovando o sistema com a implantação e efetividade de métodos adequados de soluções de conflitos na busca de maior pacificação social.

Vive-se em uma sociedade de alta e complexa cultura da judicialização das demandas tornando o judiciário incapaz de atender sozinho a quantidade de demandas levadas ao seu conhecimento, diante do fenômeno da *hiperjudicialização*.<sup>1</sup>

A sobrecarga suportada pelo sistema judiciário brasileiro resultou na morosidade e, conseqüentemente, na falta de efetividade do sistema de acesso à justiça. O poder judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação que aguardavam alguma solução definitiva<sup>2</sup>, mesmo utilizando-se do mecanismo de desjudicialização como estratégia para reduzir esta sobrecarga o que retirou significativa quantidade de procedimentos de jurisdição voluntária do judiciário<sup>3</sup>.

Nesse sentido, não só o legislador, mas também o próprio Judiciário passou a preocupar-se com elevada taxa de congestionamento dos processos judiciais buscando então implantar estratégias de políticas públicas voltadas a outras formas de solução dos conflitos objetivando diminuir a sobrecarga enfrentada e viabilizar um sistema de justiça mais efetivo.

Destarte, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a resolução 125/2010 que dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, inserindo a mediação e a conciliação nos tribunais brasileiros, como meios alternativos e adequados de resolução de conflitos. Esta iniciativa do judiciário foi referendada pelo legislador em 2015 com a institucionalização e codificação da mediação e da conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, através da lei especial de mediação (Lei 13.140/2015) e do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), dando força legislativa às formas alternativas de solução de conflitos e fazendo surgir, legalmente no Brasil, o modelo de justiça multiportas, para além da solução adjudicada e imposta pelo Estado-juiz.

Ademais, diante da constatação da dificuldade que vinha tendo o poder judiciário de sozinho arcar com a entrega da jurisdição estatal, há mais de três décadas o legislador já vinha experimentando a *expertise* das serventias extrajudiciais, desjudicializando procedimentos de jurisdição voluntária e entregando-os sob a responsabilidade de notários e registradores. Desta

1 Termo extraído da obra “Desjudicialização da Execução Civil: Reflexões sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019” de autoria da Professora Dra. Flávia Hill que resume a ideia do atual problema enfrentado pelo sistema de justiça brasileiro ainda centrado na estrutura do Poder Judiciário e onde aborda com maestria a questão.

2 Dados extraídos do Relatório Justiça em números 2021: ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

3 Com o movimento progressivo de desjudicialização várias demandas que dependiam exclusivamente da judicialização para uma decisão estatal passam a ter a faculdade de resolução também pela via extrajudicial, através de processo extrajudicial, diretamente nas serventias extrajudiciais. Percebe-se que com esse movimento houve, inclusive, diminuição do número de processos que aguardavam solução definitiva no ano de 2020 em relação a 2019, acentuando-se a curva de redução no estoque processual da Justiça brasileira iniciada nos anos anteriores, com o total de 75,4 milhões de processos em tramitação ao final do ano de 2020 contra 77,1 milhões em 2019 e 78,4 milhões em 2018. A redução foi de aproximadamente 1,7 milhão de processos aguardando solução definitiva em relação ao ano de 2019 e de 3,2 milhões em relação a 2018.

forma, paulatinamente, foi nascendo no Brasil, de forma imperceptível uma nova modalidade de jurisdição estatal vinculada à jurisdição judicial, qual seja, a *jurisdição extrajudicial*.

Nesse sentido, esse estudo será dividido em dois grandes tópicos. O primeiro que analisará esse fenômeno ocorrido no Brasil, da plasticidade, paulatina e gradativa, da jurisdição estatal, ou seja, o fenômeno da desjudicialização, investigando e apresentando algumas atribuições que antes de competência exclusivas dos magistrados passaram a ser de responsabilidade também dos notários e registradores.

Já no segundo tópico será apresentado e analisado o papel dos notários e registradores no atual sistema de justiça no Brasil, analisando o sistema notarial e registral e sua interconexão no Estado brasileiro com o sistema judicial na busca de compreender porque o sistema notarial e registral tem servido ao poder judiciário como aliado na absorção de algumas de suas atribuições como forma de tornar mais efetivo aos jurisdicionados o acesso a uma ordem jurídica justa.

Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa teórico-dogmática, dedutivo, com técnica de coleta e análise, documental e bibliográfica.

## 1 DESJUDICIALIZAÇÃO: ACESSO À JUSTIÇA ALÉM DOS TRIBUNAIS

Diante da constatação da dificuldade na entrega da prestação jurisdicional, desde há muito monopolizada no Estado-juiz, tanto o Estado-legislador como o próprio Estado-juiz vêm, paulatinamente, nas três últimas décadas, entregando parcelas da jurisdição estatal aos delegatários dos serviços notariais e registrais. Decisões estatais antes proferidas apenas pelos magistrados passaram a ser proferidas pelos delegatários do Estado – notários/tabeliães e registradores - no conhecido processo de desjudicialização no Brasil.

Percebe-se que desde a edição da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) a presença do fenômeno da desjudicialização para os casos de procedimentos que não necessitavam de atividade decisória judicial para existir, mesmo necessitando de intervenção estatal, pois realizada por delegatários do Estado - notários e registradores, para lhes assegurar segurança jurídica atribuindo-lhes os efeitos jurídicos da oponibilidade *erga omnes*.

Corroborando a percepção estratégia implementada pelo Estado, Cappelletti e Laier (2015, p. 119) afirmam que a desjudicialização dos litígios é uma tendência no Estado brasileiro e que “Traduz-se em uma tentativa de dinamizar a processualística brasileira, ao passo que pretende tirar do escopo da burocratização judicial algumas lides que podem se resolver de forma consensual”.

Não restam dúvidas que estas iniciativas surgiram diante da necessidade de buscar solução viável ao enfrentamento do colapso enfrentado pelo judiciário, diminuindo a quantidade de ingresso de novas demandas, mas houve também a preocupação do legislador em proporcionar ao jurisdicionado um sistema de acesso à justiça mais justo e efetivo, diante de novas “portas” de acesso para solução de suas demandas, quando estas dependa de um reconhecimento/homologação ou decisão estatal, fazendo surgir uma nova modalidade de jurisdição estatal, a extrajudicial, sob



a responsabilidade dos notários e registradores.

Na definição de Leonardo Greco, a jurisdição é a “função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares” (GRECO, 2015, p. 69).

Para Cardoso e Ferreira (2021, p. 27) “diferentemente de uma visão de que apenas a tutela judicial possa garantir confiança à resolução dos conflitos, a tutela jurisdicional extrajudicial compõe meio confiável [...]”. Principalmente, pelo regime jurídico imposto a atividade notarial e registral, fazendo com que a jurisdição extrajudicial, exercida pelos delegatários estejam abarcados nas regulações e funções do Poder Judiciário.

Delegatários do Estado, notários e registradores, são dotados de fé pública na prestação de serviços públicos imprimindo, autenticidade, publicidade e segurança jurídica nos atos que praticam de forma independente e imparcial, prevenindo conflitos e protegendo interesses particulares.

Cabe frisar como premissa que, atualmente, o acesso à justiça ou à jurisdição não pode ser confundido com o acesso ao poder judiciário, afastando-se, por consequência, a ideia do monopólio do poder judiciário sobre o atual sistema de justiça no Brasil, inclusive, no que tange à resolução de conflitos de interesses. Entendendo o sistema de justiça como um feixe de vias, caminhos ou estruturas disponibilizadas ou viabilizadas pelo Estado onde as pessoas possam reivindicar seus direitos e solucionar seus litígios sob a tutela Estatal.

Nesse mesmo sentido são as reflexões de Pinho (2019, p. 795) afirmando que “o acesso à justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo, esse direito não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa.”

Segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 08), o significado da expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico. *Primeiro*, o sistema deve ser igualmente acessível a todos. *Segundo*, deve produzir resultados que sejam justos, tanto individual como socialmente. Aduzem, ainda, que a justiça social desejada por nossas sociedades modernas pressupõe o acesso efetivo, sendo uma premissa básica inafastável.

Destarte, o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda efetivamente garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. O acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12). Pois, o acesso à justiça é essencial como instrumento de garantia e efetivação de outros direitos fundamentais básicos necessários e vitais a uma existência digna.

Importa destacar que a Constituição Federal de 1988 garante o acesso à justiça em vários preceitos, estabelecidos, principalmente, no rol dos direitos fundamentais elencados no art. 5º. Desta forma, não há que se restringir a ideia de acesso à justiça apenas como acesso ao poder judiciário na literal observância do inciso XV do artigo 5º da Constituição Cidadã, mas como acesso a todos órgãos e agentes públicos ou delegados do Estado que garantam acesso a um sistema jurídico de direitos e garantias necessários ao exercício da cidadania e resolução de suas



demandas, seja conflituosa ou não.

Para Humberto Pinho (2019, p. 798-799) fica clara a indicação do legislador na abertura desse novo sistema brasileiro de acesso à justiça para além do poder judiciário, quando o artigo 3º do novo CPC/2015 se refere à apreciação jurisdicional em detrimento de utilizar o termo apreciação judicial, demonstrando maior amplitude e passando a permitir outras formas de resolução de conflitos, “pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores”. Afirma ainda que “a jurisdição, outrora exclusiva do poder judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais”.

Nesse sentido, o conceito de acesso à justiça como um direito humano e fundamental básico deve ir além do prisma judicial, abarcando o acesso a outras instituições de promoção e garantia da cidadania, atuando na eliminação de insatisfações e propiciando políticas públicas de participação ativa dos indivíduos na solução de suas demandas e conflitos.

Para Cardoso e Ferreira (2021, p. 27), “A desjudicialização de atos processuais e sua realização por agentes delegados, provam que o Estado possui outros meios adequados de concessão da tutela jurisdicional, como a extrajudicial”. Fazendo surgir para os notários e registradores a responsabilidade de “intérpretes efetivamente cumpridores da deontologia constitucional e concretizadores das normas dispostas”.

Atualmente, os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as Cortes não devem ser a única forma de solução de conflitos; e, que qualquer regulamentação processual tendente à criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva. Não se pode ignorar ainda, que a função do processo, seja ele judicial ou extrajudicial, na atualidade, é servir à ordem constitucional e legal, atuando como meio para a prestação da tutela jurisdicional. É através do processo que os participantes deveriam ter acesso à justiça de forma rápida e eficaz (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12).

No entanto, verifica-se que no cotidiano isso não ocorre, sendo a discussão acerca do acesso à justiça, especialmente no que se refere ao descompasso do processo atual com as exigências da sociedade contemporânea, um grande desafio para o Estado que deve buscar novas alternativas que forneçam efetivamente o restabelecimento dos direitos das pessoas.

É, nessa busca que o legislador brasileiro, nas últimas três décadas, diante da constatação da sobrecarga e congestionamento de demandas sobre o poder judiciário e com o intuito de entregar à sociedade o acesso efetivo a um sistema de justiça mais justo, vem promovendo um movimento paulatino de desjudicialização, flexibilizando atribuições antes de competência exclusiva dos magistrados, entregando-as também aos tabeliães e registradores, facultando, assim, aos jurisdicionados mais um opção, além do judiciário, para atendimento aos seus anseios e/ou resolução de suas demandas de forma mais célere e eficiente, como determina a constituição cidadã.

Segundo Cappelletti e Laier (2015, p. 118) o estímulo à cidadania diante do reconhecimento de novos direitos levou ao judiciário um alto número de processos, não dando conta de resolver o direito material em tempo razoável. Por isso, desde de meados de 1990, o Estado brasileiro

estimulou meios alternativos de solução de conflitos fora da estrutura judicial, como exemplo, “[...] o procedimento administrativo de retificação de registros de imóveis, realizado pelo próprio oficial do Registro de Imóveis, sendo limitada a via judiciária às situações em que não houver acordo entre as partes [...]”, ou ainda, “[...] a Lei nº 11.441/07, que passou para o âmbito notarial a resolução das demandas acerca da partilha, do inventário, da separação e do divórcio consensuais [...]”.

Desta forma, atos de competência exclusivamente judicial passaram também a ser praticados, alternativamente, pelas serventias extrajudiciais, aumentando o leque de opções de acesso ao sistema de justiça brasileiro somando-se à jurisdição judicial, a *jurisdição extrajudicial*, operada pelos notários e registradores.

Como exemplo podemos citar: a execução extrajudicial do crédito garantido por alienação fiduciária imobiliária<sup>4</sup>; a habilitação de casamento<sup>5</sup>; inventários, partilhas e divórcios consensuais<sup>6</sup>; retificação extrajudicial de registro<sup>7</sup>; registros tardios de nascimento<sup>8</sup>; a cobrança de dívida ativa por meio do protesto de títulos<sup>9</sup>; divisão e demarcação de terras particulares<sup>10</sup>; homologação do penhor legal<sup>11</sup>; usucapião extrajudicial<sup>12</sup>; averbação direta de sentença

4 A Lei nº 9.514/1997 prevê o devido processo legal extrajudicial de execução do crédito garantido por alienação fiduciária imobiliária presidida pelo oficial de registro de imóveis que ao final do processo caso não haja a purga da mora pelo devedor fiduciante pode decidir pela transmissão da propriedade ao credor fiduciário, nos termos da lei. Nesse processo há garantia ao princípio constitucional do contraditório, para tanto o fiduciante-devedor é intimado para agir dentro do processo extrajudicial.

5 A habilitação de casamento é um processo extrajudicial prévio à celebração do casamento, onde o Oficial de registro civil ao final do processo concede a habilitação/autorização para os nubentes se casarem ou não. Esse processo tem previsão legal, inclusive, com a oitiva do Ministério Público. Nesse processo extrajudicial, dentre outras questões, verifica-se a necessidade de homologação estatal para garantia da segurança jurídica em cumprimento ao ordenamento jurídico, principalmente no controle ao impedimento para casar e na imposição de regime patrimonial nos casos previstos em lei. O principal fundamento normativo deste processo encontra-se no artigo 1526 do Código Civil e nos artigos 68 a 70 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

6 Em 2007, através da Lei nº 11.441, retirou-se da exclusividade do judiciário, passando também para os notários/tabeliães de notas a competência para realização de inventários, partilhas, separações consensuais, divórcios consensuais e extinções consensuais de uniões estáveis.

7 Com fundamento no artigo 110 da Lei Federal nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), o procedimento de retificação extrajudicial segue o devido processo legal com decisão fundamentada e justificada pelo Oficial registrador imobiliário. O legislador elenca então cinco incisos com possibilidade de tramitação processual no âmbito extrajudicial iniciada com a petição inicial do interessado dirigida diretamente ao oficial de registro de imóveis a quem competirá proferir a decisão final no âmbito extrajudicial, deferindo ou não o pedido. Este artigo teve sua última alteração e redação pela lei nº 13.484/2017. Antes disso, já tinha sido objeto de alteração pela lei nº 12.100/2009, que desjudicializava o procedimento, pois pelo texto original da lei o procedimento iniciava no cartório e deveria ser remetido ao MP e depois ao Juiz para decisão final. Portanto, esse artigo que tipifica o procedimento de retificação imobiliária representa bem o que se demonstra nesse estudo. O legislador, paulatinamente, vai desjudicializando procedimentos de jurisdição voluntária e entregando à responsabilidade dos delegatários das serventias extrajudiciais, fazendo surgir uma jurisdição extrajudicial em apoio a jurisdição judicial.

8 A desjudicialização do registro tardio de nascimento tem seu fundamento na Lei Federal nº 11.790/08 e regulamentação através do Provimento nº 28/2013 do CNJ, disciplinando como se desenvolverá o devido processo legal extrajudicial de registro tardio de nascimento conduzido pelo oficial de registro civil. Ao final do processo extrajudicial com oitivas do interessado e de testemunhas e das provas colhidas o Oficial lavrará certidão minuciosa acerca de todos elementos colhidos, decidindo fundamentadamente pelo registro ou não, caso haja suspeita.

9 A Lei nº 12.767/2012 introduziu o parágrafo único no artigo 1º da lei de protesto (Lei nº 9.492/97), reforçando a posição da jurisprudência da possibilidade de serem levados a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

10 O CPC, em seu artigo 571, determina que a demarcação e a divisão de terras particulares poderão ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordados todos os interessados, ou seja, há a possibilidade de sua realização de forma consensual e extrajudicial no tabelionato de notas e depois levada a registro na matrícula dos imóveis no cartório de registro de imóveis competente.

11 A desjudicialização da homologação do penhor legal tem seu fundamento no Artigo 703, §§2º, 3º e 4º, CPC/2015, podendo ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento do credor a um notário/tabelião de notas de sua livre escolha, que promoverá o processo e procedimentos previstos em lei para ao final formalizar a homologação do penhor legal por escritura pública.

12 A alteração legislativa foi introduzida pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 na Lei nº 6.015/73

estrangeira de divórcio puro no registro civil, com a dispensa da ação de homologação pelo STJ<sup>13</sup>; reconhecimento espontâneo de paternidade/maternidade biológica<sup>14</sup> e socioafetiva<sup>15</sup>; averbação de alteração de prenome e gênero no registro civil em decorrência de transexualidade<sup>16</sup> dentre outros. Todos realizados por devido processos/procedimentos legais extrajudiciais, mais céleres e eficazes, presididos pelos tabeliães/notários ou registradores.

Nesse sentido, Flávia Hill (2021, p. 388) afirma que estas novas funções transferidas para os notários e registradores ocorreram com o objetivo de garantir sobretudo o acesso à justiça neste novo movimento inerente à noção de justiça multiportas, onde novos agentes são convocados para disponibilizar aos jurisdicionados outros mecanismos também legítimos e adequados à solução dos litígios além da adjudicação estatal, abrindo-se novos caminhos para se chegar à pacificação social com justiça, no Estado Democrático de Direito Contemporâneo. Destaca que, com a identificação de novos núcleos de prestação da jurisdição legítimos, subverte-se a lógica que prevaleceu no século XX, da centralização da resolução dos conflitos no Poder Judiciário, sendo visto como a *prima ratio* o que contribuiu para sua sobrecarga. Desta forma, a noção atual de justiça multiportas reorganiza as prioridades do sistema de justiça trazendo a consciência de que o Poder Judiciário, em uma democracia madura, deve ser utilizado como a *ultima ratio*.

E, nessa toada, mais uma vez, o legislador, de forma racional, se valeu da capilaridade das serventias extrajudiciais com estruturas físicas já montadas não onerando os cofres públicos e os orçamentos dos tribunais, e, da experiência e capacidade técnica e gerencial dos tabeliães e registradores, operadores do direito, que já são fiscalizados pelas Corregedorias-gerais de Justiça dos Estados, para expandir aos cidadãos brasileiros o acesso à justiça, e, ao mesmo tempo diminuir o congestionamento de demandas judiciais, introduzindo nas atribuições das serventias extrajudiciais, de forma expressa, a prática dos métodos de solução consensual dos conflitos, a mediação e a conciliação<sup>17</sup>, viabilizando no Estado brasileiro a possibilidade de um sistema de justiça mais célere e eficaz.

Segundo Cardoso e Ferreira (2021, p.40), a mudança de paradigma em busca de uma tutela jurisdicional extrajudicial surge em virtude da quebra do dogma do monopólio da jurisdição judicial na resolução de conflitos. Mas não apenas por isso, bem ressalta que essa mudança de

---

acrescentando o artigo 216-A, trazendo novo regime jurídico de reconhecimento estatal da usucapião, podendo ser realizado também por decisão emanada pelo oficial registrador de Imóveis precedido de um devido processo legal extrajudicial presidido por ele e instruído, entre outros documentos, com a Ata Notarial do notário/tabelião de notas que ateste a posse qualificada nos termos do ordenamento jurídico.

13 Em se tratando de divórcio consensual, poderá ocorrer a averbação de decisão estrangeira diretamente no registro de casamento no cartório de registro civil para produção de efeitos no Brasil, independentemente da homologação pelo STJ com fundamento no parágrafo 5º do artigo 961 do CPC/2015.

14 Os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais têm a competência, independentemente de intervenção judicial, de recepcionar o reconhecimento espontâneo de filhos e efetuar a averbação nos respectivos registros ou encaminhar ao Oficial registrador competente para que o efetue.

15 Os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais têm a competência, independentemente de intervenção judicial, de recepcionar o reconhecimento espontâneo e voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva e efetuar a averbação nos respectivos registros.

16 Os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais têm a competência, independentemente de intervenção judicial, de recepcionar o pedido de alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero e efetuar a averbação nos respectivos registros, com fundamento normativo no Provimento nº 73/2018 do CNJ.

17 Lei de Mediação, em seu artigo 42, prevê que a mediação ou outras formas consensuais de resolução de conflitos podem ser levadas a efeito nas serventias extrajudiciais.

paradigma por uma tutela jurisdicional extrajudicial, se justifica ainda, por se tratar de uma extensão do próprio Poder Judiciário, pois é quem normatiza, controla e fiscaliza a atividade notarial e registral no Estado brasileiro.

Quando o legislador traz no artigo 42 da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) a possibilidade da mediação levada a efeito no âmbito das serventias extrajudiciais visa não somente diminuir o congestionamento de demandas que engessam o poder judiciário, mas, principalmente, efetivar a satisfação dos indivíduos de forma mais célere, amigável e definitiva, o que não se tem verificado nos meandros do judiciário (SILVA, 2016, p. 100).

Cabe destacar que até então a jurisdição extrajudicial operada pelos notários e registradores, como fruto da desjudicialização, se restringia, em regra, a procedimentos de jurisdição voluntária, onde a consensualidade é pré-requisito para o início do procedimento. Restando evidenciada que diante das hipóteses de conflitos havia necessidade da utilização da jurisdição judicial, afastando a competência dos notários e registradores para resolver os conflitos de interesses.

Com a codificação dos métodos alternativos/adequados de resolução de conflitos, tanto no âmbito judicial como no âmbito extrajudicial, tipificando a lei especial que tal atribuição também compete aos notários e registradores, deverá ocorrer, nos próximos anos, uma releitura interpretativa de vários procedimentos obstados, atualmente, pela via extrajudicial, exatamente, diante da existência de qualquer conflito de interesses; já que tal resolução do conflito poderá ser efetivado na própria serventia, e se necessário, encaminhado para homologação judicial<sup>18</sup>.

Para a regulamentação da mediação e conciliação realizada por notários e registradores, em 2018, o CNJ editou os provimentos nº 67 e 72 e a Recomendação nº 28. Desta forma, incrementa sua política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, objetivando, além de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade instituída pela Resolução 125/2010, normatizar e uniformizar, a nível nacional, os procedimentos de mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais.

O provimento nº 67/2018 dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação em todas as serventias extrajudiciais, enquanto o provimento 72/2018 dispõe sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas, atinentes, apenas, aos tabelionatos de protesto.

As medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas, trazidas pelo provimento 72/2018 do CNJ, é uma nova técnica de resolução de conflitos, sendo medidas prévias e facultativas aos procedimentos de conciliação e mediação, consideradas como fase antecedente à possível instauração de procedimento de conciliação ou de mediação.

São de competência exclusiva do tabelião de protesto do local onde foi realizado o

---

<sup>18</sup> Um exemplo que pode ser citado é o impedimento de lavratura de escrituras públicas de divórcio, separação e dissolução da união estável em havendo filhos incapazes ou estando a mulher em estado gravídico. Diante da possibilidade de mediação e conciliação de conflitos de interesses envolvendo direitos disponíveis, e, inclusive, os direitos indisponíveis, mas transacionáveis; o divórcio, a separação e a dissolução da união estável em havendo filhos incapazes ou estando a mulher em estado gravídico poderá ser realizada na serventia extrajudicial em audiência de mediação ou conciliação onde a Ata de audiência com os termos do acordo deverá ser encaminhada ao CEJUSC para homologação judicial com necessária abertura de vistas ao Ministério Público. Observem que nesse caso o CEJUSC funcionará apenas como gestor dos procedimentos, como já autoriza a resolução 125/2010 do CNJ.

protesto. Constitui-se, basicamente, em propostas negociais para quitação ou renegociação da dívida cuja iniciativa pode ser tanto do credor como do devedor, sendo intermediada pelo tabelião de protesto ou seu escrevente autorizado. Nesse caso, diferentemente da mediação, não há sessão ou encontro entre os interessados.

A transação é totalmente intermediada em procedimento com propostas e contrapropostas apresentadas ao tabelião e repassadas aos interessados na resolução – quitação ou renegociação da dívida com o consequente cancelamento do protesto. Caso não haja acordo para a quitação ou renegociação da dívida protestada, o credor ou o devedor poderão requerer a designação de sessão de conciliação ou de mediação.

O Tabelionato de Protesto de Ariquemes foi o primeiro cartório extrajudicial do Estado de Rondônia a implantar esta nova técnica de resolução de conflitos após a autorização da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado.<sup>19</sup> Com quase nenhuma repercussão na doutrina e na mídia, sendo uma técnica inovadora e desconhecida pelos credores e devedores, aos poucos foi sendo oferecida aos usuários como solução viável para recebimento ou pagamento da dívida e o restabelecimento do crédito do devedor no mercado, com o cancelamento do protesto dos títulos devidos.

O primeiro procedimento/processo foi realizado em junho de 2020 e ao final do ano já tinham sido realizados mais de 400 (quatrocentos) procedimentos com sucesso na negociação. Um total de 800 (oitocentos) beneficiados diretos que tiveram suas demandas solucionadas sem precisarem ir bater às portas do judiciário. Dentre os beneficiados que já se utilizam desta ferramenta no Estado estão várias empresas locais e alguns órgãos públicos, como a PGE/RO e prefeituras municipais,<sup>20</sup> que, inclusive, ao serem apresentados à técnica de medidas de incentivo à quitação e renegociação de dívidas protestadas, prévias à mediação e conciliação, baixaram decretos autorizativos para que o Tabelionato realizasse as medidas de quitações e renegociações das dívidas protestadas requeridas pelos contribuintes. No ano de 2021 foram realizados um total de 2.410 procedimentos com sucesso na negociação, com uma média de 200 por mês.

<sup>19</sup> A autorização ocorreu em meados do ano de 2020, através do Provimento nº 11/2020 CGJ/TJRO, que regulamentou o provimento nº 72/2018 do CNJ possibilitando a todos os tabeliães de protesto a prática da resolução de conflito entre credores e devedores, mesmo após o protesto do título, diretamente na serventia. Antes desta técnica de resolução o tabelião só podia atuar até o momento da lavratura e registro do protesto, ou seja, o devedor é intimado para efetuar em até três dias o pagamento do título ou documento de dívida inadimplido, caso não o faça dentro do prazo ocorre o protesto do título. Desta forma, uma vez protestado o título o tabelião nada mais poderia fazer. O que causava um grande transtorno aos devedores que tinham que ir atrás dos credores para, por si sós, negociarem, efetuarem os pagamentos, obterem documentos autorizativos de cancelamento dos protestos com reconhecimento de firma, para aí então, retornarem ao tabelionato para requer através de um procedimento extrajudicial o cancelamento daquele protesto. Ocorre que essa via crucis acabava por vulnerar e fragilizar o devedor que ficava refém das vontades e exigências do credor, e que por vezes, entrava com ação judicial para repelir tais abusos, sejam usurários ou pessoais/sentimentais; ou mesmo preferia deixar a dívida sem resolução, mesmo diante da restrição sofrida no mercado de crédito, ocorrendo prejuízo também ao credor que ficava sem receber seu crédito. Com a atual possibilidade das medidas de quitação ou renegociação realizada diretamente nos tabelionatos de protesto, sob a intermediação do notário, as partes são obrigadas a recorrer ao bom senso e à racionalidade, deixando de lado sentimentos pessoais e pensando cada um na melhor forma de resolver seu problema; para o devedor, pagar a dívida e liberar seu nome no mercado de crédito, e, para o credor, recuperar o valor que lhe é devido.

<sup>20</sup> O tabelionato de protesto de Ariquemes é responsável pela comarca que compreende 6 (seis) municípios: Ariquemes, Cujubim, Alto paraíso, Monte Negro, Cacaulândia e Rio Crespo. Até este momento apenas 4 (quatro) municípios são beneficiados pela ferramenta, pois regulamentaram através de ato normativo municipal a autorização para que o tabelionato efetue a medida de incentivo à quitação e renegociação de suas dívidas ativas protestadas.



## 2 O PAPEL DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES NO ATUAL SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL

A atividade notarial e registral no Brasil passou por profunda regulamentação nas últimas décadas. Principalmente, com o advento da constituição de 1988, que por vontade do constituinte originário, através do artigo 236, determinou as diretrizes de um novo regime jurídico ao qual a atividade deveria se submeter e extirpando a sucessão hereditária<sup>21</sup> há muito consagrada na atividade; impondo concurso público e definindo capacidade técnica necessária para a outorga da delegação na atividade.

Para os autores Siqueira, Rocha e Silva (2018, p.319), foi notável e plausível a mudança na forma de provimento das serventias extrajudiciais, que antes feita por indicação e hereditariedade, agora requer aprovação em concurso público de provas e títulos, permitindo “ingresso de pessoas dotadas de grande conhecimento e preparo”, possibilitando atender as necessidades e pretensões dos interessados de forma proba e imparcial com profissionais de “qualificação técnica e jurídica em disposição ao público”.

A atividade notarial e registral no Brasil é estruturada em serventias extrajudiciais com atribuições distintas definidas por lei.<sup>22</sup> Para melhor reflexão sobre o estudo em tela, cumpre apresentar as diferentes modalidades de serventias extrajudiciais, seus responsáveis e suas especificidades.

Didaticamente a atividade é dividida em tabelionatos e registros públicos. Os tabelionatos são divididos em tabelionatos de notas, cujo titular é denominado genericamente Notário ou, especificamente, Tabelião de Notas; e tabelionatos de protesto, cujo titular é denominado também genericamente Notário ou, especificamente, Tabelião de Protesto. Os registros públicos são divididos em registro de imóveis, registro civil das pessoas naturais, registro civil das pessoas jurídicas e registro de títulos e documentos, cujos titulares são denominados Oficiais de Registro ou Registradores de cada modalidade.

Todos os titulares dessas serventias recebem do Estado, através do poder judiciário, a delegação para a prática da função pública delegada da atividade notarial e registral, porém exercida em caráter particular, o que significa que, apesar de concursados, não são servidores públicos e nem remunerados pelos cofres públicos. Tem toda responsabilidade civil, tributária, administrativa, e, trabalhista dos funcionários por sua conta e risco. Suas remunerações são provenientes, tão somente, dos emolumentos, cuja natureza jurídica é tributária da espécie taxa, em contraprestação pelos serviços prestados<sup>23</sup>. São profissionais do direito e recebem a delegação após aprovação em concurso público promovido pelo poder judiciário.

Para Loureiro “[...] o notário e o registrador são profissionais do direito, dotados de fé

---

21 Ocorre que antes da constituição de 1988 a responsabilidade da serventia quando da morte do titular passava para o seu substituto que, em regra, era um dos sucessores do titular, havendo a sucessão hereditária da própria delegação.

22 Várias são as normas que regem esta atividade. São elas: a própria Constituição, através do seu artigo 236, a Lei nº 6.015/73, a Lei 8.935/94, a Lei 9.492/97, entre outras.

23 Dos valores recebidos em contraprestação pelos serviços prestados uma parte é repassada a determinados fundos estatais, cujos percentuais vai depender de cada estado.

pública, a quem é delegada a atribuição de velar pela segurança, validade, eficácia e publicidade dos atos e negócios jurídicos”. Ou seja, de maneira resumida afirma que são “agentes públicos especializados na área do direito privado, encarregados pela segurança preventiva dos atos e negócios jurídicos” (2017, p. 53).

Diante desta definição, Loureiro (2017, p. 53), então, classifica os notários e registradores em dois grupos com missão distintas, mas que se completam na figura deste profissional. Primeiro, como profissional do direito, que tem como missão assessorar a todos que demandam seu ministério a fim de construir ou transferir direitos, torná-los eficazes perante os demais membros sociais e evitar que afetem as relações jurídicas e a segurança da coletividade. Segundo, como agente estatal, que tem como missão o exercício da fé pública delegada pelo Estado com duplo efeito: na esfera dos fatos: “o efeito de presunção de veracidade dos atos praticados e, conseqüentemente, de seu valor probatório”; e, na esfera do direito: a autenticidade e a legitimidade dos atos e negócios documentados ou levados à publicidade registral.

Por serem delegatários do Estado, respondem civil, administrativa e penalmente por seus atos e os de seus prepostos. Civilmente, perante terceiros usuários dos serviços públicos; administrativamente, perante as corregedorias locais e regionais dos Tribunais de Justiça dos estados, conforme estatuto da categoria personificada na Lei 8.935/94 e regulamentada pelas normas das corregedorias estaduais; e, penalmente, pelos crimes funcionais, ou seja, podem responder por prevaricação, peculato, corrupção passiva, concussão, dentre outros crimes contra a administração, pois, por exercerem a função delegada, são equiparados a funcionário público nos termos do artigo 327 do Código Penal.

Nas palavras do José Renato Nalini, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, à época, ao falar da atividade delegada dos cartórios, esses “[...] são delegações estatais exercidas em caráter privado. Toda a responsabilidade pela fiel execução de seu mister recai sobre um particular. O ônus e o ônus. Pessoa tangível, suscetível de responder por dolo ou culpa”.<sup>24</sup>

Como se vê, os serviços notariais e de registro são de titularidade do Estado, mas a pessoa jurídica de direito público não a exerce diretamente; deve, por imposição do art. 236 da Constituição Federal, delegá-la ao particular através de concurso público de provas e títulos, e, fiscalizar a prática de seus atos através do Poder Judiciário.

O notário e o registrador exercem uma atividade intelectual e jurídica como um operador do direito na interpretação do ordenamento jurídico e sua aplicabilidade, fazendo a subsunção das leis, além dos regulamentos e normas editadas pelo CNJ e Corregedorias-Gerais de Justiça dos estados<sup>25</sup> aos casos concretos a eles apresentados.

Destarte, os delegatários são particulares que desempenham funções estatais, colaborando

---

24 Discurso proferido no primeiro painel sobre “O Marco legal do Registro de Imóveis Eletrônico e Medida Provisória 759/2016”, no 1º Seminário Brasileiro das Centrais de Registro de Imóveis.

25 A atividade notarial registral brasileira é disciplinada, regulamentada e fiscalizada, em cada estado da federação, pelos Tribunais de Justiça dos Estados através das Corregedorias-Gerais de Justiça, que editam normas de regulação da atividade no âmbito dos seus estados, em regra são provimentos, alguns estados os denominam como Código de Normas da atividade extrajudicial, como São Paulo; em outros, como Rondônia, é denominado de Diretrizes Gerais Extrajudiciais, ou ainda, Consolidação normativa extrajudicial, como no Rio de Janeiro.



com a administração pública. São, portanto, agentes públicos da espécie particulares em colaboração com o Estado, não fazendo parte do quadro funcional do Estado e não sendo remunerados pelos cofres públicos. Desta forma, valem-se somente dos emolumentos recebidos, em contrapartida dos serviços prestados e tabelados pelos estados (art. 28, Lei nº 8.935/1994), para cobrir as despesas necessárias ao gerenciamento administrativo e financeiro das serventias (estrutura física e funcionários).

Verifica-se, portanto, que quando o Estado transfere qualquer atividade, antes de competência exclusiva do judiciário e a direciona para as serventias extrajudiciais, não só está a diminuir a demanda e a sobrecarga humana sobre o judiciário, mas também está diminuindo o custo financeiro sobre a máquina pública, já que os titulares destas serventias não são remunerados pelos cofres públicos como toda máquina judiciária o é, física e humanamente.

Resumidamente e, efetivamente, não entrando nas peculiaridades específicas de cada serventia extrajudicial, tem-se a atividade notarial e registral regrada, principalmente, pela Lei Federal nº 8.935/1994, Lei dos Notários e Registradores (LNR), que regulamentou o artigo 236 da CFB e que dispõe, em seus primeiros artigos, que os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos submetidos a eles.

Para o desembargador Renato Nalini as serventias extrajudiciais são sentinelas da segurança jurídica em negócios e atos de grande relevância à garantia do exercício da cidadania (NALINI, 2016).

Os serviços notariais e registrais devem ser prestados de forma eficiente e adequada em locais de fácil acesso ao público, devendo todas as serventias funcionarem diariamente no horário de expediente ao público, e ainda, no caso dos cartórios de registro civil das pessoas naturais, aos sábados, domingos e feriados, podendo adotar regime de plantão (artigos 1º e 4º da Lei nº 8.935/1994).

O artigo 3º da lei nº 8.935/94<sup>26</sup> dispõe, ainda, que “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”, e dentre elas, agora, a competência para a realização da mediação e da conciliação, e, nos tabelionatos de protesto as medidas de incentivo a quitação ou renegociação das dívidas protestadas.

Percebe-se que as serventias extrajudiciais têm servido ao Estado como *locus* de atribuição de novas competências, por delegação do legislador, e até mesmo do judiciário, em sua função atípica normativa de regulamentar a atividade notarial e registral; no sentido de reestruturar o sistema de acesso à justiça no Brasil para além da função judicial, proporcionando maior amplitude e plasticidade à prestação jurisdicional, ampliando o conceito de jurisdição estatal para abarcar também a extrajudicial, podendo nomeá-la como função estatal extrajudicial ou prestação jurisdicional estatal extrajudicial.

Nesse sentido também se posiciona Humberto Dalla, afirmando que no atual sistema

---

26 É denominada na doutrina como a Lei dos Notários e Registradores (LNR).

de justiça a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, onde ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos, fazendo coexistir a jurisdição voluntária judicial e extrajudicial, bem como os meios de obtenção de consenso judiciais e extrajudiciais, além de meios adjudicatórios extrajudiciais, como a arbitragem. Ressalta que “todos fazem parte de um sistema único, que precisa funcionar de forma balanceada e harmoniosa” (PINHO, 2019, p. 818).

Nesse sentido são as lições de Cappelletti e Garth (2002) ao rechaçar a imutabilidade de quaisquer procedimentos e instituições que caracterizam a engrenagem de justiça. Aduzem, ainda, que tal medida surge da inspiração no desejo de tornar efetivos, e não meramente simbólicos, os direitos do cidadão comum, exigindo reformas de mais amplo alcance e criatividade, que têm origem na ruptura da crença tradicional na confiabilidade das instituições jurídicas.

Evidente, portanto, que esta opção legislativa se apresentou nas últimas três décadas como forma de retirar do campo abstrato e tornar efetivos os direitos do cidadão ao acesso à justiça, e não restrita ao judiciário, como se poderia interpretar, gramaticalmente, da leitura do artigo 5º, XXXV, da CRFB, onde dispõe que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1998).

As engrenagens do sistema de justiça devem ir além da estrutura e monopólio judicial. É evidente que o constituinte afastou qualquer possibilidade de exclusão do Poder Judiciário do exame de lesão ou ameaça a direito. Todavia, diante do princípio da inércia, facultou ao cidadão a provocação, ou não, do Poder Judiciário para a solução de demandas. Ocorre que o sistema de justiça deve dar ao cidadão alternativas, além da judicial, para solução de suas demandas, senão, fatalmente, conduzirá o cidadão a ser refém de uma injustiça institucionalizada.

Diante desta preocupação o legislador no exercício do poder constituinte derivado reformador<sup>27</sup> emendou a atual Constituição Federal brasileira, em 2004, para incluir no artigo 5º, através do inciso LXXVIII<sup>28</sup> a determinação de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo<sup>29</sup>, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

Todavia, a norma em abstrato não é capaz de, por si só, mudar uma realidade social e institucional já instalada. O aumento progressivo das demandas judiciais e a incapacidade da estrutura judiciária de absorvê-las, traz como consequência direta a violação diária desta garantia constitucional prevista no inciso LXXVIII, do artigo 5º de nossa Constituição.

O legislador também implementou inovações infraconstitucionais no ordenamento jurídico visando viabilizar e concretizar o acesso à justiça de forma mais pragmática e específica, utilizando-se das estruturas das serventias extrajudiciais como opção mais segura de transferir atribuições até então exclusivamente da função judicial para a função notarial e registral, ou seja,

27 Poder Constituinte Derivado de Reforma, efetivado por Emenda Constitucional, ocorre nas alterações pontuais da Constituição Federal de acordo com os procedimentos e limitações do art. 60 da CR/1988.

28 Inciso incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

29 Resta esclarecer que diante do fenômeno da desjudicialização fazendo surgir um novo modelo de acesso à justiça, para além do judiciário e da administração pública, a interpretação garantística do texto constitucional deve abranger também os processos no *âmbito extrajudicial*, não podendo ser confundido com os processos no *âmbito administrativo*, ambiente reservado às entidades e órgãos estatais, ou seja, no exercício da *função estatal administrativa*.

extrajudicial. Para Chaves e Rezende (2013, p. 51), “utilizar-se da atividade notarial nos assuntos em que a lide está afastada é caminho para viabilizar-se efetivamente o acesso à justiça.”

Como bem afirma Santos (2012, p. 158), o período pós constituição de 1988 foi caracterizado por reformas legislativas conferindo ao judiciário não apenas o aprimoramento dos procedimentos jurisdicionais, mas também o deslocamento das atribuições não jurisdicionais para outras instituições. Aqui Santos reconhece a transferência de procedimentos afetos aos magistrados para outras instituições, apesar de entender que não seriam procedimentos jurisdicionais.

Entendendo o funcionamento do sistema notarial e registral no Brasil fica fácil concluir que, a despeito destas atribuições saírem da exclusividade judicial, não saem da esfera de controle judicial, pois as serventias extrajudiciais têm suas atividades delegadas, normatizadas e fiscalizadas pelo próprio poder judiciário. Ademais, a esfera recursal da atividade notarial e registral é também o judiciário em sua atípica função administrativa.<sup>30</sup>

A utilização deste segmento de agentes públicos que atuam em colaboração com o Estado, sendo operadores do direito integrantes do sistema notarial e registral regulado pelo próprio Estado e fiscalizado pelo poder judiciário, como demonstrado, contribui para o acesso a uma ordem jurídica mais justa e efetiva<sup>31</sup> e demonstra a confiança que a sociedade, através do legislativo, vem depositando nessa categoria.<sup>32</sup>

## CONCLUSÃO

As últimas três décadas foram de grandes transformações normativas, no ordenamento

---

30 Importante esclarecer, principalmente pelo que se defende neste estudo, e para não pairar nenhuma dúvida, que o regime recursal dos atos praticados pelos notários e registradores tramita como processo administrativo do poder judiciário diante de seu poder de delegação, normatização e fiscalização da atividade notarial e registral. Todavia, em função da independência funcional dos notários e registradores a decisão judicial, se contrária a posição do delegatário, substituirá à do delegatário na prática do ato, ou seja, o delegatário praticará o ato por determinação judicial, não cabendo, portanto, recurso dessa decisão, já que o delegatário não atuará em nome próprio, mas sim, em nome e por ordem do juízo, cabendo a este a responsabilidade pela prática do ato. A esse procedimento chama-se de “suscitação de dúvida”: A suscitação da dúvida é um processo administrativo, iniciado pelo registrador, a requerimento do apresentante do título ou do interessado, inconformado com as exigências impostas pelo oficial para o registro do título, ou ainda no caso de não poder cumpri-las. Desta forma, o requerimento é apresentado ao próprio registrador que negou o registro, e este, é que, efetivamente, iniciará o procedimento de suscitação de dúvida quanto ao registro, encaminhando petição ao Juiz competente para dirimi-la, que no caso do Brasil será o Juiz diretor da comarca ou, no caso de capital, Juiz da Vara de Registros Públicos. Este procedimento, na verdade, consiste em nova qualificação registral, agora efetuada pelo juiz, numa instância administrativa hierarquicamente superior ao registrador, conferindo-se ao interessado a possibilidade de manifestação e ouvindo-se o Ministério Público. A decisão advinda desta qualificação chamar-se-á sentença. Desta decisão ainda cabe recurso, através de apelação, por parte do interessado, ao Conselho Superior da Magistratura que também terá a mesma função de exercer nova qualificação registral. Após esta etapa estará encerrada a instância administrativa cabendo ao interessado apenas a instância judicial.

31 Nesse sentido são as palavras do desembargador José Renato Nalini. “[...] As serventias extrajudiciais, delegações estatais exercidas em caráter privado, são verdadeiro celeiro de boas práticas. Eficiência, transparência, gestão focada em resultados, investimento em tecnologia em prol da agilidade: é o mínimo que merece o jurisdicionado, e que o Estado, sozinho, é incapaz de oferecer. [...] O Novo Código de Processo Civil preconiza a desjudicialização e a consensualidade? Ei-los prontos a atender a esse desígnio, com rapidez incomparável com o equipamento estatal chamado Justiça.” (NALINI, 2016)

32 Enfatiza, ainda, Nalini, em seu discurso, que o resultado é visto na confiança do povo: “Isso se reflete na confiança da população: de acordo com o Datafolha, em pesquisa de 2015, os cartórios são as instituições mais confiáveis do país, com nota média de 7,6 pontos (de um total de 10). No Paraná, pesquisa congênere indicou nota 9,1, também em 2015.”

jurídico brasileiro fazendo surgir um novo modelo de sistema de acesso à justiça para além dos tribunais. Desta forma, a jurisdição estatal brasileira, outrora centrada apenas no poder judiciário, foi, através da desjudicialização, abrindo espaço ao surgimento da jurisdição extrajudicial, operada por notários e registradores, delegatários estatais, somando-se aos magistrados na tomada de decisões, antes de exclusividade destes.

Evidencia-se por este estudo que o poder judiciário continuará como protagonista e gestor desse novo sistema que se apresenta, principalmente devido à sua missão constitucional e reconhecimento social como a última palavra na tutela estatal em um Estado Democrático de Direito. Tendo, portanto, a responsabilidade de desenvolver a habilidade de gestão desse sistema de justiça; delegando, monitorando e fiscalizando o que pode ser delegado, para dedicar mais tempo a causas, questões e conflitos indelegáveis por sua complexidade.

Para tanto, deverá montar estratégias com foco na disseminação da cultura de paz em substituição à cultura da judicialização de demandas, com o fomento da mediação e conciliação, seja judicial ou extrajudicial, para fora das estruturas judiciais, principalmente utilizando-se das estruturas das serventias extrajudiciais, nesse novo modelo de sistema de acesso à justiça.

As formas adequadas de resoluções de conflitos no Brasil ainda estão em seu processo embrionário, e cabe, a todos um esforço para aperfeiçoá-las. A atividade notarial e registral tem o potencial de se tornar um grande aliado do judiciário para pulverização do acesso à justiça e pacificação social.

Cabe ressaltar que no que tange ao custo financeiro de acesso às serventias, tal como ocorre no poder judiciário, as serventias extrajudiciais se submetem ao regime de gratuidade aos hipossuficientes. Esta garantia está prevista em várias normas legais que dispõem sobre os atos notariais e registrais. Ademais, é um imperativo constitucional previsto no art. 5º, inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, além da previsão no art. 98, §1º, I e IX, do CPC/2015.

Especificamente, no que tange às mediações e conciliações, o provimento nº 67/2018 do CNJ traz uma cota mínima de 10% de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelos notários e registradores, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento junto ao tribunal para atuar nas mediações e conciliações judiciais.

Resta claro, que o Estado deve garantir acesso gratuito ao sistema de justiça para os hipossuficientes, abarcando nesse novo modelo aqui defendido, tanto a jurisdição judicial como a jurisdição extrajudicial estatal, exercida por notários e registradores. Tal não poderia ocorrer na justiça arbitral considerada jurisdição extrajudicial privada, exercida por árbitros escolhidos pelas próprias partes.

Por óbvio, como visto anteriormente, pelo fato dos cartórios extrajudiciais se manterem com os emolumentos recebidos, diferentemente dos órgãos judiciários que recebem dotações orçamentárias para sua manutenção, e levando-se em conta a necessidade de previsão de receita para cobrir as demandas de despesas, tem-se como regra do sistema notarial e registral a criação de

um fundo mantido pelos próprios notários e registradores para ressarcimento dos atos praticados gratuitamente, como já ocorre, por exemplo, com os atos gratuitos de registros de nascimentos e óbitos, mas que são custeados pelo próprio sistema notarial e registral, sem custo algum ao erário público.

O legislador fez sua parte. Concedeu a força de uma codificação às formas adequadas de resolução de conflitos, e, através de lei especial inseriu os notários e registradores como novos atores na resolução direta dos conflitos nesse novo sistema de acesso à justiça.

Cabe agora ao poder judiciário, principalmente os tribunais locais, utilizar estrategicamente todo o potencial das serventias extrajudiciais para reduzir a taxa de congestionamento e de litigiosidade apresentada nos últimos anos provocados pela cultura da judicialização das demandas; garantir maior efetividade no acesso à uma ordem jurídica justa; e, ao mesmo tempo fomentar uma nova cultura de pacificação social com o empoderamento dos jurisdicionados para solução consensual de seus conflitos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%E7ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm). Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> - Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 16 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 01 set. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Priscilla Lemos Queiroz; LAIER, Maria Goretti de Assis. O entendimento contemporâneo acerca do princípio do acesso à justiça: uma análise a partir da realidade

brasileira. **Revista Jurídica Cesumar**. Jan./Jun. 2015, v. 15, n. 1, p. 101-128. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2015v15n1p101-128>.

CARDOSO, Kelly; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. “Jurisdição” extrajudicial e a tutela da (des)confiança. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 25-43, jul. 2021.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, vol. I, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: Pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 22, p. 379-408, 2021.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil: Reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 21, p. 164-205, 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

NALINI, José Renato. **Discurso proferido no primeiro painel foi sobre O Marco legal do Registro de Imóveis Eletrônico e Medida Provisória 759/2016**. 1º Seminário Brasileiro das Centrais de Registro de Imóveis. 2016. Minas Gerais.

NALINI, José Renato. Entrevista realizada pela Arpen/SP. **O extrajudicial descobriu o caminho da eficiência**. 2013. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTg4Mzk=#> - Acesso em: 27 ago. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. **RJLB - Revista jurídica luso-brasileira**, v. 3, p. 791-830, 2019.

RUI BARBOSA ONLINE. Bibliografia RBDigital. Obras de Rui Barbosa/Artigos, Discursos e Assemelhados/Credo Político. **“Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada.”** Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=BibliografiaRuiBarbosa&pasta=&pesq=Justica%20tardia%20nada%20mais%20e%20do%20que%20justica%20institucionalizada> . Acesso em 31 de agosto de 2021.

SANTOS, Alex Kniphoff dos. Mediação: da teoria à prática. In: **Mediação enquanto política pública [Recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengier Neto**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

SILVA, Marcelo Lessa da. A mediação no direito brasileiro e sua efetividade no âmbito das serventias extrajudiciais. **Revista de formas consensuais de solução de conflitos**, v. 2, n. 2, p. 96-113, 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROCHA, Maria Luiza de Souza; SILVA, Rodrigo Ichikawa



Claro. **Atividades notariais e registrais, judicialização e acesso à justiça:** o impacto da desjudicialização para a concretização dos direitos da personalidade. Revista Jurídica Cesumar. janeiro/abril 2018, v. 18, n. 1, p. 305-334 DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n1p305-334>. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5701> . Acesso em: 07 ago. 2021.

**Como citar:** DIAS, Eduardo Rocha, SALES; Lília Maia de Moraes; SILVA, Marcelo Lessa da. Notários e registradores: protagonistas de um novo sistema de acesso à justiça no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 32-50, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p32. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 18/01/2022

Aprovado em: 20/09/2022



**RESTRIÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA DO  
TRABALHO NA LEI 13.467/17: O JULGAMENTO  
DA ADI 5766/DF E OS DESAFIOS QUE  
PERMANECEM ENTRE O TRABALHADOR E O  
ACESSO À JUSTIÇA**

RESTRICTIONS ON ACCESS TO LABOR JUSTICE  
IN LAW 13.467/17: THE JUDGMENT OF ADI 5766/  
DF AND THE CHALLENGES THAT REMAIN  
BETWEEN THE WORKER AND ACCESS TO  
JUSTICE

**Amanda Machado Sorgi\***  
**Luiz Fernando Bellinetti\*\***

\*Mestre em Direito Negocial com bolsa CAPES/DS (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Especialista em Direito do Estado (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Graduada em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). E-mail: amandasorgi@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6740-1103>

\*\*Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Mestre em Direito das Relações Sociais (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Graduado em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). E-mail: luizbel@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2132-144X>

\*\*\*Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza Professor da Universidade de Fortaleza E-mail: marcusholanda@unifor.br

**Como citar:** SORGI, Amanda Machado; BELLINETTI, Luiz Fernando. Restrições ao acesso à justiça do trabalho na lei 13.467/17: o julgamento da ADI 5766/DF e os desafios que permanecem entre o trabalhador e o acesso à justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 51-72, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p51. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** A Lei 13.467/17 introduziu na CLT restrições ao direito humano e fundamental de acesso à Justiça do Trabalho. Tais restrições conflitam com as previsões do art. 5º, XXXV e LXXIV da CF, dificultam a efetividade dos direitos constitucionais e infraconstitucionais do trabalho e rompem com a garantia social do trabalho. Por essas razões, o STF julgou, em outubro de 2021, a ADI 5766/DF, declarando inconstitucionais os artigos art. 790-B, *caput* e §4º e art. 791-A, §4º da CLT Reformada. Todavia, a declaração de inconstitucionalidade emanada do STF não põe termo às questões envolvendo o acesso à Justiça do Trabalho, deixando ainda desafios entre o trabalhador e o Judiciário trabalhista. Esses desafios são representados pelos demais dispositivos restritivos, que permanecem vigentes; pelos números da Justiça do Trabalho, que apontam para uma situação de litigiosidade contida e pela possibilidade de novas restrições. Foram utilizados os métodos qualitativo e dedutivo de pesquisa, mediante revisão bibliográfica e análise de dados divulgados pelo TST.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Lei 13.467/17. Restrições. ADI 5766/DF. Desafios.

**Abstract:** Law 13.467/17 introduced restrictions to the human and fundamental right of access to the Labor Court in the CLT. Such restrictions conflict with the provisions of art. 5, XXXV and LXXIV of the Federal Constitution, hinder the effectiveness of constitutional and infra-constitutional labor rights and break the social guarantee of work. For these reasons, the STF judged, in October 2021, ADI 5766/DF, declaring the articles art. 790-B, caput and §4 and art. 791-A, §4 of the CLT Reformed. However, the declaration of unconstitutionality does not put an end to issues involving access to the Labor Court, leaving challenges between the worker and the labor judiciary. These challenges are represented by other restrictive provisions, which remain in force; by the numbers of the Labor Court, which point to a situation of contained litigation and the possibility of new restrictions. Qualitative and deductive research methods were used, through literature review and analysis of data released by the TST.

**Keywords:** Access to justice. Law 13.467/17. Restrictions. ADI 5766/DF. Challenges.

## INTRODUÇÃO

A inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e a gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV, CF) relacionam-se ao direito humano e fundamental de acesso à justiça, por meio do qual é garantido a todos as condições de acesso ao Judiciário. Todavia, no Processo do Trabalho, o acesso à justiça foi objeto de uma série de restrições introduzidas pela Lei 13.467/17 (“Reforma” trabalhista).

Quatro anos após a entrada em vigência da Lei 13.467/17, a proteção ao acesso à Justiça do Trabalho ainda encontra desafios. Nessa perspectiva, a partir do emprego dos métodos qualitativo e dedutivo de pesquisa, mediante revisão bibliográfica e apoio em dados e pesquisas divulgados pelo TST nos últimos anos, o presente trabalho busca identificar os desafios que ainda se colocam entre o trabalhador e o Judiciário trabalhista.

Como ponto de partida, inicia-se com a análise dos dispositivos restritivos ao acesso à Justiça do Trabalho introduzidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467/17. Em seguida, expõem-se as razões de inconstitucionalidade desses dispositivos e a importância da proteção ao acesso à Justiça do Trabalho, motivos que levaram à recente declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de algumas das restrições em análise. Por fim, identificam-se os desafios que ainda permanecem entre o trabalhador e o acesso à Justiça do Trabalho.

## 1 AS RESTRIÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO NA LEI 13.467/17

Aprovada em julho de 2017<sup>1</sup>, a Lei 13.467/17, lei da “Reforma” trabalhista, inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dezenas de novos dispositivos alteradores da regulação do direito material e processual do trabalho no País<sup>2</sup> (KREIN, 2018; BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2020).

Entre as alterações, o recorte proposto neste artigo foca nas restrições impostas pela Lei 13.467/17 ao acesso à Justiça do Trabalho. Tais restrições são responsáveis pela criação de barreiras entre o trabalhador e o Judiciário trabalhista, adiante analisadas, dificultando que aquele acesse o Judiciário e reclame a realização dos direitos trabalhistas no dia a dia dos contratos de trabalho. Representam, portanto, severas violações às garantias constitucionais do art. 5º, XXXV,

---

1 Cabe considerar que a aprovação da Lei 13.467/17 se deu em meio a um contexto de aprovação de diversas outras leis, em geral redutoras de direitos sociais e promulgadas com pouco debate social, como é o caso da Lei 13.429/17, que ampliou a realização de trabalho temporário e terceirizações para as atividades principais das empresas; da aprovação da Emenda Constitucional n.º 103/19, popularizada como “Reforma” previdenciária e responsável pela alteração nas regras de aposentadoria do País e da aprovação da Medida Provisória (MP) n.º 905/19, a qual instituiu temporariamente o chamado “Contrato de trabalho verde e amarelo”, destinado para o primeiro emprego.

2 Exemplificativamente, por meio da “Reforma” trabalhista, instituíram-se novas formas de contratação, marcadas pela precariedade do vínculo empregatício, como o trabalho intermitente ou zero-hora (art. 443, §3º, CLT); promoveu-se o enfraquecimento dos Sindicatos, diante da exclusão da contribuição sindical (antigo art. 582 da CLT, revogado pela Lei 13.467/17); alterou-se a sistemática do dano extrapatrimonial trabalhista, tabelando a indenização devida aos trabalhadores com base no salário contratual (art. 223-G, §1º, CLT); e, no tema do acesso à justiça, no qual seguirá este artigo, restringiu-se grandemente o acesso do trabalhador ao Judiciário.

CF (acesso à justiça) e do art. 5º, LXXIV, CF (gratuidade da justiça).

Entre as restrições vigentes realizadas pela Lei 13.467/17 ao acesso à Justiça do Trabalho, destacam-se: a) a indicação de valor aos pedidos que constam da petição inicial (art. 840, §1º, CLT); b) o enrijecimento dos critérios para concessão do benefício da justiça gratuita (art. 790, §§3º e 4º, CLT); c) a previsão do pagamento de custas ao trabalhador que injustificadamente faltar à audiência, ainda que beneficiário da justiça gratuita (art. 844, §2º, CLT); d) o estabelecimento de novo requisito para o conhecimento do Recurso de Revista pelo Tribunal Superior do Trabalho (art. 896-A, CLT).

Além das restrições acima mencionadas, também vigeu, até decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 20 de outubro de 2021, a condenação da parte beneficiária da justiça gratuita em honorários advocatícios e periciais sucumbenciais (art. 790-B, *caput* e §4º e art. 791-A, §4º, CLT).

Desse modo, passa-se à análise do acesso à Justiça do Trabalho concebido pela Lei 13.467/17 e das razões pelas quais as alterações promovem a restrição à garantia de acesso à justiça da classe trabalhadora.

### **1.1 ARTIGO 480, §1º, CLT: A INDICAÇÃO DE VALOR AOS PEDIDOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO**

A Lei 13.467/17 alterou o artigo 480 da CLT, que traz os requisitos para a admissão da inicial de Reclamatória Trabalhista. O §1º do art. 840<sup>3</sup> passou a determinar que o pedido formulado na inicial “deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor” (BRASIL, 2017a).

Diante da redação do art. 840, §1º, celetista, essencial é que se considere o que se entende por “pedido certo” e o que deve vir a ser a “indicação do valor”, uma vez que a exigência da liquidação exata representa ainda maior impedimento ao acesso à Justiça.

Isso porque, em regra, o trabalhador não tem em sua posse a documentação do contrato de trabalho, tornando a liquidação exata daquilo que pretende pedir praticamente impossível. Sem os documentos, o trabalhador poderá vir a pedir valor maior do que o que tem direito (podendo, então, sucumbir) ou menor do que o que tem direito (podendo limitar o pedido e receber menos do que faz jus).

Ainda, cabe considerar a existência de pedidos em que a quantificação depende de prova, como ocorre nos casos de indenização por redução da capacidade laboral, cujo valor do pedido estará atrelado ao percentual verificado de redução na capacidade para o trabalho, o qual costuma ser aferido em perícia médica realizada durante instrução processual. Nesse caso específico, a alternativa é socorrer-se do Código de Processo Civil (CPC), em especial do art. 324, II, que excepciona a formulação de pedido genérico quando não for possível determinar de antemão as consequências do fato (COELHO, 2018, p. 321).

Para Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 83) há a possibilidade de

3 Art. 840, §1º: Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. (BRASIL, 2017a).

formulação de pedido genérico, à luz do art. 324 do CPC, também para os casos de carência de documentação. Nesse ponto, haverá quem sustente que o trabalhador poderá ingressar com ação de produção antecipada de provas, disciplinada pelo art. 381, III, CPC, de subsidiária aplicação ao Processo do Trabalho (COELHO, 2018, p. 322). Porém, outra divergência se coloca: o que acontece em relação à prescrição trabalhista, que, como já referido, por força do art. 7º, XXIX, CF, é bienal e limitada aos cinco anos que antecedem o ajuizamento da Reclamatória Trabalhista: enquanto tramita a produção antecipada de provas, estará correndo a prescrição dos direitos do trabalhador?

Não é demais lembrar que o art. 11, §3º, da CLT (também colocado pela “Reforma”) diz que é somente a Reclamatória Trabalhista que interrompe a prescrição, nos termos: “§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista” (BRASIL, 2017a). Diante do que preleciona o art. 11, §3º, da CLT, a fim de evitar o perecimento do direito, poderá o trabalhador ajuizar também uma ação de protesto interruptivo da prescrição, mais uma vez apoiado na disciplina das ações civis, agora no art. 240, §1º, CPC, cumulado com o art. 202, II, do CC.

Ainda que assim proceda o trabalhador e ainda que tenha a produção antecipada de provas deferida e o protesto interruptivo da prescrição acolhido, é inegável: dificultou-se sobremaneira que o trabalhador procure o Judiciário trabalhista. Onde se exigia apenas uma ação, a Reclamatória, passam a ser exigidas, para uma maior (mas nunca total) segurança jurídica, três ações.

Outro ponto controverso em relação à indicação de valores ao pedido é a limitação ou não desses, novamente considerando que nem sempre o trabalhador terá posse dos documentos integrantes do contrato para chegar ao valor exato. Com isso em mente, firmou-se entendimento doutrinário no sentido de que o artigo 840, §1º, CLT se destina a exigir uma mera estimativa, uma expectativa por parte do trabalhador, sem limitar o pedido formulado, uma vez que a realização da liquidação já na inicial seria materialmente impossível (MAIOR; SEVERO, 2017, p. 83; COMENTÁRIOS..., 2018, p. 201).

O posicionamento pela não limitação dos pedidos também consta da Instrução Normativa (IN) n. 41 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), aprovada em 2018 para disciplinar as interrogações deixadas pela Lei 13.467/17 na tratativa do Processo do Trabalho. Segundo o art. 12 da IN 41 do TST:

Art. 12. Os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

§ 1º Aplica-se o disposto no art. 843, § 3º, da CLT somente às audiências trabalhistas realizadas após 11 de novembro de 2017.

§ 2º Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2018a).

Contudo, apesar de esse ser o entendimento prevalecente na doutrina especializada e

inclusive ser a instrução firmada pelo TST, a redação do art. 840, §1º, CLT não é clara, e possibilita, na prática, a acolhida de entendimentos diversos. Em relação à instrução normativa, não sendo vinculante, não impede a adoção de posicionamentos contrários, mesmo no próprio TST, que, nos quase três anos de vigência da Lei 13.467/17, apresenta divergência entre os julgamentos proferidos por suas turmas no tocante à matéria<sup>4</sup>.

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), a questão também tem sido “pacificada” de maneira dissonante. Citam-se como exemplos o TRT da 9ª Região, que, em junho de 2021, julgou o Incidente de Assunção de Competência (IAC) n.º 0001088-38.2019.5.09.0000 (BRASIL, 2021a), em que reconheceu a possibilidade de apresentação de mera estimativa dos valores dos pedidos, sem atrelar a liquidação da condenação aos valores indicados; e, por outro lado, o TRT da 12ª Região, que, em julho de 2021, julgou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) 0000323-49.2020.5.12.0000, no qual decidiu que os valores indicados na petição inicial limitam o valor de condenação<sup>5</sup> (BRASIL, 2021b).

Assim, tem-se que o art. 840, §1º, da CLT Reformada introduz barreiras ao acesso à Justiça do Trabalho. Ainda que haja alternativas no Processo Civil, cuja aplicação pode ser requerida no Processo do Trabalho, e entendimento doutrinário e mesmo jurisprudencial que podem ser alegados em favor do trabalhador, não há uniformidade no acolhimento desses argumentos, de modo que, mesmo no âmbito do TST, nas decisões dos TRTs destinadas à pacificação da matéria e mesmo quase quatro anos após o início da vigência da Lei 13.467/17, os posicionamentos são dissonantes e têm se traduzido em restrição ao acesso à Justiça do Trabalho.

## 1.2 ARTIGO 790, §§3º E 4º, CLT: O ENRIJECIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Em relação ao deferimento da justiça gratuita, a leitura conjunta do art. 790, §3º e §4º<sup>6</sup>, adicionados à CLT pela Lei 13.467/17, informa que, no Processo do Trabalho, a justiça gratuita é deferida ao trabalhador que receba salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), pouco mais de R\$ 2.570,00 (dois mil, quinhentos

4 Exemplificativamente, em 21 de novembro de 2019, a 3ª Turma do TST decidiu, nos autos de Recurso de Revista n.º 366-07.2018.5.12.0048, ação interposta já na vigência da “Reforma”, manter o posicionamento das demais instâncias e limitar o benefício obtido na ação pela parte trabalhadora ao valor do pedido constante da petição inicial. Conforme constou do dispositivo do acórdão: “nesse contexto, o TRT, ao limitar a condenação aos pedidos líquidos e certos formulados na petição inicial, longe de ofender, observou os arts. 840, § 1º, da CLT e 141 e 492 do CPC”. (BRASIL, 2019a).

5 Firmou-se, no âmbito do TRT-12, a tese jurídica n.º 6 em IRDR: “Os valores indicados aos pedidos constantes da petição inicial limitam o montante a ser auferido em eventual condenação”. (BRASIL, 2021b).

6 Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (BRASIL, 2017a).



e setenta reais) em 2021, sendo necessária a comprovação da insuficiência de recursos para o processo.

Embora o valor indicado pela redação atual do artigo 790, §3º, CLT seja superior a dois salários mínimos nacionais, não é possível dizer que a pessoa que recebe tal quantia (ou que *recebia*, sendo a Justiça do Trabalho uma justiça de desempregados) possui capacidade de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou familiar.

Por essa razão, ainda que isso não esteja explícito no art. 790, §3º, CLT e ainda que gere divergências no Judiciário, a interpretação que ecoa dos atuais §§3º e 4º do art. 790, conforme sustentado por Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 305), deve ser no sentido de que “se a parte receber salário superior ao limite previsto no art. 790, §3º, da CLT, ainda assim terá direito ao benefício da justiça gratuita se comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (art. 70, §4º, CLT)”.

Ainda, atenta é a observação de Carlos Eduardo Oliveira Dias, ao apontar a nocividade da nova regra não só para os trabalhadores, mas também para as pequenas empresas:

O legislador pretensamente “reformista” e “modernizador”, na realidade, retrocedeu quase setenta anos, voltando a exigir de todos que pretendem obter a gratuidade judiciária a comprovação de sua condição: os que perceberem até o valor máximo fixado na lei devem fazer a prova desse fato; os demais devem provar sua condição de insuficiência econômica. Não é preciso muita perspicácia para se identificar que essa alteração afeta gravemente os trabalhadores, que é a população mais intensamente atingida pela mudança de critério. No entanto, irá afetar também as pequenas e médias empresas, denotando, mais uma vez, que toda a “reforma trabalhista” foi arquitetada somente com foco no grande poder econômico. (COMENTÁRIOS..., 2018, p. 201).

Também é importante observar que a redação do art. 790, §3º, CLT expressamente faz referência a salário, não devendo ser consideradas remunerações de outras naturezas, em especial, não devendo ser considerado enquanto salário eventual recebimento de seguro-desemprego pelo trabalhador.

Também deve ser considerada que a Súmula 463 do TST permanece vigente e, de modo contrário à redação adicionada à CLT pela Lei 13.467/17, prevê que basta a declaração de hipossuficiência econômica assinada pela parte ou por seu advogado para o deferimento da justiça gratuita (BRASIL, 2017b).

De todo modo, tem-se que a CLT prevê regramento excessivamente rígido para a concessão do benefício da justiça gratuita, mesmo mais rígido que o regramento trazido pelo CPC (art. 98 c/c art. 99, §3º, CPC), adotando critério puramente matemático que abre margem para que sejam desconsideradas questões fatuais ligadas à hipossuficiência. Assim, é, portanto, mais uma restrição ao acesso à justiça, tendente a fragilizar o instituto da justiça gratuita no Processo do Trabalho.



### 1.3 ARTIGO 844, §§ 2º E 3º, CLT: O PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS PELA PARTE RECLAMANTE POR NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA

A introdução dos §§ 2º e 3º<sup>7</sup> ao artigo 844 da CLT pela Lei 13.46/17 estabeleceu que, ainda que beneficiária da justiça gratuita, a parte reclamante que deixar de comparecer à audiência designada nos autos deverá arcar com as custas processuais da ação, sendo tal pagamento condição para o ingresso com nova Reclamatória Trabalhista. Importa considerar que o §2º prevê a possibilidade de justificação da falta no prazo de quinze dias.

Embora a possibilidade de justificação da falta seja razoável, o dispositivo também representa um enrijecimento nos critérios de acesso à Justiça do Trabalho. Primeiro, necessário que se considere que a condenação de parte beneficiária da justiça gratuita ao pagamento de custas processuais não é razoável e não acontece sequer na sistemática do processo civil (COMENTÁRIOS..., 2018, p. 242).

Ainda, deve se considerar que antes da Lei 13.467/17, já existiam previsões de penalidades (as quais permanecem vigentes) às partes que faltassem em audiência. Como prevê o *caput* do próprio artigo 844, o não comparecimento em audiência da parte reclamante importa em arquivamento do processo e da parte reclamada, em revelia. Ainda, o artigo 732 da CLT também já previa que o reclamante que desse causa por duas vezes ao arquivamento da ação ficaria impossibilitado de apresentar nova Reclamatória no prazo de seis meses.

Portanto, já existiam penalidades constantes da CLT para o caso de ausência em audiência. A criação de nova penalidade, com previsão de pagamento de custas mesmo para a parte beneficiária da justiça gratuita e condicionando sem limite temporal o ajuizamento de nova Reclamatória ao pagamento das custas da ação arquivada corresponde, assim, a mais uma restrição ao acesso à Justiça do Trabalho trazida pela Lei 13.467/17 (“Reforma” trabalhista).

### 1.4 ARTIGO 896-A, CLT: O REQUISITO DA TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA

Ainda que não diga respeito ao ingresso com a Reclamatória Trabalhista, como as demais alterações até aqui analisadas, também restringe o acesso à Justiça do Trabalho a especificação do requisito da transcendência feito pelo art. 896-A<sup>8</sup> da CLT Reformada. Cabe considerar que o requisito já era previsto no Processo do Trabalho desde 2001, por inovação da Medida Provisória (MP) n.º 2.226/2001; contudo, não era aplicado, diante da ausência de regulamentação. A regulamentação só se deu, assim, com a Lei 13.467/17 (COMENTÁRIOS..., 2018, p. 268).

7 Art. 844. O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda. (BRASIL, 2017a).

8 Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (BRASIL, 2017a).

A previsão enrijece os critérios para a análise do Recurso de Revista, exigindo que todo recurso desta natureza possua reflexos relação gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. Cria-se, a partir da nova redação do art. 896-A e parágrafos, novos empecilhos para que se opere o acesso ao Tribunal Superior do Trabalho. Em especial, cabe-se a menção ao §5º do art. 896-A da CLT, que prevê a irrecorribilidade via agravo de instrumento da decisão de relator em Recurso de Revista que entender ausente a transcendência da matéria recorrida.

### **1.5 ARTIGOS 790-B, *CAPUT*, E §4º E 791-A, §4º, CLT: CONDENAÇÃO DA PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS SUCUMBENCIAIS**

Até recente decisão do STF, de 20 de outubro de 2021, integrava a temática do esvaziamento da Justiça gratuita a possibilidade de condenação da parte trabalhadora no pagamento de honorários periciais e sucumbenciais, mesmo se beneficiária da Justiça gratuita, conforme a redação do art. 790-B, *caput*, e §4º<sup>9</sup> e 791-A, §4º,<sup>10</sup> da CLT Reformada.

A possibilidade de condenação sucumbencial, mesmo que provada a hipossuficiência financeira, impunha também barreiras ao acesso à justiça e criava, inclusive, o receio de se acessar o Judiciário e ver os haveres trabalhistas que haviam sido negados durante o contrato de trabalho corroídos no pagamento de perícias e advogados.

No tema, cabe observar que não se defende a formulação de pedidos temerários perante o Judiciário, o que, realmente, pouco contribuiria à Justiça do Trabalho. Porém, não há como ignorar que pedidos reais podem ser indeferidos por questões probatórias ou pela convivência de entendimentos dissonantes nas Varas e Tribunais do Trabalho e mesmo no âmbito do TST. Em outras palavras, nem sempre uma improcedência está ligada à ausência total do direito ou à formulação aventureira de pedidos. Diante das incertezas que se colocam, o trabalhador, mesmo sabendo que tem direito à justiça gratuita (e quando se enquadra nos critérios do art. 790, já comentado), se vê com receio de acessar o Judiciário e de reclamar seus direitos.

A disciplina colocada pela “Reforma” ia na contramão inclusive do que dispõe o CPC, o qual arrola os honorários periciais entre as custas compreendidas pela gratuidade da justiça no art. 98, §1º, IV (BRASIL, 2015). Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 307), “a previsão [da Lei 13.467/17] revela-se inadequada, uma vez que a gratuidade da justiça, evidentemente, deve abranger os honorários do perito, como prevê o art. 98, §1º, inciso IV, do CPC”.

<sup>9</sup> Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (BRASIL, 2017a).

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

<sup>10</sup> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

§4º - Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (BRASIL, 2017a).

Desse modo, os artigos em análise também limitavam o acesso à Justiça do Trabalho por parte do trabalhador. Por serem manifestamente inconstitucionais, foram objeto da ADI 5766/DF, que tramitou perante o STF.

## 2 A ESSENCIALIDADE DA PROTEÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 5766/DF

Conforme analisado, a Lei 13.467/17 foi responsável pela introdução de uma série de restrições ao acesso à Justiça do Trabalho, quer dificultando que os conflitos do trabalho cheguem ao Judiciário (em afronta ao art. 5º, XXXV, CF) quer limitando a gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV, CF). Tais restrições, eis que atingem direitos humanos e fundamentais do trabalhador e restringem a possibilidade de questionamento dos demais direitos perante o Judiciário, são inconstitucionais. Diante disso, parte dessas restrições foram alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5766/DF, protocolada ainda em 2017 pela Procuradoria Geral da República (PGR), cujo julgamento se perfez em 2021.

Passa-se à análise da inconstitucionalidade das restrições, da essencialidade da proteção do acesso à Justiça do Trabalho e da decisão proferida na citada ADI.

### 2.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES E A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

A inconstitucionalidade dos artigos da CLT Reformada restritivos do acesso à justiça decorre das violações pela Lei 13.467/17 ao art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal, incisos que dão *status* de direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição e à gratuidade da justiça.

De forma breve, para além do reconhecimento interno do acesso à justiça enquanto direito fundamental, cumpre observar que os direitos ligados ao acesso à Justiça constituem direitos humanos (LEITE, 2019, p. 18-19), diante da trajetória de reconhecimento histórico do acesso à Justiça. De início, a Carta Magna inglesa de 1912, que, posteriormente, serviu de base à elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já previa um direito próximo à concepção atual de acesso à justiça<sup>11</sup>. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o acesso à justiça passou a constar do art. 8º: “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Ainda no âmbito internacional e convencional, o acesso à justiça é protegido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). A Convenção, de 1969, foi promulgada no Brasil em 1992, por meio do Decreto n. 678 e, em seu art. 8º, 1, entre as garantias

---

11 É o que se percebe da parte final da Cláusula 29: Nenhum homem livre deverá no futuro ser detido, preso ou privado de propriedade, liberdade ou costumes, ou marginalizado, exilado ou vitimado de nenhuma outra forma, nem atacado, salvo em razão de julgamento legal por seus pares ou pelo direito local. A ninguém será vendido, negado ou retardado o acesso à justiça (**tradução livre da autora**). (INGLATERRA, 1912).

judiciais, estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente” (BRASIL, 1992).

Na Constituição de 1988, como visto, a inafastabilidade e gratuidade da justiça foram reconhecidas como direitos fundamentais (nos já citados incisos XXXV e LXXIV da CF)<sup>12</sup>. Na análise constitucional, é preciso frisar, também, a singularidade do direito fundamental de acesso à justiça, uma vez que é este direito que proporciona o acesso ao justo e o acesso aos demais direitos tidos como fundamentais (PAROSKI, 2008, p. 138), caso esses não sejam observados nas relações estabelecidas entre as pessoas ou entre as pessoas e o Estado. Trata-se, assim, da natureza assecuratória do acesso à justiça (RAMOS, 2019, p. 766).

O olhar voltado à centralidade do acesso à justiça na efetivação dos demais direitos também ganha relevo na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 372-373), para quem:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia de acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e qualquer um dos grandes princípios.

Considerando a construção do direito de acesso à justiça e as restrições introduzidas pela Lei 13.467/17, importa analisar a importância que a Justiça do Trabalho tem na efetivação dos direitos trabalhistas no cotidiano das relações de trabalho. Conforme explica Jorge Luiz Souto Maior (1988), os direitos trabalhistas não são sempre observados no dia a dia da relação de trabalho, sendo o desrespeito aos direitos trabalhistas tomado como algo natural (e mesmo histórico), o que apenas é corrigido quando o trabalhador se vale do acesso à justiça.

Em relação ao desrespeito aos direitos trabalhistas, Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 57), ao analisar o aumento legislativo tendente a ir de encontro aos interesses sociais da classe trabalhadora, observou que “quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada”.

É, pois, o que sói ocorrer com o Direito do Trabalho, delineado por direitos sociais que se voltam à proteção do trabalhador e que é reiteradamente descumprido no mundo das relações de trabalho. Diante da realidade de descumprimento da legislação do trabalho (MAIOR, 1998; PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2017), a jurisdição trabalhista é, muitas vezes, o único espaço para a realização do Direito do Trabalho.

É, assim, por meio do exercício do acesso à justiça que o trabalhador pode reclamar os direitos que lhe tenham sido negados. Com isso, o acesso à Justiça do Trabalho, para além de um direito humano e fundamental em si mesmo, é meio para a efetivação de outros direitos fundamentais, a exemplo dos direitos trabalhistas previstos constitucionalmente (art. 6º a art. 11, CF) e à garantia

---

12 Salienta-se, aqui, que muito do fortalecimento do reconhecimento do acesso à justiça decorre dos célebres estudos de Cappelletti e Garth em relação ao tema (1988) e das barreiras identificadas na realização do acesso à justiça – barreiras essas que são reconstruídas com a Lei 13.467/17, a exemplo das barreiras de natureza econômica e limitadoras da gratuidade da justiça.

do valor social do trabalho (protegido pelo art. 1º, IV; art. 3º; art. 5º, XIII; art. 6º; art. 86, III; art. 170, CF), bem como para os inúmeros direitos trabalhistas infraconstitucionais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Decorre, assim, da proteção do acesso à justiça enquanto direito humano e fundamental, bem como da sua natureza assecuratória dos demais direitos e da centralidade que ocupa para a efetivação dos direitos trabalhistas nas relações de trabalho, a inconstitucionalidade das alterações empreendidas pela Lei 13.467/17 tendentes a reduzir a garantia do acesso à Justiça do Trabalho.

Diante desse contexto, como expõem Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo (2017, p. 70) é necessário, quando o trabalhador busca o acesso à Justiça do Trabalho, que as normas processuais não reproduzam ou reforcem a opressão existente no local de trabalho. A função do processo, nesse caso, é a eliminação de obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa e não a criação de novos empecilhos, como fez a Lei 13.467/17.

## **2.2 A ADI 5766/DF E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 790-B, CAPUT, E §4º E 791-A, §4º, CLT**

A fim de proteger o direito humano e fundamental do trabalhador de acessar a Justiça do Trabalho e em face das alterações prejudiciais introduzidas pela Lei 13.467/17, um dos mecanismos colocados pelo ordenamento jurídico brasileiro é a busca pela declaração da inconstitucionalidade das restrições impostas ao acesso à justiça.

O pedido de inconstitucionalidade, a par do que já foi exposto nos capítulos anteriores, apoia-se no comprometimento do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV) pela Lei 13.467/17, bem como nas dificuldades que essas restrições implicam à efetividade dos demais direitos trabalhistas previstos constitucionalmente (art. 6º a art. 11, CF) e à garantia do valor social do trabalho (protegido pelo art. 1º, IV; art. 3º; art. 5º, XIII; art. 6º; art. 86, III; art. 170, CF).

Verifica-se a possibilidade da discussão do tema, por meio do controle abstrato, judicial e repressivo, mediante a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ao STF. Conforme explicam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2019, p. 124), uma ADI possui como objetivo “impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional”.

Assim, a Procuradoria-Geral da República (PGR) apresentou a ADI nº 5766/DF ao STF questionando a (in)constitucionalidade dos artigos 790-B, caput e §4º; 791-A, §4º e 844, §2º da CLT Reformada<sup>13</sup>. A ação foi proposta em 28 de agosto de 2017, mesmo antes do início da vigência

<sup>13</sup> Ainda que, neste texto, o enfoque seja dado para as restrições ao acesso à justiça e alterações no Processo do Trabalho, não se pode ignorar que o texto da Lei 13.467/17 foi e é objeto de diversas ações de constitucionalidade apresentadas ao STF nos últimos anos. Conforme esclarece Renata Queiroz Dutra, “no âmbito do Supremo Tribunal Federal, constam mais de trinta ações de controle de constitucionalidade que tem por tema a reforma trabalhista, entre ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade. Esse volume de questionamentos à Lei nº 13.467/2017 informa não apenas sobre a extensão desse diploma legal, que implicou profunda alteração no sistema normativo juslaboralista, mas também sobre o espectro de insegurança jurídica que ele desenhou” (DÚTRA, 2019, p. 160).

da Lei 13.467/17, e julgada em 20 de outubro de 2021. Os argumentos presentes na inicial da ADI fazem referência às previsões constitucionais dos artigos 1º, III e IV; 3º, I e III e 5º, XXXV e LXXIV (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2017).

Considera a ADI que os dispositivos citados da Lei 13.467/17 ferem o valor social do trabalho, o objetivo de construção de uma sociedade justa, o objetivo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades, a inafastabilidade da jurisdição, o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, o princípio da isonomia, o direito à gratuidade da justiça e o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, além de configurarem desvio da finalidade legislativa (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2017, p. 8-9)<sup>14</sup>.

Destacou a PGR (2017, p. 8; p. 44), ainda, que os dispositivos restritivos do acesso à justiça inseridos pela Lei 13.467/17 promoviam a violação à proteção do trabalhador e a violação da proteção à tutela judicial do mínimo existencial:

A legislação impugnada [Lei 13.467/17] investe contra garantia fundamental da população trabalhadora socialmente mais vulnerável e alveja a tutela judicial de seus direitos econômicos e sociais trabalhistas, que integram o conteúdo mínimo existencial dos direitos fundamentais, na medida de sua indispensabilidade ao provimento das condições materiais mínimas de vida do trabalhador pobre. [...] Inserindo-se esses direitos trabalhistas na esfera de proteção material básica, a gratuidade judiciária constitucionalmente destinada ao trabalhador pobre (art. 5º, LXXIV) assume caráter de direito subjetivo de natureza pública, que se manifesta como direito de enfrentar os riscos naturais da demanda, com vistas à satisfação de verbas alimentares, em condições de paridade de armas com o empregador, detentor do poder econômico.

Durante o julgamento da ADI, os ministros do STF ponderaram sobre três possíveis decisões.

A primeira possível decisão, proposta pelo primeiro relator da ADI, ministro Roberto Barroso, foi tendente a conferir procedência parcial à ADI, a fim de que os dispositivos do art. 790-B, *caput*, §4º e art. 791-A, §4º fossem interpretados conforme a Constituição. Em relação ao art. 844, §2º, votou pela constitucionalidade do dispositivo.

Para Barroso, as previsões do art. 790-B, *caput*, §4º e art. 791-A, §4º seriam constitucionais na medida em que as normas processuais devem equalizar o custo individual de se postular em juízo e o custo social do processo. Expôs o Ministro que as alterações legislativas promovidas pela “Reforma” teriam por objetivo desestimular o ajuizamento de pedidos “aventureiros” e minimizar o congestionamento do Poder Judiciário<sup>15</sup> (BRASIL, 2018b). Acompanharam o voto do ministro

14 Do texto da inicial da ADIn: “Ao impor maior restrição à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho, mesmo em comparação com a Justiça Comum, e ao desequilibrar a paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas, as normas violam os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Em face da intensidade dos obstáculos econômicos impostos aos direitos fundamentais dos demandantes pobres, as normas impugnadas ainda incorrem em inconstitucionalidade por violação aos princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, configurando desvio de finalidade legislativa” (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2017, p. 8-9).

15 Em decorrência disso, o voto do Ministro Barroso foi pela procedência parcial da ADIn, a fim de que os dispositivos



Roberto Barroso os ministros Luiz Fux, Nunes Marques e Gilmar Mendes.

A segunda possível decisão emergiu do voto divergente do Ministro Edson Fachin, que votou pela procedência total da ADI. O voto de Fachin considerou a proteção constitucional e convencional ao acesso à justiça e a essencialidade da integridade do direito de acesso à justiça para a garantia dos demais direitos<sup>16</sup>. Acompanharam o voto do Ministro Edson Fachin os ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

A terceira possível decisão foi proposta no voto do Ministro Alexandre de Moraes. Para o Ministro, seriam inconstitucionais por relativizar a justiça gratuita as previsões dos artigos 790-B, *caput*, e §4º e 791-A, §4º, CLT e constitucional a previsão do art. 844, §2º, CLT. O Ministro salientou em seu voto a ausência de razoabilidade dos dispositivos restritivos da justiça gratuita e a incoerência existente em reconhecer a justiça gratuita, mas negar ao beneficiário seus efeitos. Acompanharam o voto do Ministro Alexandre de Moraes os ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Como resultado das votações, declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, *caput*, e §4º e 791-A, §4º, CLT (diante da maioria formada pelos votos dos ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli) e a constitucionalidade do art. 844, §2º, CLT (por força dos votos dos ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Nunes Marques, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli) (BRASIL, 2021c).

Observa-se que até a data de elaboração deste trabalho, a decisão do STF ainda não transitou em julgado, sendo cabíveis embargos de declaração (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 1189), inclusive em relação à modulação dos efeitos da decisão, tema que não constou da decisão de julgamento (BRASIL, 2021c).

A decisão emanada do STF vai ao encontro da inconstitucionalidade das restrições ao acesso à Justiça do Trabalho promovidas pela Lei 13.467/17 identificadas neste artigo, confirmando que os dispositivos declarados inconstitucionais foram responsáveis pela criação de barreiras ao acesso à justiça. Cabe considerar, diante do julgamento do STF, que a declaração de inconstitucionalidade não se estendeu a todos os artigos incluídos pela Lei 13.467/17 que promovem restrições ao acesso à Justiça do Trabalho, mas apenas aos artigos 790-B, *caput*, e §4º e 791-A, §4º, CLT – isso é, aos

---

não fossem declarados inconstitucionais, mas que fossem interpretados através dos princípios da proporcionalidade e da adequação. Segundo o ministro, nessa interpretação deveriam ser respeitados os seguintes parâmetros, colocados enquanto teses de julgamento:

1. O direito à gratuidade de Justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e honorários a seus beneficiários;
2. A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir i) sobre verbas não alimentares, a exemplos de indenizações por danos morais, em sua integralidade; ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do regime geral de previdência social quando pertinentes a verbas remuneratórias;
3. É legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência mediante sua previa intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento. (BRASIL, 2018b).

<sup>16</sup> Conforme constou do voto do ministro Edson Fachin: A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas. A defesa em juízo de direitos fundamentais que não foram espontaneamente cumpridos ao longo da vigência dos respectivos contratos de trabalho, em muitas situações, depende da dispensa inicial e definitiva das custas do processo e despesas daí decorrentes, sob pena de não ser viável a defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores. (BRASIL, 2018b).



artigos que estabeleçam a condenação de parte beneficiária da justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios e periciais sucumbenciais.

### **3 OS DESAFIOS AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO PARA ALEM DA ADI 5766/DF**

A declaração de inconstitucionalidade das previsões de pagamento de honorários sucumbenciais periciais e advocatícios pelo beneficiário da justiça gratuita, constantes dos artigos 790-B, *caput*, e §4º e 791-A, §4º da CLT, sobreveio quase quatro anos após a entrada em vigência das restrições ao acesso à justiça promovidas pela Lei 13.467/17 e não põe termo a todas as questões levantadas em matéria de acesso à justiça pela “Reforma” trabalhista.

Mesmo diante da decisão, identificam-se desafios à proteção do acesso à Justiça do Trabalho. O primeiro deles diz respeito à sobrevivência, apesar da ADI 5766/DF de diversos dispositivos restritivos ao acesso; o segundo, à redução das ações trabalhistas apresentadas à Justiça do Trabalho desde o advento da Lei 13.467/17; e o terceiro, à constante ameaça que sofre o acesso à Justiça do Trabalho.

#### **3.1 AS RESTRIÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA QUE PERMANECEM**

Como visto, a declaração de inconstitucionalidade não abrange todas as restrições ao acesso à justiça introduzidas pela “Reforma” trabalhista, eis que permanecem vigentes as previsões do art. 840, §1º, art. 790, §3º, art. 844, §2º e art. 896-A, todos da CLT Reformada, já analisados.

Assim, ainda se exige que o trabalhador, ao apresentar a inicial da Reclamatória Trabalhista, indique valor aos pedidos (art. 840, §1º, CLT). Como analisado, defende-se aqui a possibilidade de formulação do pedido genérico (à luz do art. 324 do CPC) e a leitura do art. 840, §1º, CLT como mera indicação de valor, sem limitação dos pedidos, entendimento que foi inclusive apresentado pelo TST na Instrução Normativa 41/2018. Contudo, não há consenso jurisprudencial sobre o tema, gerando incertezas se o valor indicado deve ou não limitar a condenação, se deve ou não corresponder a uma efetiva liquidação dos pedidos iniciais e se é admitido ou não o pedido genérico no processo trabalhista.

Embora a decisão da ADI 5766/DF tenha declarado a inconstitucionalidade de severas restrições à garantia da justiça gratuita prevista no art. 5º, LXXIV, CF, a sistemática de deferimento da justiça gratuita instituída pelo art. 790, §3º, permanece vigente, dispondo que apenas se deferirá os benefícios da justiça gratuita à parte que receber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Reforça-se, a par do que já foi exposto, que a previsão contraria a vigente Súmula 463 do TST e a sistemática do Processo Civil (artigos 98 e 99 do CPC), que é mais benéfica, ainda que o Processo Civil não seja informado pelo princípio da proteção ou princípio de correção da desigualdade, como é o Processo do Trabalho (LEITE, 2019, p. 100; TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 93).

Tendo a constitucionalidade confirmada na ADI 5766/DF, permanece vigente o artigo 844, §2º, CLT, de modo que o reclamante que faltar à audiência sem justificativa legal deverá arcar com as custas processuais do processo arquivado. Por força do §3º do mesmo artigo, não poderá apresentar nova Reclamatória Trabalhista até o pagamento das custas. Igualmente vigente segue a previsão do art. 896-A, CLT, que disciplinou o requisito da transcendência para o recebimento do Recurso de Revista, trazendo à vida mais um requisito para a **apreciação das questões levadas ao TST**.

A permanência dessas restrições constitui desafio à proteção ao acesso à Justiça do Trabalho na medida em que, por um lado, deixam o trabalhador “de fora” do Judiciário, e, por outro, enfraquecem a própria Justiça trabalhista enquanto instituição (BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2020, p. 23). Observa-se que houve uma escolha na Lei 13.467/17 por restringir o acesso à Justiça do Trabalho, por enfraquecer o Judiciário e por dificultar que o trabalhador busque efetivar os direitos das relações laborais.

A desvirtuação do direito humano e fundamental de acesso à justiça pode impedir, assim, a realização dos demais direitos humanos e/ou direitos fundamentais na vida das pessoas. Essa preocupação é referida por Flávia Piovesan (2018, p. 648), em estudo dedicado ao Poder Judiciário e à proteção dos direitos humanos, no qual expôs que, comprometido com um excesso de formalismo, o Judiciário “deixa de ser utilizado para a garantia de direitos e passa a ser procurado principalmente para se obter vantagens. [...] a utilização do Judiciário está estreitamente relacionada a um grupo específico da sociedade, exatamente aquele que dispõe de mais recursos econômicos, sociais e intelectuais”.

### 3.2 A REDUÇÃO NO NÚMERO DE RECLAMATÓRIAS TRABALHISTAS E A LITIGIOSIDADE CONTIDA

O segundo desafio identificado é aquele representado pela brusca redução do número de Reclamatórias Trabalhistas apresentadas à Justiça do Trabalho nos anos do pós-Reforma, que pode estar relacionada à vigência das restrições às garantias do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV promovidas pela Lei 13.467/17.

Segundo o TST, entre janeiro de 2017 e setembro de 2017 (período imediatamente anterior à “Reforma”), foram ajuizadas 2.013.241 Reclamatórias Trabalhistas em todo o Brasil. No mesmo período de 2018 (primeiro ano da “Reforma”), observou-se o ajuizamento de apenas 1.287.208 Reclamatórias, com redução de 36% da procura pelo Judiciário (BRASIL, 2018c).

Ainda, em análise da série histórica trazida pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST, o ano de 2018, primeiro ano de vigência da Lei 13.467/17, foi o primeiro ano após a CF de 1988 em que se verificou redução e não aumento no número de procura à Justiça do Trabalho (BRASIL, 2018d).

Em 2019, segundo ano de vigência da Lei 13.467/17, foram ajuizadas perante as Varas do Trabalho 1.552.082 Reclamatórias (BRASIL, 2019b), representando aumento na procura pelo Judiciário em relação ao ano de 2018, mas ainda traduzindo uma importante redução em relação

aos números anteriores à “Reforma”. Em 2020, foram ajuizadas perante as Varas do Trabalho, 1.477.222 Reclamatórias (BRASIL, 2020), número também inferior ao que se verificava antes da “Reforma”<sup>17</sup>.

Considera-se que a redução do número de ações apresentadas à Justiça nos primeiros anos de vigência da “Reforma” não significa necessariamente a redução do número de conflitos trabalhistas no corpo social, os quais não poderiam ser reduzidos em 36% em apenas um ano. Cabe lembrar que a alta ou baixa litigiosidade real nas relações de trabalho não é decorrência da existência de detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas (que a “Reforma” tentou diluir), mas sim do descumprimento das normas de proteção ao trabalho (BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2020, p. 33).

A possível relação entre as restrições ao acesso à justiça e a redução no número de Reclamatórias apresentadas ao Judiciário nos últimos anos foi observado nas análises relativas ao primeiro ano da “Reforma”. Conforme explicam Mariana Sampaio e Paula Almeida (2018), as estatísticas “indicam a obstaculização do exercício do direito de ação e do acesso à justiça na medida em que a queda parece decorrer da previsão do ônus da sucumbência e da redução do alcance da gratuidade judiciária”.

Também é o que sobressai de estudo quantitativo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) em 2020, no tema da “Reforma” trabalhista e suas implicações no acesso à justiça. O estudo constata, a partir da análise das ações propostas após a Lei 13.467/17, que “a maior rigidez na especificação dos valores das verbas na inicial provocou efeitos práticos, de forma que grande parte dos pedidos de aditamento da inicial foram embasados na falta de atribuição de valores aos pedidos” (TOLLER *et al*, 2020, p. 9), em referência às alterações realizadas no art. 840, §1º, da CLT.

Com isso, os números do pós-Reforma indicam uma redução na apresentação de ações à Justiça do Trabalho, possivelmente relacionada às restrições ao acesso à justiça da Lei 13.467/17. A redução da litigiosidade é, assim, artificial, uma vez que não corresponde a uma efetiva redução de conflitos do trabalho, mas sim a uma litigiosidade que permanece contida em sociedade. Desse modo, constitui também um desafio ao acesso à Justiça do Trabalho que os conflitos trabalhistas sejam reconduzidos ao Judiciário, não permanecendo contidos e não-resolvidos em sociedade.

### 3.3 AS AMEAÇAS AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

Por fim, considera-se que o acesso à Justiça do Trabalho, mesmo após as alterações da Lei 13.467/17, permanece sendo objeto de novas discussões que igualmente tendem à inconstitucionalidade, situações que lançam o alerta acerca da necessidade de proteção dos direitos ligados ao acesso à justiça.

---

<sup>17</sup> Especificamente em relação a 2020, é oportuno considerar que os dados podem ter sido impactados pela pandemia da Covid-19 declarada em março de 2020 e, ainda, considerar que em 2020, os números de desemprego e trabalho informal atingiram recorde no Brasil, conforme divulgado pela Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua do IBGE, em devido às mudanças vivenciadas pelo mundo do trabalho e à recessão instaurada pelas medidas de contenção ao novo coronavírus adotadas pelo País.

Recente exemplo foi o do projeto de conversão em Lei da MP n.º 1045/2021, aprovado pela Câmara dos Deputados e arquivado no Senado Federal em setembro de 2021. O projeto de lei aprovado pela Câmara propunha a introdução de novas restrições à gratuidade da justiça, como o deferimento do benefício apenas à pessoa de baixa renda, com renda familiar *per capita* de até ½ salário mínimo ou renda familiar mensal de até três salários mínimos. Também previa que fosse considerado o salário anterior do trabalhador, que auferia no último emprego, para definir o direito ou não à gratuidade da justiça<sup>18</sup>.

A proposta de conversão em lei da MP n.º 1.045/2021 foi analisada pelo Congresso Nacional cerca de um mês antes do julgamento da ADI 5766/DF. Assim, ainda que a decisão do STF represente importante reconhecimento de inconstitucionalidade de parte dos artigos restritivos do acesso à Justiça do Trabalho, não abrange todos os dispositivos restritivos do acesso à Justiça introduzidos pela Lei 13.467/17, tampouco salvaguarda os direitos sociais e, em recorte, a garantia de acesso à Justiça do Trabalho de alterações legislativas e propostas de lei tendentes à redução de direitos sociais e ao enfraquecimento da Justiça do Trabalho.

## CONCLUSÃO

A Lei 13.467/17 instituiu diversas restrições ao acesso à Justiça do Trabalho. Entre elas, destacam-se as disposições dos artigos 840, §1º; 790, §§3º e 4º; art. 791-A e art. 790-B; 844, §2º e 896-A, todos da CLT Reformada.

Esses dispositivos violam o acesso à justiça e conflitam com o art. 5º, XXXV e LXXIV da CF, dificultando, diante da natureza assecuratória do acesso à justiça, a efetividade dos demais direitos trabalhistas e da garantia social do trabalho. Importa também considerar que, na realidade das relações de trabalho, diversos direitos são reiteradamente descumpridos (MAIOR, 1998; PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2017; BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2020, p. 33), de modo que o acesso à justiça pode representar, em certos casos, o único meio para a efetivação dos direitos trabalhistas.

A partir dessas considerações, o STF julgou, quase quatro anos após a Lei 13.467/17, a ADI 5766/DF, na qual a Corte Constitucional formou maioria para declarar inconstitucionais os artigos 790-B, *caput*, e §4º e 791-A, §4º da CLT.

Todavia, mesmo diante da recente declaração de inconstitucionalidade, ainda se identificam desafios entre o trabalhador e o acesso à Justiça do Trabalho. O primeiro deles diz

---

18 Conforme o projeto de conversão em lei da MP 1045, o art. 790, §3º, da CLT passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 790, §3º: Terá direito ao benefício da justiça gratuita:

I – a pessoa pertencente à família de baixa renda, assim entendida:

a) aquela com renda familiar *per capita* de até ½ salário mínimo; ou

b) aquela com renda familiar mensal de até 3 salários mínimos.

II – a pessoa física que, durante a vigência do contrato de trabalho mais recente, ainda que este não mais esteja vigente, recebeu salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. (BRASIL, 2021d).

respeito às demais restrições, como o art. 844, §2º, que teve a constitucionalidade confirmada na ADI 5766/DF, e os demais dispositivos analisados neste trabalho que permanecem vigentes. O segundo, relaciona-se à litigiosidade contida, uma vez que se observa, nos dados da Justiça do Trabalho, brusca redução do número de Reclamatórias Trabalhistas a partir da vigência da Lei 13.467/17. Por fim, cabe considerar que o acesso à Justiça do Trabalho figura como tema para novas alterações legislativas também restritivas, como foi o debate em torno da conversão em lei da MP 1045/2021.

## REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marlene. As reformas trabalhistas no Brasil e na Argentina. *In*: LEITE, Márcia de Paula; BIAVASCHI, Magda Barros; LIMA, Jacob Carlos (org.). **O trabalho em crise: flexibilidade e precariedades**. São Carlos: EdUFSCar, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer às emendas de plenário da MPV nº 1.045 de 2021**. 2021d. Institui o ovo programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid 19) no âmbito das relações de trabalho. 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2054643&filename=Parecer-MPV104521-10-08-2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2054643&filename=Parecer-MPV104521-10-08-2021). Acesso em 27 ago. 2021, às 09h.

BRASIL. **Decreto n.º 678**, de 6 de novembro de 1992 (1992). Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 18 abr. 2021, às 16h.

BRASIL. **Lei 13.467/2017, de 13 de julho de 2017**. 2017a. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <https://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Decisão de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. 2021c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em 24 out. 2021, às 10h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Votos proferidos na ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Brasília: Presidência da República, 2018b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Acórdão do IAC n. 0001088-38.2019.5.09.0000**. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: <https://pje.trt9.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001088-38.2019.5.09.0000/2>. Acesso em 29 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Resolução n. 1 de 2021. Tese jurídica n. 6 em IRDR**. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: [http://trtap13.trt12.gov.br/cmdg/img\\_legis/2021/0719141.pdf](http://trtap13.trt12.gov.br/cmdg/img_legis/2021/0719141.pdf). Acesso em 29 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Recurso de Revista 366-07.2018.5.12.0048**. Recurso de Revista. Valor da condenação. Limitação aos valores atribuídos aos pedidos. CLT, art. 840, §1º. CPC, arts. 141 e 492. Recorrente: Marcos Alexandre dos Santos. Recorrido: Cerealista Ludvig Limitada e outros. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 20 de novembro de 2019. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#4c267d8aafb7bbffc6411c636d82e90>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa (IN) n. 41/2018** (alterada pela IN 221/2018). Brasília: Presidência da República, 2018a. Dispõe sobre a aplicação das normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho alteradas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdb-8c09-e017-9890-96181164c950>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. Brasília: Presidência da República, 2018c. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/noticias/;-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/24724445](http://www.tst.jus.br/noticias/;-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e julgados até 2020**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: [https://webfocus.tst.jus.br/ibi\\_apps/WFServlet?PG\\_REQTYPE=REDIRECT&PG\\_MRsaved=false&PG\\_Func=GETBINARY&PG\\_File=bsesfqos.pdf](https://webfocus.tst.jus.br/ibi_apps/WFServlet?PG_REQTYPE=REDIRECT&PG_MRsaved=false&PG_Func=GETBINARY&PG_File=bsesfqos.pdf). Acesso em 04 de abr. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório de estatísticas 2019. Banco de dados das varas do trabalho 2019**. Brasília: Presidência da República, 2019b. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/banco-de-dados>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Série histórica de ações recebidas e julgadas**. Brasília: Presidência da República, 2018d. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>. Acesso em: 29 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 463**. 2017b. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_451\\_600.html#SUM-463](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463). Acesso em 01 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COELHO, Luís Alberto Gonçalves Gomes. Petição inicial trabalhista pós-reforma: uma aproximação com o processo civil? *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. **Reforma trabalhista ponto a ponto**. São Paulo: LTr, 2018.



COMENTÁRIOS à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUTRA, Renata Queiroz. A regulação pública do Trabalho e a Reforma Trabalhista: impactos e reações do Poder Judiciário à Lei nº 13.467/2017. *In:* KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Veras de; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. (org.). **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade.** Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/17.** 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

INGLATERRA. **Magna Carta** (1912). Disponível em: <https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/magna-carta/translation.html>. Acesso em 21 fev. 2021, às 11h.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva. Consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social**, revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-104, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral.** São Paulo: LTr, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111375/2017\\_rev\\_trt09\\_v0006\\_n0061.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111375/2017_rev_trt09_v0006_n0061.pdf?sequence=4&isAllowed=y). Acesso em: 14.mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 mar. 2021, às 14h.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição.** São Paulo: LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (PGR). **Petição inicial da ADIn 5766/DF apresentada ao STF.** 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 18 abr. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAMPAIO, Marina; ALMEIDA, Paula Freitas de. **Análise de 1 (um) ano da reforma trabalhista**. Instituto Trabalho Digno, 28 nov. 2018.  
Disponível em: <http://https://trabalhodigno.org/2018/11/28/analise-de-1-um-ano-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 04 abr. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia de administração da Justiça. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho: processo de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2009.

TOLLER *et al.* Reforma trabalhista e suas implicações no acesso à justiça: uma perspectiva da pesquisa empírica em Direito. *In*: **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**. IPEA, 2020.  
Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10412/1/bmt\\_70\\_reforma\\_trabalhista.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10412/1/bmt_70_reforma_trabalhista.pdf). Acesso em: 04 abr. 2021.

**Como citar:** SORGI, Amanda Machado; BELLINETTI, Luiz Fernando. Restrições ao acesso à justiça do trabalho na lei 13.467/17: o julgamento da ADI 5766/DF e os desafios que permanecem entre o trabalhador e o acesso à justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 51-72, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p51. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 16/05/2022.  
Aprovado em: 07/10/2022.

## REDUÇÃO DO IRPJ E DA CSLL COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À SAÚDE

REDUCTION OF IRPJ AND CSLL AS AN INSTRUMENT OF ACCESS TO HEALTH

Carlos Eduardo Montes Netto\*  
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira\*\*  
João Henrique Gonçalves Domingos\*\*\*

\*Doutor em Direitos Coletivos e da Cidadania (Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP/SP). Mestre em Direitos Coletivos e da Cidadania (Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP/SP). Graduado em Direito (Centro Universitário Moura Lacerda, CUMML/SP). E-mail: carlosmontes3@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4274-0309>

\*\*Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Graduado em Direito (Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP/SP). E-mail: olavoferreira@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1067-4335>

\*\*\*Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania (Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP/SP). Graduado em Direito (Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP/SP). E-mail: domingoscomex@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9604-8217>

**Como citar:** NETTO, Carlos Eduardo Montes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; DOMINGOS, João Henrique Golçalves. Redução do IRPJ e da CSLL como instrumento de acesso à saúde. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 73-91, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p73. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O art. 15, § 1º, III, “a”, da Lei n. 9.249/95, nos termos da redação conferida pela Lei 11.727/2008, prevê a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL para as sociedades que se dedicam à atividade médico-hospitalar, observando-se questionamentos se apenas as sociedades empresárias, com registro na Junta Comercial, poderiam se valer dessa redução da carga tributária. O objetivo do presente trabalho é analisar se as sociedades simples médicas também podem desfrutar desse benefício fiscal, considerando a ausência de registro perante a Junta Comercial, nesse caso. Optou-se pela utilização do método hipotético-dedutivo, mediante a realização de uma pesquisa exploratória, incluindo revisão bibliográfica e a análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir, ao final, que o registro na Junta Comercial possui natureza meramente declaratória e o reconhecimento de que uma sociedade se organiza sob a forma de sociedade empresarial ou não deve ser fornecido empiricamente, inexistindo vedação para que as sociedades médicas em geral, ainda que constituídas sobre a forma de sociedade simples, recolham o Imposto sobre a Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro tendo por base os percentuais reduzidos de 8% e 12%, respectivamente.

**Palavras-chaves:** Acesso à saúde. Serviços hospitalares. Carga tributária. Base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Lei 11.727/2008. Sociedades simples médicas.

**Abstract:** The art. 15, § 1, III, “a”, of Law n. 9.249/95, pursuant

to the wording conferred by Law 11.727/2008, provides for the reduction of the IRPJ and CSLL calculation basis for companies engaged in medical-hospital activity, with questioning whether only business companies, registered in the Board of Trade, could avail themselves of this reduction in the tax burden. The objective of this paper is to analyze whether simple medical societies can also enjoy this tax benefit, considering the absence of registration with the Commercial Registry, in this case. The hypothetical-deductive method was used, through an exploratory research, including literature review and qualitative data analysis in order to fulfill this objective, which made it possible to infer, in the end, that registration with the Commercial Registry has a merely declaratory nature and recognition that a society is organized in the form of a business society or it must not be provided empirically, with no prohibition for medical societies in general, even if constituted as a simple society, to collect Income Tax and Social Contribution on Profit based on the reduced percentages of 8% and 12%, respectively.

**Keywords:** Access to health. Hospital services. Tax burden. IRPJ and CSLL calculation basis. Law 11.727/2008. Simple medical societies.

## INTRODUÇÃO

Conforme estabelece o art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) (BRASIL, [1988]), a saúde constitui um direito social, compreendendo a seguridade social um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social (art. 194, *caput* da CRFB/88).

O art. 196 da Lei Maior prevê que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que deve garanti-la mediante a adoção de políticas públicas que visem a redução do risco de doenças e a promoção do acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, prestados por uma rede denominada Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198 da CRFB/88).

Com relação à forma de prestação desses serviços, o art. 197 da CRFB/88 dispõe sobre a possibilidade de atuação do particular em atendimento ao próprio interesse do Estado na ampliação dos serviços de saúde, visando a universalização do acesso e em atendimento ao princípio da livre iniciativa.

No que se refere especificamente à assistência privada à saúde, o art. 199 determina que: i) as instituições privadas poderão atuar de maneira complementar ao SUS, inclusive por meio de contrato de direito público ou convênio (§ 1º); ii) a proibição da destinação de recursos públicos como forma de auxílio ou subvenção às instituições privadas que tenham finalidade lucrativa; (§ 2º) e iii) a proibição da participação direta ou indireta de empresas ou do capital estrangeiro nos serviços de assistência à saúde no país, salvo autorização legal em sentido diverso (§ 3º).

Desta forma, se é permitida (e até mesmo desejável) a participação da iniciativa privada na prestação dos serviços de saúde, em atendimento ao próprio interesse público na universalização do acesso à saúde, por outro lado, a CRFB/88 veda a concessão de auxílios ou subvenções nos casos em que se observa a finalidade lucrativa, obstando-se a criação de tributação diferenciada para empresas privadas que atuam na área de saúde.

Ocorre que até a entrada em vigor da Lei 11.727/2008 (BRASIL, 2008b), as sociedades médicas, simples ou empresárias, em razão de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizavam-se da presunção de 8% para apuração do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e de 12% para a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), sendo que, após essa a alteração legislativa, passou-se a entender que, somente as sociedades empresárias, assim entendidas como aquelas devidamente inscritas na Junta Comercial, é que poderiam se utilizar dessa presunção de 8%, devendo as demais pessoas jurídicas, notadamente as sociedades simples, submeterem-se à presunção de 32%, mesmo que, de fato, atuem como entidades empresárias e tenham sido constituídas antes do Código Civil (CC) (BRASIL, [2002b]).

A análise da tributação dos serviços privados de saúde constitui um tema de grande relevância prática e social, considerando que quanto menor for o custo para a sua prestação, menor será o custo para o consumidor e maior será a possibilidade de acesso das pessoas, contribuindo para o bem-estar de toda a coletividade e atendimento do interesse público, ensejando, inclusive, a redução da presença do Estado na área e a concentração de investimentos no atendimento aos

mais necessitados.

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica pela necessidade de analisar se é justificável a diferença de tratamento conferida às sociedades médicas simples ou empresárias, considerando a existência de inscrição na Junta Comercial, diante da repercussão do assunto no próprio acesso à saúde e da escassez de estudos específicos sobre o tema.

Buscando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da CRFB/88, de normas infraconstitucionais, valendo-se da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do STJ e de outros Tribunais nos âmbitos judicial e administrativo.

O presente estudo abordará: i) a legislação tributária em geral, incluindo a análise do potencial da utilização da tributação como possível elemento de redução das desigualdades e de promoção do acesso aos serviços de saúde; ii) o lucro presumido nos termos do art. 15, § 1º, III, “a” da lei 9.249/95 (BRASIL, 1995), diante da alteração promovida pela Lei 11.727/2008 e do entendimento da Receita Federal do Brasil, que passou a exigir o registro na Junta Comercial para a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL; iii) a interpretação da exigência de registro na Junta Comercial prevista na Lei 11.727/2008, visando a adoção de uma interpretação justa e compatível com o ordenamento jurídico com relação ao objeto deste estudo; iv) a divergência de entendimentos nas decisões proferidas na esfera administrativa; e v) o entendimento da jurisprudência antes e após a entrada em vigor da Lei 11.727/2008, que confrontou uma série de decisões desfavoráveis ao fisco, inclusive do STJ, que reconheciam a possibilidade da redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL para as sociedades simples médicas.

## 1 DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

No que se refere à legislação tributária, é necessário destacar que existe uma regra de outorga de competência, que apresenta como ponto de partida a CRFB/88, que dedica um Título específico para tratar da tributação, do orçamento e do sistema tributário nacional – arts. 145 a 162, além das disposições do art. 195 da CRFB/88.

Carvalho (2011) enfatiza que o direito positivo possui uma estrutura hierarquizada de normas, que se opera no campo formal e material, sendo que cada uma das normas se encontra fundada em outras normas superiores, apresentando a Lei Maior um papel de fundamental importância.

A propósito, Carvalho (2009) observa que o sistema do direito positivo tem uma particularidade, pois os elementos que o compõe (normas jurídicas) são dispostos em uma estrutura hierarquizada, ou seja, uma determinada norma N1 encontra fundamento de existência jurídica em outra norma N2, que por sua vez encontra fundamento de validade em outra norma N3.



A arrecadação de tributos possui diferentes finalidades, desde a geração de receita primária aos entes públicos, até interferência na atividade econômica, estimulando (ou não) determinada atividade, contribuindo, ainda, para a concretização de políticas sociais, notadamente na área da saúde.

No que se refere aos tributos de competência federal, o art. 153 da CRFB/88 prevê a competência para a instituição do IR e os arts. 149 e 195 cuidam das contribuições, a exemplo da CSLL.

Além da função arrecadatória, os tributos também se prestam a objetivos econômicos e sociais, a exemplo do art. 170 da CRFB/88, que revela o caráter intervencionista do Estado Brasileiro, estimulando a criação e a proteção do emprego, a correção dos desequilíbrios sociais, a implantação de políticas urbanísticas, dentre outros (CARRAZZA, 2009).

A União Federal possui ainda outra importante fonte de arrecadação representada pelas contribuições, que possibilitam a criação de novas materialidades (artigo 195, § 4º) e, ainda, a modificação da base de cálculo e da alíquota, respeitando-se apenas a anterioridade nonagesimal. Destaca-se que as contribuições não são objeto de partilha da arrecadação, como ocorre com o IR, o ITR, o IPVA e o IPI. As contribuições sociais e para a seguridade social, nos termos dos arts. 149 e 195 CRFB/88, autorizam a instituição, arrecadação e fiscalização da CSLL, objeto deste estudo.

Para cada um dos tributos elencados acima devem ser editadas as respectivas leis ordinárias, visando a sua cobrança, arrecadação e fiscalização, assim como normas infralegais, que somente podem versar sobre a operacionalização da cobrança sem, contudo, inovar no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, uma lei tributária deverá conter um fato de conteúdo econômico e a sua vinculação ao Estado, criando a obrigação de pagamento de um (sujeito passivo) a outro (sujeito ativo). A propósito, Carvalho define a regra matriz de incidência:

A construção da regra-matriz de incidência, assim como de qualquer norma jurídica, é obra do intérprete, a partir dos estímulos sensoriais do texto legislado. Sua hipótese prevê fato de conteúdo econômico, enquanto o consequente estatui vínculo obrigacional entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na condição de sujeito ativo, e uma pessoa física ou jurídica, particular ou pública, como sujeito passivo, de tal sorte que o primeiro ficará investido do direito subjetivo público de exigir, do segundo, o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Em contrapartida, o sujeito passivo será cometido do dever jurídico de prestar aquele objeto. Essa meditação nos autoriza a declarar que, para obter-se a fórmula abstrata da regra matriz de incidência, é mister isolar as proposições em si, como formas de estruturas sintáticas; suspender o vector semântico da norma para as situações objetivas, constituídas por eventos do mundo e por condutas; e desconsiderar os atos psicológicos de querer e pensar a norma. Efetuadas as devidas abstrações lógicas, identificaremos, no descritor da norma, um critério material (comportamento de uma pessoa representado por verbo pessoal e de predicação incompleta, seguido pelo complemento), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência, observaremos um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério

quantitativo (base de cálculo e alíquota). (CARVALHO, 2011, p. 610-611).

Assim, uma norma tributária completa necessita da conjugação dos critérios do antecedente (material, espacial e temporal) e do consequente (pessoal e quantitativo, neste caso, base de cálculo e alíquota).

Cada norma tributária, observado o que dispõe o texto constitucional, poderá eleger diferentes critérios, sendo que, em cada um deles, poderá haver substanciais diferenças, inclusive na adoção da base de cálculo e da alíquota, por diferentes razões, sejam elas decorrentes do próprio texto constitucional (como a progressividade de alíquotas, a seletividade do IPI, o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, dentre outras) ou, ainda, objetivando-se a promoção de políticas públicas.

No entanto, a existência de alíquotas e bases de cálculos distintas, em momento algum, confundem-se com a subvenção ou auxílio para sociedades privadas. No direito tributário, ainda, é preciso conjugar essa possibilidade de mitigação do direito de propriedade, consistente na autorização constitucional para a cobrança de tributos, com as limitações constitucionais ao poder de tributar, consubstanciadas nos princípios constitucionais tributários e nas imunidades.

Outra norma importante recepcionada com status de lei complementar é o Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, [1966]), que possui a função de coordenação do sistema tributário. O CTN cuida da estipulação de regras gerais e também sobre normas que dispõem sobre os conflitos de competência entre os entes tributantes, além das limitações constitucionais ao poder de tributar, que se revelam nos princípios constitucionais tributários, nas imunidades, na prescrição e na decadência.

Machado (2017) ressalta que a lei ordinária e a lei complementar são espécies normativas distintas e que as leis ordinárias editadas antes da CRFB/88, que tratam de matérias reservadas à lei complementar, foram recepcionadas como lei complementar, a exemplo do CTN, ressalvando-se que não há hierarquia entre elas, conforme assentou o STF por ocasião do julgamento da isenção da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) com relação às sociedades civis de profissão regulamentada (BRASIL, 2012b).

O sistema tributário brasileiro é complexo, denominado por Becker (2004) de manicômio jurídico tributário, apresentando diferentes regimes de tributação, permitindo que uma determinada sociedade, empresarial ou não, possa optar pela tributação pelo Sistema Unificado de Pagamento de Impostos e Contribuições – Simples, pelo lucro real ou lucro presumido, com regras específicas em cada um dos casos, escapando o aprofundamento de cada uma dessas situações dos limites do presente estudo.

Observa-se, ainda, que a tributação pode funcionar como forte elemento de extrafiscalidade e, nesse contexto, ao se reduzir a carga tributária de um importante setor como o da saúde, propicia-se boas condições para uma existência digna, garantindo-se a intributabilidade do mínimo e evitando-se o atropelamento de direitos fundamentais fundados na justificativa arrecadatória (CASTRO, 2019).

Nessa perspectiva, a tributação pode consistir um forte elemento para a reforma social, visando a redução de desigualdades, diminuindo a distância entre a parcela mais rica e a parcela mais pobre de sua população, ampliando-se o acesso à saúde (BALEEIRO, 2004).

Não se está aqui a defender que a tributação seja a solução para resolução do problema do acesso à saúde no país, mas sim o seu potencial como elemento de redução das desigualdades e de concretização desse importante direito social.

## **2 O LUCRO PRESUMIDO NOS TERMOS DO ART. 15, § 1º, III, “A” DA LEI 9.249/95, DIANTE DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 11.727/2008**

A opção pelo lucro presumido constitui um regime tributário simplificado para a determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sendo o mesmo diferente para diversas atividades, inclusive do ramo industrial, comercial e da prestação de serviços (a presunção é de 8,0% em regra geral, 16% para serviços de transporte que não sejam de carga e de 32% para prestação de serviços em geral).

A sua opção também implica diferença na tributação dos Programas de Integração Social (PIS) e da COFINS, considerando que, no lucro presumido, o PIS e a COFINS são calculados pela regra da cumulatividade, com alíquotas respectivas de 0,65% e 3% sobre o faturamento, ao passo que no Lucro Real a apuração é pela sistemática da não-cumulatividade e com alíquotas maiores (1,65% para o PIS e 7,6% para a Cofins – em regra geral), mas sem reflexos no presente estudo.

De acordo com Carrazza (2009), a opção ao lucro presumido é facultativa para as empresas, cujo limite é estabelecido em lei e de acordo com o ano-calendário, podendo proporcionar vantagens e desvantagens a sua utilização.

Para o lucro presumido, como regra geral, a base de cálculo é de 8% e a alíquota do IRPJ de 15%; a base de cálculo da CSLL é de 12% e a alíquota de 9%. Assim, para um faturamento hipotético de R\$ 50.000,00, será considerado 8% de base de cálculo para o IRPJ (R\$ 4.000,00) e de 12% para a CSLL (R\$ 6.000,00), sendo que sobre essas mesmas bases de cálculo deverão ser aplicadas as alíquotas de 15% de IRPJ (R\$ 600,00) e de 9% da CSLL (R\$ 540,00), resultando no montante do tributo devido.

Em razão do disposto no art. 15, § 1º, III, alínea “a” da Lei 9.249/95, com a redação conferida pela Lei 11.727/2008, as empresas médicas organizadas sobre a forma de sociedade empresária e que atendam às normas da Anvisa, quando optantes do lucro presumido, apuram a base de cálculo para incidência do IRPJ e CSLL mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente, sobre a sua receita bruta.

Constituem condições para a sociedade que presta serviços na área médica usufruir da base de tributação de 8%: i) ser organizada sob a forma de sociedade empresária; e ii) atender às normas da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

A alteração legislativa confrontou uma série de decisões desfavoráveis ao fisco, inclusive

no âmbito do STJ, que reconheciam a possibilidade da redução da base de cálculo para as sociedades médicas, excluindo-se as simples consultas, ainda que prestadas fora do ambiente hospitalar, considerando os seus serviços como complementares à assistência à saúde.

O STJ, inclusive, sedimentou a questão, quando do julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.116.399/BA (BRASIL, 2009), sob a sistemática dos recursos repetitivos definiu que se consideram serviços hospitalares aqueles que:

[...] se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde”, de sorte que, “em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.

Somente depois dessas decisões é que a Lei 11.727/2008 incluiu a exigência de a sociedade ser organizada sobre a forma de sociedade empresária e respeitar as normas da Anvisa. Várias instruções normativas da Receita Federal passaram a tratar do tema. A Instrução Normativa 1.234/2012 (BRASIL, 2012a) pretendeu definir o que são considerados serviços hospitalares, ainda que em desacordo com o entendimento consolidado do STJ. Já a Instrução Normativa 1.540/2015 (BRASIL, 2015a) se alinhou ao entendimento do STJ e preconizou que, para a redução da base de cálculo, era necessária a aplicação da Resolução RDC 50 da Anvisa (BRASIL, 2002a), destacando que seriam consideradas atividades hospitalares aquelas descritas nos itens 1 a 4 da RDC 50 da Anvisa, quais sejam: i) atendimento em regime ambulatorial e de hospital-dia; ii) atendimento imediato; iii) atendimento em regime de internação; e iv) atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia. Cada uma dessas atribuições possui uma série de divisões nas mais variadas atividades médicas.

Nesse contexto, todos os serviços hospitalares complementares e essenciais à promoção da saúde, com exceção das simples consultas médicas, são considerados atividades médico-hospitalares, ainda que prestados fora do ambiente de um hospital, como é o caso das clínicas médicas.

Diante desse cenário legislativo, a Receita Federal do Brasil passou a entender que para uma sociedade que exerça atividade médico-hospitalar utilizar a base de cálculo de 8% para cálculo do IRPJ e de 12% para a CSLL, deverá ela ser registrada na Junta Comercial do respectivo estado e atender às normas constantes da Resolução RDC 50 da Anvisa, excluindo-se as sociedades simples, ao entendimento de que a elas não se aplica essa forma de tributação.

Nesse sentido, o § 4º, do art. 33 da Instrução Normativa 1.700 (BRASIL, 2017b), dispõe expressamente que o benefício não se aplica às pessoas jurídicas organizadas sobre a forma de sociedade simples e em ambientes de terceiros.

É o que também se depreende da Solução de Consulta COSIT 195 (BRASIL, 2019), que consigna, ainda, que as atividades hospitalares possuem custos diferenciados e, diante disso, realmente deve obedecer às normas da RDC 50 da ANVISA e estar organizada de fato e de direito

como sociedade empresária.

Em decorrência disso, na visão do Fisco e na maioria das decisões administrativas e judiciais que se tem conhecimento “ser organizada de fato e de direito como sociedade empresária” significa estar devidamente registrada na Junta Comercial do respectivo estado federado.

Importante notar que a justificativa adotada na Solução de Consulta acima descrita, para a “vedação” à utilização da base de cálculo reduzida para as sociedades simples, encerra-se, unicamente, no argumento econômico, ou seja, somente uma empresa organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, nos termos do art. 966 do CC, suportaria custos diferenciados em relação à prestação de serviços por parte dos próprios sócios, devendo, assim, ser considerada sociedade empresária de fato e de direito.

### **3 A INTERPRETAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL PREVISTA NA LEI 11.727/2008**

Conforme apontado na seção anterior, para usufruir do benefício da redução da base de cálculo, a empresa deve estar enquadrada de fato e de direito como sociedade empresária<sup>1</sup>, além de atender as normas da RDC 50 da Anvisa.

Tanto as sociedades de fato como as sociedades irregulares não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no “registro peculiar”, que é o Registro Público de Empresas Mercantis. Convém esclarecer que essas entidades não perdem a sua condição de sociedades empresárias pela simples falta do registro, que tem conteúdo meramente declaratório de uma situação preexistente (a condição de empresário).

Segundo Coelho (2012), empresário é a pessoa, física ou jurídica, que toma a iniciativa de organizar uma determinada atividade econômica e que nasce com a união de esforços de seus integrantes, implicando a falta do registro da empresa em consequências, sendo a principal dela a responsabilidade ilimitada dos sócios.

Martins (2017) denomina como sociedade empresária a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim lucrativo, porém, passível de registro. As sociedades empresárias podem ser limitadas ou ilimitadas e as suas atividades não são, necessariamente, desempenhadas pelos seus sócios.

Já as sociedades simples ou pessoais têm como principal característica o fato de que os seus sócios exercem a atividade de forma liberal, sendo forte o elemento da pessoalidade, representada pela figura do sócio e, no caso de falência, diferentemente das sociedades empresárias, que podem, inclusive se recuperar, os sócios assumem a condição de recuperação com os seus bens pessoais.

Diante do caráter eminentemente declaratório dos atos praticados pelas Juntas Comerciais, observa-se que a organização sob a forma de sociedade empresária não significa, necessariamente,

---

<sup>1</sup> Nos termos do art. 15, III, “a” da Lei 9.249/95, verifica-se a exigência de que a prestadora dos serviços médicos seja organizada sob a forma de sociedade empresária.

a inscrição em qualquer órgão. A partir da Lei 8.934/94 (BRASIL, 1994), qualquer sociedade com finalidade econômica, poderia se registrar na Junta Comercial, o que restou, significativamente alterado pelo CC, que determinou o registro das sociedades simples no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Ocorre que o CC revogou o Código Comercial de 1850, que trazia uma classe especial de pessoas, o comerciante, baseada nos denominados “atos de comércio”, ou seja, comerciante era aquele que fazia a compra e venda de mercadorias para revenda. O CC se baseou na “teoria da empresa”, afirmando que a empresa deve ser entendida como o exercício de uma atividade economicamente organizada com vistas à produção de bens ou serviços, com objetivo de lucro. O conceito jurídico de comerciante deixou de existir, substituído pelo de empresário. Não se trata, porém, de uma singela mudança de nomenclatura, posto que as figuras do empresário e do comerciante não se identificam.

A propósito, Negrão (2017) sustenta que o enfoque do legislador na teoria dos atos de comércio, ao qualificar a pessoa física ou jurídica como comerciante, prende-se à prática reiterada e habitual de atos reputados, historicamente ou por força de lei, como comerciais, uma vez que na teoria da empresa, desloca-se o núcleo da distinção para a empresa, considerando essa como o exercício profissional de uma atividade econômica, organizada, de produção ou circulação de bens e serviços.

Desta forma, a mera inscrição do empresário ou da sociedade empresária na Junta Comercial apenas declara uma situação existente, possuindo natureza eminentemente declaratória, considerando que os fatores de organização da produção demonstram o caráter empresarial da prestação dos serviços de saúde, ainda que o registro da sociedade seja realizado como “sociedade simples”.

A consequência disso, notadamente para fins tributários, não pode ser a impossibilidade do gozo de um benefício fiscal criado para se propagar, na maior extensão possível, os serviços de saúde, ainda que prestados por particulares.

A atividade médica, diante de suas diversas particularidades, necessita, na sua essência, da participação de um profissional responsável pelos atos médicos, mormente seus sócios, sem que isso afaste uma necessária organização empresarial. Adote-se, como exemplo hipotético, uma clínica radiológica, apta a realizar exames gestacionais, ultrassom, ressonância, imagens, dentre outras, composta por cinco sócios, na qual todos exercem suas atividades nessa mesma sociedade. Haverá, necessariamente, um grande investimento em equipamentos, na sua organização interna, com a contratação de atendentes, organização de horários e fluxo de pacientes, enfermeiros, material necessário à impressão dos exames, avaliação, gravação, limpeza, remoção de material hospitalar, dentre inúmeros outros. Essa clínica será constituída, formalmente como sociedade simples, mas apesar disso exercerá a sua atividade de forma organizada, com fins econômicos, de modo a obter lucro na circulação do seu serviço. O mesmo ocorreria, se a mesma estivesse registrada na Junta Comercial.

Assim, tal como assentado pelo STJ no RESP 1.116.399/BA, a atividade desempenhada



pela sociedade é que deverá ser condicionante para a sua tributação e não o seu modelo societário. Se uma sociedade simples ou uma sociedade empresária exercem atividades médicas de forma organizada com visando a circulação econômica de seus serviços, excluindo-se as meras consultas, devem fazer jus à tributação diferenciada para a atividade médico-hospitalar, não se justificando a distinção para fins de fruição ou não do benefício fiscal a simples condição de sociedade simples e/ou empresária, considerando que, para fins tributários, o montante arrecadado será o mesmo, ou seja, uma sociedade simples no lucro presumido recolhe o mesmo percentual de uma sociedade empresária no lucro presumido, o que permite inferir que a forma de constituição do sujeito passivo não constitui elemento essencial para a concessão da benesse, mas sim o fato de a atividade ser ou não hospitalar.

Voltando ao exemplo da mesma clínica radiológica, se no ano de 2008, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.727/2008, tivesse investido em equipamentos modernos exercendo suas atividades com o auxílio de funcionários, como enfermeiros, fisioterapeutas, técnicos em radiologia, atendentes, secretárias, limpeza especializada, dentre outros. Após a entrada em vigor da Lei 11.727/2008, apenas por não ter registro na Junta Comercial, deixaria de exercer atividade empresarial?

O art. 53 do CC identifica a diferença entre sociedade e associação, sendo a sociedade aquela constituída pela união de pessoal com finalidade econômica e, conseqüentemente, empresário “quem exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (CC, art. 966).

O próprio CC, quando assim pretendeu, expressamente determinou quais atividades são consideradas simples e, ainda assim, registradas na Junta Comercial, como é o caso das cooperativas. Com base no art. 18 da Lei n. 5.764/71 (BRASIL, 1971) e no art. 32, II, “a” da Lei n. 8.934/94, as Sociedades Cooperativas, ainda que sempre simples, são registradas nas Juntas Comerciais. Ainda, o art. 1.150 do CC descreve a possibilidade de sociedades simples adotarem um dos modos da sociedade empresária.

De acordo com o art. 1º da Lei 8.934/94, o registro na Junta Comercial possui as seguintes finalidades: i) garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis (inciso I); ii) cadastrar empresas nacionais e estrangeiras que atuam no país e manter a suas informações atualizadas (inciso II); iii) “proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento” (inciso III).

Assim, tem-se que a principal finalidade do registro é conferir personalidade à pessoa jurídica, constituindo-se apenas em requisito de regularidade, com caráter declaratório, tendo em vista que se considera empresário quem pratica atividade empresária nos moldes do art. 966 do CC, ainda que de forma irregular.

Na área médica, mesmo nas chamadas sociedades simples, nas quais o sócio presta serviços, quando tal prestação é feita com o concurso de empregados e outros profissionais, identifica-se a organização empresarial para a circulação de bens e serviços, inclusive com insumos, tecnologia,

sempre visando o lucro sem, contudo, registro na Junta Comercial.

Ainda que registrada no Cartório de Registro Civil, pode uma sociedade médica, como sociedade simples, possuir todas as características e requisitos para a caracterização do exercício de atividade empresarial na área médico hospitalar com atendimento complexo, estrutura e equipamentos de ambiente hospitalar, tratando-se de empresa organizada para a prestação de serviços com o intuito de lucro, não sendo lícita ou razoável a exigência de registro na Junta Comercial para fins de redução da base de cálculo do IRPJ da CSLL.

Ressalta-se que a CRFB/88, por meio dos arts. 6º, 196, 197 e 199, consagra um sistema protetivo e inclusivo de assistência à saúde, seja por intermédio do SUS, seja por terceiros, possibilitando aos particulares a exploração dessa atividade econômica, inclusive com a possibilidade de redução dos custos do sistema, principalmente pelo ajuste da carga tributária.

Nesse contexto, destaca-se que a Lei 11.727/2008 é fruto da conversão da Medida Provisória 413 de 2008 e as disposições aqui debatidas sequer constam da sua exposição de motivos:

Tenho a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência proposta de Medida Provisória que dispõe sobre medidas tributárias destinadas a estimular os investimentos e a modernização do setor de turismo, reforçar o sistema de proteção tarifária brasileiro e estabelecer a incidência de forma concentrada da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS na produção e comercialização de álcool (BRASIL, 2008b).

O CTN, em seus arts. 108 e seguintes, aponta para um caminho interpretativo da questão, ao dispor que na ausência de disposição expressa, a autoridade valer-se-á da analogia, dos princípios gerais de direito tributário, dos princípios gerais de direito público e da equidade. O art. 111 do CTN, determina que se interprete literalmente legislação que disponha sobre outorga de isenção, demonstrando que se deve ter clareza na interpretação da legislação tributária, sob pena de se adotar uma tributação injusta ou desproporcional, não servindo o interesse público com argumento para a adoção de interpretações arbitrárias:

É comum ver-se a invocação do interesse público para justificar interpretações canhestras, e até mesmo a utilização de meios de integração, no sentido de viabilizar a cobrança de tributos não previstos em lei, o que é absolutamente inadmissível. Não se nega a importância do interesse público. Aliás, é exatamente em razão dele que se justifica o tributo. Quando admitimos pagar impostos que absorvem parcela do que possuímos (impostos sobre o patrimônio), parcela significativa do preço de quase tudo que compramos (impostos sobre o consumo de bens e serviços) e, ainda, parcela significativa do que ganhamos (impostos sobre a renda), é exatamente porque reconhecemos o interesse público que há de ser tutelado pelo Estado. Entretanto, nosso dever de solidariedade social, nosso dever de preservar o interesse público, em matéria de tributação, é delimitado pela lei tributária, que estabelece os critérios para a quantificação dos tributos que devemos pagar. Não é válida, portanto, a invocação do interesse público para

justificar a exigência de tributo maior que o devido nos termos da lei.

O interesse público não se presta para fundamentar uma posição apriorística do interesse da lei tributária a favor do Fisco. O verdadeiro interesse público, aliás, reside na adequada interpretação da Constituição e das leis, de sorte que os ditames de seus dispositivos não restem amesquinados. (MACHADO, 2017, p. 321).

Destarte, em termos interpretativos da legislação tributária, o interesse maior é o atendimento à legalidade, com a edição de normas claras, precisas e que demonstrem a real intenção do legislador, devendo ser sempre adotada uma interpretação justa, compatível com o ordenamento jurídico e, especialmente, com a CRFB/88.

#### **4 DA DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS NAS DECISÕES PROFERIDAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA**

A possibilidade de aplicação da base de cálculo de 8% para cálculo do IRPJ e de 12% para a CSLL pelas sociedades simples médicas, sem registro na Junta Comercial, é objeto de divergência nas decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), inclusive no ano de 2021.

No acórdão 1201-005.083 (BRASIL, 2021a), o CARF assentou que para a determinação do coeficiente de lucro presumido da atividade de prestação de serviços hospitalares “é necessário que a prestadora destes serviços seja organizada de fato e de direito sob forma de sociedade empresária”, implicando na necessidade de registro na Junta Comercial.

No entanto, conforme destacado na seção anterior, a inscrição na Junta Comercial possui apenas caráter declaratório e não constitutivo quanto à existência de uma atividade empresarial. Assim, ainda que ausente tal registro, uma sociedade, mesmo que constituída sob a forma de sociedade simples, mas que se organiza empresarialmente para a prestação de serviços, faria jus ao recolhimento do IRPJ e da CSLL, com as bases reduzidas de 8% e 12%, respectivamente.

Esse tipo de entendimento privilegia a essência em detrimento da forma. Se uma sociedade sempre se organizou como empresária (essência), deve ser tratada dessa forma, independente da forma (simples ou empresária sujeita a registro na junta comercial) e da sua constituição.

Nesse sentido, verifica-se a existência de precedentes do CARF, em situações diversas da analisada no presente estudo, reconhecendo, com fundamento no princípio da verdade material, a prevalência da essência sobre a forma, a exemplo do acórdão 2302-003.634:

Cabível o reenquadramento da empresa como produtor rural pessoa jurídica, a partir da constatação de que teve produção agrícola própria, e de que inexistia atividade econômica autônoma dissociada de seu processo produtivo típico, nas formas definidas na legislação tributária (BRASIL, 2017a).

O acórdão 105-17.003 (BRASIL, 2008a), no que se refere especificamente aos efeitos do registro na Junta Comercial, consigna que não se trata do elemento essencial para se considerar uma sociedade como empresária:

Entretanto, o registro de uma sociedade da Junta Comercial não a torna, necessariamente, uma sociedade empresária, posto que é a exploração da empresa, ou seja, o efetivo exercício da atividade econômica organizada que faz uma sociedade ser empresária. Desta forma, o registro da sociedade é classificado como declaratório e não constitutivo de sua natureza jurídica (BRASIL, 2008a).

Recentemente, o CARF concluiu que uma empresa constituída antes da vigência do CC e registrada como sociedade simples, mas que sempre atuou de forma empresarial, deve ter reconhecido o direito ao recolhimento a menor de IRPJ e CSLL por conta da atividade hospitalar:

A formalização da pessoa jurídica como sociedade simples não afasta, por si só, a sua natureza de sociedade empresária, quando os elementos constantes dos autos demonstram que a contribuinte exerce atividade econômica organizada, conforme requisito legal do Art. 15, §1º, III, alínea “a, da Lei nº 9.249/95 (BRASIL, 2021b).

Destarte, em que pese a divergência de entendimentos sobre o assunto, considerando que o registro na Junta Comercial possui natureza meramente declaratória, o reconhecimento de que uma sociedade se organiza sob a forma de sociedade empresarial deve ser fornecido empiricamente, inexistindo vedação para que as sociedades simples médicas que se dediquem à atividade médico hospitalar, nos termos da Resolução RDC 50 da Anvisa (itens 1 a 4), recolham o IRPJ e a CSLL, tendo por base os percentuais reduzidos de 8% e 12%, respectivamente.

## **5 O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.727/2008**

Conforme se destacou anteriormente, a alteração legislativa promovida pela Lei 11.727/2008 confrontou uma série de decisões desfavoráveis ao fisco, que reconheciam a possibilidade da redução da base de cálculo para as sociedades simples médicas, excluindo as simples consultas, ainda que prestadas fora do ambiente hospitalar, considerando os seus serviços como complementares à assistência à saúde, tendo sido esse entendimento sedimentado pelo STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.116.399/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Entretanto, no AgInt nos EDcl no Agravo em REsp 1.813.365-SP (BRASIL, 2021c), a Corte Especial assentou o entendimento de que a partir da entrada em vigor da Lei 11.727/2008:

[...] somente as sociedades organizadas sob a forma de sociedade empresária é

que poderão apurar o IRPJ e a CSLL com alíquotas de 8% e 12% sobre a receita bruta auferida com a prestação de serviços hospitalares, não há que se falar em reforma do julgado”. Tal entendimento, firmado pelo Tribunal **a quo**, no sentido da não ocorrência, no caso, de organização sob a forma de sociedade empresária, não pode ser revisto, pelo Superior Tribunal de Justiça, por exigir o reexame da matéria fático-probatória dos autos.

Da mesma forma, no AgRg no REsp 1.383.586/RS (BRASIL, 2015b), o STJ esclareceu que para os fatos geradores ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 11.727/2008 deve ser seguido o entendimento consolidado no REsp 1.116.399/BA. Após a entrada em vigor da atual legislação, no entanto:

[...] deve-se prestigiar, contudo, as alterações promovidas no art. 15, §1º, III, “a”, da Lei 9.249/95, relativamente à exigência de constituição da prestadora de serviços sob a forma de sociedade empresária. Reconhecendo o Tribunal de origem ser a recorrente uma sociedade simples, visto que não comprovou estar inserida na categoria das sociedades empresárias, é de ser mantido o acórdão recorrido por estar em conformidade com o entendimento desta Corte.

No mesmo sentido são as decisões proferidas no REsp 1.449.067/RS (BRASIL, 2014) e no AgRg no REsp 1.482.235/SC (BRASIL, 2015c), sendo esse entendimento também seguido, por exemplo, em julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (PORTO ALEGRE, 2018), do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SÃO PAULO, 2021, 2018), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRASÍLIA, 2018).

Desta forma, não se verifica a mesma divergência apontada na seção anterior com relação às decisões administrativas proferidas pelo CARF no âmbito da jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões, por exemplo, que exigem o registro na Junta Comercial para que a sociedade possa se valer da tributação diferenciada, ignorando a natureza meramente declaratória desse tipo de registro e o fato de que o reconhecimento de que uma sociedade se organiza sob a forma de sociedade empresarial deve ser fornecido empiricamente, conforme se destacou no presente estudo, em prejuízo à promoção do acesso à saúde por meio dos serviços prestados pela rede privada.

## CONCLUSÃO

A CRFB/88 prevê a saúde como direito social do cidadão, assegurando o acesso universal, igualitário e gratuito. Ainda de acordo com o texto constitucional, compete ao Estado a condução de políticas sociais e econômicas que visem efetivar o acesso aos serviços de saúde, sendo a adequação da carga tributária incidente sobre as atividades relacionadas à área médica um componente essencial para que mais pessoas possam desfrutar desse direito fundamental.

Os arts. 197 e 199 da CRFB/88, conjugados com os princípios da livre iniciativa,

evidenciam que são de relevância pública os serviços de saúde, inclusive os prestados por terceiros e por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Na gradação dos tributos, em razão de diversos fatores, podem ser eleitas diferentes bases de cálculo e alíquotas, especialmente num regime tributário complexo, como o brasileiro, inclusive com a possibilidade de adoção de formas diferentes de apuração do lucro (simples, real ou presumido)

Com relação às sociedades médicas optantes pelo lucro presumido, desde que atendidas as normas da ANVISA e que pratiquem sua atividade de maneira organizada, de forma a se identificar uma atividade empresarial, indica-se a possibilidade da redução da base de cálculo para apuração do IRPJ e da CSLL, para os percentuais de 8% e 12%, respectivamente, nos termos do art. 15, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Lei n. 9.249/95, com a redação conferida pela Lei 11.727/2008, com respaldo, inclusive, no entendimento do STJ sobre o alcance da atividade médico-hospitalar, que não precisa, necessariamente, ser prestada dentro do ambiente de um hospital, podendo ser realizada em clínicas, excetuando-se as simples consultas médicas.

Apesar disso, com base em atos infralegais, a Receita Federal do Brasil possui o entendimento de que somente as sociedades médicas, constituídas de fato e de direito sob a forma de sociedade empresária, é que podem recolher na forma acima, adotando uma interpretação restritiva e equivocada do art. 15, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Lei n. 9.249/95, com a redação conferida pela Lei 11.727/2008, que ignora o interesse constitucional na universalização dos serviços de saúde, sem se valer de qualquer justificativa razoável e válida para se condicionar o recolhimento com bases reduzidas de tributação a supostos custos mais elevados, simplesmente pela existência de registro na Junta Comercial.

Assim, em que pese a divergência existente sobre o assunto, sugere-se no presente estudo a prevalência da essência sobre a forma, de modo que, mesmo constituída como sociedade simples, as atividades médicas, quando organizadas economicamente para a prestação de serviços médicos, que não se resumam a meras consultas, devem recolher o IRPJ e a CSLL, com as bases reduzidas de 8% e 12%, respectivamente.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do direito tributário**. São Paulo: LEJUS, 2004.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. **Resolução-RDC 50 de 21 de fevereiro de 2002a**. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2002/rdc0050\\_21\\_02\\_2002.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2002/rdc0050_21_02_2002.html). Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federal. **Lei Federal 5.764/71, de 16 de dezembro de 1971**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5764-16-dezembro->



1971-357788-norma-pl.html. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federal. **Lei Federal 8.934/94, de 18 de novembro de 1994**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm). Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n.º 5.172/66, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). Acesso em: 08 mar 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão 105.17.003, extraído do processo n. 10183.002149/2004-18**. Publicado em 10 set. 2008a. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão n. 1201-005.083, extraído do processo n. 10670.722431/2019-18**. Publicado em 16 de setembro de 2021a. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão n. 1401-005.652, extraído do processo n. 10840.720687/2014-79**. Publicado em 20 de julho de 2021b. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão 2302.003.634, extraído do processo n. 13855.721130/2012-12**. Publicado em 31 out. 2017a. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 03 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm). Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002b**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal 11.727, de 23 de junho de 2008b**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11727.htm#art29](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11727.htm#art29). Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa 1.234, de 11 de janeiro de 2012a**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37200#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reten%C3%A7%C3%A3o%20de,fornecimento%20de%20bens%20e%20servi%C3%A7os>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa 1.540, de 06 de janeiro de 2015a**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=59937>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa 1.700, de 14 de março de 2017b**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268&visao=anotado>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta COSIT 195, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=101592>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 1.813.365/SP**. Segunda Turma, Brasília, DF, j. 20 set. 2021c. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/c.p?livre=BASE+CALCULO+DE+8%25+IRPJ+12%25+CSLL+SOCIEDADES+SIMPLES+MEDICAS&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/c.p?livre=BASE+CALCULO+DE+8%25+IRPJ+12%25+CSLL+SOCIEDADES+SIMPLES+MEDICAS&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.383.586/RS**. Primeira Turma, Brasília, DF, j. 08 set. 2015b. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/c.p?livre=BASE+CALCULO+DE+8%25+IRPJ+12%25+CSLL+SOCIEDADES+SIMPLES+MEDICAS&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/c.p?livre=BASE+CALCULO+DE+8%25+IRPJ+12%25+CSLL+SOCIEDADES+SIMPLES+MEDICAS&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.116.399/BA**. Primeira Seção, Brasília, DF, j. 28 out. 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/A?seq=924983&tipo=0&nreg=200900064810&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100224&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.449.067/SC**. Segunda Turma, Brasília, DF, j. 20 mai. 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35564070&num\\_registro=201400869563&data=20140822&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35564070&num_registro=201400869563&data=20140822&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.482.235/SC**. Segunda Turma, Brasília, DF, j. 10 fev. 2015c. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43047083&num\\_registro=201402374153&data=20150320&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43047083&num_registro=201402374153&data=20150320&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 677.589 AgR**. Primeira Turma. Brasília, DF, j. 29 mai. 2012b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211298/false>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **EDAC 00139680320084013800**. Sétima Turma. Brasília, DF, j. 13 mar. 2018. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894127361/embargos-de-declaracao-na-apelacao-civel-edac-edac-139680320084013800/relatorio-e-voto-894127368>. Acesso em: 07 nov. 2021.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO,

CASTRO, Anna Lúcia Malerbi de. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e a norma jurídica tributária**. São Paulo: Noeses, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARTINS, Frans. **Curso de Direito Comercial**. 40. ed. Forense, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. 14. ed. Saraiva, 2017.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 5002202-42.2017.4.04.7202**. Segunda Turma. Porto Alegre, RS, j. 06 mar. 2018. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/554340921/apelacao-civel-ac-50022024220174047202-sc-5002202-4220174047202/inteiro-teor-554340978>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApCiv 50026272120204036126**. Terceira Turma. São Paulo, SP, j. 04 mar. 2021. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1178413985/apelacao-civel-apciv-50026272120204036126-sp/inteiro-teor-1178413996>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApReeNec 00080531720104036105**. Terceira Turma. São Paulo, SP, j. 18 abr. 2018. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/570863517/apelacao-remessa-necessaria-apreenec-80531720104036105-sp/inteiro-teor-570863537>. Acesso em: 07 nov. 2021.

**Como citar:** NETTO, Carlos Eduardo Montes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; DOMINGOS, João Henrique Golçalves. Redução do IRPJ e da CSLL como instrumento de acesso à saúde. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 73-91, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p73. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 08/11/2021.

Aprovado em: 21/09/2022.

## DELITOS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E DA INTERVENÇÃO DE HASSEMER

CRIMES IN BUSINESS RELATIONS IN THE LIGHT  
OF THE THEORY OF LEGAL GOOD AND THE  
HASSEMER'S INTERVENTION

**Henrique Viana Pereira\***  
**Monique Pena Kelles\*\***

\*Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Graduado em Direito (Faculdades Milton Campos, FDMC/MG). E-mail: henriquepenal@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4927-9922>

\*\*Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Graduada em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). E-mail: monique.kelles@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2185-035X>

**Como citar:** PEREIRA, Henrique Viana; KELLES, Monique Pena. Delitos nas relações empresariais à luz da teoria do bem jurídico e da intervenção de Hassemer. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 92-108, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p92. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O presente texto explorou as principais motivações do jurista alemão Winfried Hassemer na construção de sua reconhecida teoria pessoal do bem jurídico. Para tanto, de início, tratou das primeiras conceituações sobre o bem jurídico e como se desenvolveu ao longo do tempo. Em seguida, o pensamento de Hassemer foi exposto com o fim de apresentar os argumentos do autor para retomar às bases do Direito Penal, para uma formulação do bem jurídico condizente com os princípios basilares desse ramo, bem como com as garantias fundamentais da pessoa humana que inauguram e sustentam o Estado Democrático de Direito. Ao final, foi exposta sua posição quanto aos delitos negociais que visam proteger a ordem econômica, e sua proposta teórica intitulada de direito de intervenção. O que se nota é uma teoria preocupada com a tendência expansionista que afeta o Direito Penal, sem dela se desfazer por completo, mas sim, buscando traçar modelos de intervenção pelo direito que sejam eficazes na proteção dos seres humanos e seu bem-estar, e não no alargamento desenfreado do poder punitivo do Estado.

**Palavras-chave:** Bem jurídico pessoal. Delitos nas relações empresariais. Direito de intervenção.

**Abstract:** This text explored the main motivations of the German jurist Winfried Hassemer in the construction of his recognized personal theory of the legal good. To do so, initially, it dealt with the first concepts of the legal interest and how it developed over

time. Then, Hassemer's thought was exposed in order to present the author's arguments to return to the bases of Criminal Law, for a formulation of the legal good consistent with the basic principles of this field, as well as with the fundamental guarantees of the human person that they inaugurate and sustain the Democratic Rule of Law. At the end, his position regarding the business crimes that aim to protect the economic order, and his theoretical proposal entitled the right of intervention, were exposed. What is noticed is a theory concerned with the expansionist tendency that affects the Criminal Law, without completely discarding it, but rather, seeking to outline models of intervention by law that are effective in protecting human beings and his well-being, and not in the unbridled expansion of the State's punitive power.

**Keywords:** Personal legal good. Crimes in business relations. Right of intervention.

## INTRODUÇÃO

O estudo em questão objetiva analisar a concepção de bem jurídico desenvolvida pelo jurista alemão Winfried Hassemer. A chamada teoria do bem jurídico pessoal, que muito contribuiu para uma discussão sobre sua aplicação no ramo do Direito Penal econômico e sua vinculação com o Estado de Direito.

É importante anotar que a tutela de bens jurídicos não é a principal função do Direito Penal, porquanto essa seria a contenção do poder punitivo. Com isso esclarecido, o presente texto, ao abordar o tema do bem jurídico, entende que uma boa definição do termo influencia na eficácia da contenção do poder punitivo. Por isso, a importância de se tratar o tema.

O pensamento de Hassemer se destaca na teoria do bem jurídico por fundamentá-lo de forma a fazer valer o modelo de contenção do poder punitivo estatal por meio da aplicação racional das bases do Direito Penal. A teoria pessoal do bem jurídico ocupa um lugar de relevância na obra de Hassemer, fazendo desta uma contribuição jurídico-penal que se traduz num modelo penal consistente que dialoga tanto com a dogmática quanto com a política criminal, revelando boa parte do perfil do pensador alemão.

Como metodologia será utilizada uma pesquisa teórica, através da revisão bibliográfica de autores que se debruçam sobre o tema central do trabalho. O estudo desenvolve a partir do método de uma abordagem qualitativa, porquanto se volta não apenas a análise do tema investigado, mas também interpretação das referências selecionadas e reflexões críticas, adequadas para o aprimoramento do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Na pesquisa, busca-se responder qual seria a função da construção conceitual do bem jurídico, bem como qual é sua aplicabilidade tanto no plano dogmático quanto no plano da aplicação de política criminal. Para tanto, será verificar a explicação do próprio autor, a partir de uma fusão racional entre áreas do conhecimento que ajudam a aplicar com maior eficácia a intervenção estatal punitiva em áreas não propriamente penais.

Em linhas gerais, o autor desenvolve a teoria pessoal do bem jurídico de forma a manter os instrumentos penais de encontro com um Estado de Direito. Sua teoria se desenvolve a partir da premissa básica que o cidadão é aquele sujeito de direitos marcado, necessariamente, pela liberdade demais garantias individuais resguardadas pelo Estado, portanto, merecedor de atenção e proteção na seara penal.

A teoria, portanto, serve em muito para pensar o Direito Penal nas relações empresariais, por propor uma visão do Direito Penal garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, em detrimento da exacerbação e inflação do *ius puniendi*.

Nesse sentido, o texto busca destacar a aplicação da teoria do bem jurídico pessoal de Hassemer no âmbito dos delitos nas relações empresariais. Assim, a teoria da intervenção, do mesmo autor, também servirá para a compressão de uma possível segunda via extrapenal para lidar com delitos dessa natureza.

Nos atentando para um Direito Penal garantista, a teoria de Hassemer é discutida e pensada



para uma aplicação dentro dos limites do Estado Democrático de Direito, sempre em busca de uma sociedade em constante evolução e permanente garantia dos direitos fundamentais.

## 1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

É sabido que a teoria do bem jurídico é de fundamental importância para a construção do Direito Penal como hoje é concebido. Entender o bem jurídico é entender parte da função do Direito Penal, formando um pilar essencial para a correta aplicação da lei penal. Nele estão contidos os limites para formulação da legislação penal; e dele partem interpretações teológicas da estrutura do delito.

Os primeiros registros aparecem com Feuerbach no século XVIII, o qual tinha como concepção de delito aquele ato que viola o direito subjetivo de outrem, e não como um mero ato contrário à ordem jurídica. Assim, o delito seria aquela “ação que interfere no direito subjetivo de outrem” (MENTOR, 2016, p. 11), desaguando na noção de bem jurídico mais tarde formulada.

Parte de Feuerbach, portanto, a primeira tentativa de se precisar sistematicamente um referente material do delito que se revelasse necessário, racionalmente fundado e socialmente reconhecível, com o objetivo de diferenciá-lo da mera violação de dever (BECHARA, 2014, p. 91).

Por outro lado, Birbaum, em 1834, mesmo não formulando o termo “bem jurídico”, foi responsável por fazer importantes críticas às formulações de Feuerbach, desenvolvendo a ideia de que a lei penal deve proteger um objeto que seja tido como valioso para o Estado e a boa convivência social dos cidadãos (SOUZA, 2012, p. 48).

Mesmo dando o pontapé inicial para a construção do conceito de bem jurídico, atribui-se à Karl Biding maiores contribuições para o tema. Este, se centrava na figura do legislador como grande responsável para a formulação do bem jurídico. Assim, em conjunto com o próprio Estado, formulou-se o termo bem jurídico.

Franz Von Liszt também merece destaque na formulação do termo. Esse, por sua vez, considerou que o bem jurídico deveria valorar interesses sociais que antecedem a norma penal em si. Assim, valores intrínsecos à comunidade social, deveriam ser protegidos por meio da norma penal, os quais contariam com a política criminal para se tornar parte fundante do ordenamento penal.

Atualmente, o conceito de bem jurídico segue sendo motivo de discussão no ambiente acadêmico, com novas construções conceituais e críticas às antigas formulações. Fato é que os autores supramencionados são os responsáveis por construir a base do conceito que ocupa um lugar central na construção do direito penal.

Por mais que possa parecer um tanto quanto abstrato, o termo, se bem desenvolvido, pode servir como um instrumento de uso racional do direito penal. Portanto, acreditamos que o bem jurídico deva ser uma forma de nos precisar os limites de intervenção penal do Estado, que apenas

será legítima, se, na análise do tipo, se identificar a proteção do homem e sua dignidade como fim último da criminalização.

O presente texto destaca uma formulação em especial dentro do volumoso quadro de teóricos e juristas que se debruçaram sobre o bem jurídico. Winfried Hassemer (1940 – 2014) tem um papel relevante na dogmática penal, razão pela qual seu pensamento será desdobrado a seguir.

### 1.1 ANÁLISE DO BEM JURÍDICO NA PROPOSTA DE HASSEMER

A teoria do bem jurídico ainda hoje gera muitas discordâncias entre os estudiosos do tema, e por isso, se faz relevante buscar nos alinharmos como uma construção teórica e dela construir um caminho mais sólido para a construção de um conceito de bem jurídico que esteja em conformidade com o Estado de Direito.

É necessário pontuar, no entanto, que o direito penal não é um fim em si mesmo. Disso, decorre que sua função está na garantia dos direitos e garantias fundamentais do homem, e não na proteção do Estado e as instituições que o compõe.

Nessa perspectiva, a construção de Winfried Hassemer acerca do bem jurídico em muito contribui para delimitarmos o que se pode entender como bem jurídico dentro da dogmática penal, vez que se trata de um autor que parte de uma análise que o tem como centro de proteção penal, o homem cidadão e suas garantias fundamentais, em especial, a liberdade.

A proposta de Hassemer sobre o bem jurídico vai muito além de uma mera conceituação. O jurista tem como linha de pensamento o constante diálogo do direito penal com a política-criminal, buscando apoiar conceitos abstratos típicos da dogmática com a sua aplicação na sociedade e como se comporta na e para a contenção do poder punitivo estatal.

Importante mencionar que o autor se preocupava com o cenário de expansão do direito penal na sociedade moderna, tornando-se um dos principais críticos do movimento de expansão sem racionalização dos tipos penais, e, naturalmente, do conceito de bem jurídico. Sobre isso, expõe o autor:

(...) a tendência do legislador penal moderno de atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e que não mais estão voltados imediatamente para interesses individuais de uma pessoa torna o direito penal difuso e muito amplo. Essa tendência produz bens jurídicos universais com uma semântica vaga. Permitem ao legislador penal a criminalização de quase todos os tipos de condutas desviadas e roubam o conceito de bem jurídico seu potencial de controle. (HASSEMER, 2006, p. 74).

A preocupação parte, essencialmente do fato de que o direito penal alargado e a construção arbitrária e indeterminável de bens jurídicos acabam por mitigar a função protetora do direito penal, função essa que visa a proteção da liberdade do indivíduo como direito fundamental, contra o poder punitivo estatal.

O diagnóstico de Hassemer é que, considerando o período pós Nuremberg, o direito

penal passa por reformas expansionistas, no qual se vê uma tendência de modificação de conceitos tradicionais no direito penal para torná-los mais abrangentes, e com isso, passar a pretensa proteção de entes coletivos e instituições, e não a proteção do homem.

Importante deixar claro que Hassemer não é contrário a modificação do direito penal conforme se altera também a sociedade em si, mas há uma preocupação em se expandir o poder de punir estatal justamente na área do direito que tem como âmago, a privação de liberdade ou limitação de direitos fundamentais.

No caso específico do bem jurídico, o problema parece se acentuar ao longo do tempo, afinal “*no tienen como objeto de proteccion sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos están formulados de forma especialmente vaga*”. (HASSEMER, 1995, p. 32).

Em termos gerais, cada vez mais se busca na punição penal a resposta para lidarmos com conflitos dos mais diversos e complexos, em nome de uma suposta segurança. É o que se observa na tendência de formulação de tipos penais de perigo abstrato e bens jurídicos que não dialogam com as propostas do direito penal clássico.

Claro, a segurança compõe também uma das “metas” do direito penal, porém, como expõe o autor:

(...) a promoção da segurança indubitavelmente também é uma meta do direito penal quando e na medida em que esse direito penal se consagra ao paradigma preventivo; a recuperação de delinquentes, a intimidação e a prevenção geral servem para minimização de crimes e, enquanto metas penas atualmente incontestáveis, entendem o direito penal também como produtor de segurança. (HASSEMER, 2006, p. 79).

Os problemas que decorrem disso são múltiplos, não sendo possível nos deter a todos nesse espaço. Centrar-se-á no problema envolvendo o conceito de bem jurídico no que diz respeito aos delitos econômicos, tendo em Hassemer, nosso ponto de apoio teórico.

## 1.2 A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO

Como exposto supra, a ideia por trás da teoria pessoal do bem jurídico no pensamento de Hassemer, é de que a lei penal deve ser pensada para a proteção do cidadão, e não de um ente abstrato ou coletividade. Assim, a teoria pensa o direito penal a partir do indivíduo, e não da sociedade ou Estado, nem mesmo o direito em si.

Em linhas gerais, a teoria se define no plano de um direito penal liberal, posiciona-se em total oposição às ideais autoritárias nas qual o direito seria utilizado como instrumento para disciplinar e subjugar os cidadãos a mando ou ordem de um soberano.

A delimitação acerca do bem jurídico a ser tutelado para o autor se faz relevante na medida em que “a criminalização de um comportamento sem o necessário referencial do bem jurídico constituiria uma intromissão materialmente injustificável na esfera individual, e por isso, (...)”

caracterizada como terror estatal” (HEFENDEHL *apud* BECHARA, 2014, p. 256).

Ou seja, como uma das formas de se limitar o poder punitivo, o bem jurídico penal deve ser identificável no tipo, e mais, esse bem jurídico deve, em última análise, se voltar à proteção do indivíduo cidadão.

O termo “pessoal”, portanto, põe o valor da dignidade da pessoa humana no centro de sua teoria, tornando-o mais vinculado aos valores individuais, mais concisos do que a tendência de expansão do conceito de bem jurídico com flexibilização dos princípios penais.

Considerando que há um certo grau de abstração em se delimitar o bem jurídico a ser definido no tipo, HASSEMER propõe ao menos 3 critérios para defini-los, conforme Ana Elisa Liberatore Silva Bechara descreve:

(i) a adequação da noção de bem jurídico à realidade, exigindo-se a integração das condições de vida da moderna socialização, sobretudo no que tange aos interesses universais; (ii) sua seletividade e nitidez, de modo a construir o conceito de bem jurídico um critério de proteção à liberdade; (iii) a possibilidade de compreensão social do conceito de bem jurídico, facilitando o controle democrático do legislador em relação a possíveis generalizações nebulosas. (BECHARA, 2014, p. 256-257)

Afinal, é evidente que bens jurídicos não tem existência ideal, e sim, social. Isso significa que são constituídos em processos sociais comunicativos, pode-se dizer que fazem parte de um contrato social, ou, um consenso na sociedade. Assim sendo, devem eles estar em conformidade com a proteção da pessoa, e não do Estado em si. Assim, “*una cominacion penal que solo tenga como objeto una ideología social, es por tanto, ilegítima*” (HASSEMER, 1999, p. 7).

A pergunta que se faz naturalmente ao pensar a teoria proposta por Hassemer, é se há espaço para os bens jurídicos supraindividuais e coletivos em sua construção teórica.

Hassemer não se opõe à bens jurídicos supraindividuais, caso contrário, estaria ilhado numa direção oposta ao que o direito penal vem tomando ao longo dos anos. A teoria pessoal admite bens jurídicos que visam proteção de valores coletivos, desde que calcados a proteção do cidadão numa análise individual.

O que não se aceita é que esses bens visem uma entidade que em nada contribui para a proteção pessoal do indivíduo. Ou seja, é necessário que um bem jurídico coletivo vise o bem estrar e os interesses do cidadão. Da mesma forma, não se aceita a proteção de bens jurídicos que sejam estranhos aos valores da coletividade.

O autor destaca que uma boa formulação do bem jurídico é aquela que deixa claro qual é o valor ou bem protegido, numa linguagem que não dê margem para dúvidas hermenêuticas, sendo, portanto, um bem que se visualiza concretamente.<sup>1</sup>

Para dar um exemplo concreto de fácil visualização para compreender a ideia por detrás da teoria pessoal do bem jurídico, podemos mencionar o delito de maus tratos aos animais (que

<sup>1</sup> “*solo deben protegerse los bienes jurídicos que puedan ser descritos concretamente y asegurados con sus instrumentos lo que es bastante problemático em los ámbitos relacionados con las drogas y el medio ambiente*” (HASSEMER, 1999, p. 12).

sofreu alteração recentemente para aumentar a pena no Brasil<sup>2</sup>), se insere na norma penal brasileira e alemã. Na concepção de Hassemer, o tipo penal que tem como proteção os animais, não está em conformidade com os princípios penais e democráticos.

Afinal, qual seria o bem jurídico tutelado nesse tipo penal? Mesmo que se chegue numa resposta concreta, será, seguramente, algo diferente da proteção do indivíduo e sua integridade.

Isso porque não se pode atrelar a tutela do “bem-estar dos animais”, como merecedor de proteção através de lei penal. Mesmo que de advogue por uma proteção do homem atrelada à integridade física do animal, dever-se-ia, portanto, proteger a integridade de todo e qualquer animal, o que, além de impossível, não é função do direito penal.

Esse é apenas um exemplo, mas, ao analisarmos tipos penais dos mais diversos, podemos chegar a mesma conclusão: não há bem jurídico legítimo na construção do tipo, vez que valores morais e a proteção de algo que não seja o homem em si, não será (ou não deverá ser) objeto de tutela penal.

Percebe-se que a teoria pessoal do bem jurídico em Hassemer tem uma forte base constitucional. Isso se deve justamente ao fato de que o autor tem nos direitos fundamentais da pessoa humana, o cerne para a construção da lei penal. Portanto, é na lei maior que se encontra as bases mais sólidas para a produção da norma incriminadora.

De outro modo não poderia ser. Afinal, o argumento já muito conhecido de que a lei penal é a mais severa entre todas as normas produzidas, nos informa (ou deveria informar) que devemos nos ater nas garantias de um direito democrático, sob pena de banalizarmos a liberdade individual, caindo num espaço cinzento de garantias flexibilizadas sem amparo no texto constitucional.

Se faz relevante deixar claro que a teoria pessoal do bem jurídico não vê a limitação do conceito de bem jurídico como a única e exclusiva via para fazer frente ao poder punitivo estatal. Trata-se, em verdade, de um dos caminhos necessários para tanto. Ao lado de uma boa definição do conceito de bem jurídico, devem estar os princípios norteadores do direito penal.

Em especial, os princípios como legalidade, imputação individual, ofensividade e subsidiariedade, são de suma importância para o controle do poder punitivo<sup>3</sup>. Para o autor, trata-se de princípios irrenunciáveis, não passíveis de flexibilização.

Em seus textos, Hassemer defende ainda, uma teoria da culpabilidade concatenada com a base de sua teoria, na medida em que levar à sério o princípio da culpabilidade, nos evoca para responsabilizar penalmente um indivíduo, e não um grupo deles de uma só vez; o que inclui na análise, os demais princípios supramencionados.

O que se deve deixar claro é que Hassemer valoriza um direito penal modernizado, ou seja, aquele que está em constante conformidade com as mudanças da sociedade, suas necessidades, desafios e anseios. O autor não fecha os olhos para a necessidade de se expandir o direito penal para outras áreas que até então não havia tocado, como é o caso do direito penal econômico, ou

2 Lei 14.064/2020, que aumenta a pena do crime de maus tratos aos cães e gatos para de 2 a 5 anos.

3 Sobre isso: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Bogotá, 1999, p. 10 e seguintes.

direito de empresa.

O jurista se preocupa com a expansão por puro sentimento punitivo, sem apoio nos princípios penais já mencionados. Dessa forma, no que tange os delitos econômicos, o autor admite, ou, concorda que o direito penal deve intervir nesse cenário, que é, inegavelmente, a inclinação do mundo pós-moderno capitalista.

## 2 O BEM JURÍDICO TUTELADO NA PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Com a referida tendência expansionista do âmbito de proteção do direito penal como um todo, pode-se dizer que os delitos contra a ordem econômica contribuem sobremaneira para o alargamento do direito penal.

Fala-se em “expansão”, porque, como se verá, os delitos econômicos, são construções modernas, advindas em grande parte do processo de globalização e de industrialização, especialmente no período pós-guerra.

O que vê em alguns casos é uma antecipação da intervenção penal, noutros, uma proteção penal abstrata com extenso uso dos denominados “tipos penais abertos”, aqueles que demandam complemento de outras áreas para se determinar qual é, efetivamente, o comportamento proibido.

Em nome da segurança jurídica, mas não só desta, não se admite um crime sem bem jurídico tutelado, que é fundamento necessário e constitucional tanto para conceber um dever de proteção como para determinar os limites à intervenção e seu cálculo preciso (SOUZA, 2012, p. 53). Afinal, a partir do momento que se admite um alargamento dos termos usados na legislação penal de cunho econômico, está-se, também, admitindo que haja interpretações tão diversas quanto.

De forma geral, os delitos contra a ordem econômica acabam por englobar uma gama de atividades que não são delimitáveis, e precisam, em sua maioria, de complementos na seara do direito administrativo, econômico, minerário e financeiro, apenas a título de exemplo. Assim, a ordem econômica constitui um marco no qual se entrecruzam um amplo conjunto de interesses, princípios e valores (BASOCO, 2015, p. 15).

Com essas preocupações em mente, a pergunta que se analisa é: pode-se tutelar a “ordem econômica” como bem jurídico no âmbito penal?

Como resposta inicial, a resposta seria um direto “não”. Mas, para aprofundarmos no tema, o pensamento e a construção de Hassemer será utilizada como fonte teórica para embasarmos os motivos por trás da resposta negativa, que se dá, em essência, pelo respeito aos princípios penais construídos a partir de conquistas civilizatórias que constroem limitações ao poder punitivo.

Em suas palavras:

O direito penal, em seu formato de um estado de Direito Liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou promover à ampla prevenção de situações perigosas. Ao contrário, seu instrumental é pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em



suas possibilidades de produzir efeitos. (HASSEMER, 2008, p. 227-228).

A tendência que se nota é a de flexibilização de conceitos sólidos e bem delimitados, em nome da segurança, ou, sensação desta. Ou seja,

O ideal antropocêntrico, particularizado, com referencial individual, voltado ao erigimento de um elemento crítico limitador da gravosa intromissão juridico-criminal nos direitos fundamentais do cidadão apenas em situações imprescindíveis para harmônica convivência social, passa assim a ser abandonada em nome de outro modelo, qual seja, de gerenciamento de riscos, isto é, de pretensa segurança social. (SOUZA, 2012, p. 162).

Sabemos que o mundo está cada vez mais globalizado, interligado, acompanhando as evoluções agigantadas do mundo econômico, que de mais a mais, dominam o cenário global, responsáveis por determinar o rumo da economia a nível macro.

Não se trata de negar os avanços civilizatórios, nem ao menos de se apegar a conceitos tradicionais por mero receio do que se pode colher de tamanha flexibilização. A preocupação parte das consequências negativas que já se materializaram no contexto de uma punição com base na proteção jurídica alargada.

O direito penal certamente não foi e não é formulado para dar conta de fenômenos dessa magnitude. Eis o esforço de parte da doutrina em se voltar para um direito penal que seja capaz de enfrentar os problemas aos quais se propõe, sob pena de, como diz o jargão popular “dar um passo maior que a perna”.

Pensado na legislação brasileira, poderíamos exemplificar o alargamento legislativo em questão com diversas leis e tipos penais, mas, acreditamos que os delitos contra a ordem econômica da Lei 8.137/90 com alterações substanciais pela Lei 12529/11, a qual pretende proteger por via da lei penal, a ordem econômica, tributária e relações de consumo, nos forneça bons exemplos e argumentos.

Quando se pensa o direito penal com suas clássicas modalidades de pena e responsabilização, é do direito penal individual que estamos falando, donde se observa uma ação ou omissão de fácil responsabilização. Outro caso é quando falamos da proteção da chamada “ordem econômica”, que muitas vezes tem um grupo expressivo de sujeitos envolvidos na ação ou omissão.

O desafio já se inicia na busca por compreender o que é a ordem econômica e como o direito penal pode protegê-la ou, punir o indivíduo que a lesiona.

Grande parte do desafio que essa legislação nos coloca é a busca por compreender como o direito penal pode proteger a ordem econômica, ou, punir o indivíduo que a lesiona. Contudo, os tipos penais formulados por essas legislações nos convocam para outros ramos do direito para conseguir delimitar qual é o comportamento proibido.

Como descreve Luiz Regis Prado, o legislador deve se preocupar em considerar os valores fundamentais, sem desfigurar, através das tipicidades penais, o sentido que lhes foi atribuído (PRADO, 2003, p. 95). Além do mais, ao transportar um valor socialmente relevante para o âmbito

de proteção penal, deve-se fazer uma adequação desse dito valor, ao qual o direito penal está encarregado.

Por se tratar de delitos que potencialmente lesam um grupo grande de atividades, atinge-se também, um grupo grande e indeterminável de sujeitos. O que se atinge, em verdade, é a coletividade como um todo, ou, em casos específicos, lesiona-se uma atividade econômica. Como poderia, uma área que se ocupa da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder de punir estatal, tutelar a ordem econômica com seus instrumentos tradicionais de pena?

No mais das vezes, ao se analisar o fato delituoso advindo de grandes corporações estatais ou privadas, não se consegue chegar a um indivíduo que deu causa ao fato, e sim, uma gama complexa e conjunta de atos e atividades, envolvendo ações, omissões, diferentes níveis hierárquicos, até mesmo, permissões e entraves contratuais com empresas internacionais sob o manto de um sistema jurídico diverso.

Além do mais, há órgãos que se ocupam de observar a higidez das atividades econômicas, como exemplo, podemos citar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Banco Central (BACEN), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Todos esses órgãos contam com expertise própria para lidar com as atividades econômicas.

Em sua gama de atribuições, esses órgãos contam com maior amplitude de atuação e possibilidade de comunicação com Ministérios e demais órgãos que se façam necessários para a busca de aprimorar a atuação dos órgãos econômicos no país, o que não é possível pela via jurídico-penal, com intervenção limitada a regras propositalmente rigorosas.

Os órgãos mencionados, em especial o CADE, pode lançar mão de alternativas menos gravosas, porém mais eficazes e céleres no combate aos ilícitos econômicos. Isso se verifica através de aplicação de medidas cautelares, proibição de participação em processos licitatórios, interdição de direitos da pessoa jurídica, e demais medidas mais condizentes que a natureza da prática lesiva cometida.

Além do mais, o CADE, uma vez constatando a prática de cartel, por exemplo, pode aplicar sanções à pessoa jurídica envolvida<sup>4</sup>, como multas pecuniárias; proibição de concentração no mercado que a empresa atua por tempo determinado; imposição de venda de ativos; alienação de ativos; obrigação de informar operação ao CADE.

Contraopondo essa natureza de sanção às sanções penais, nota-se que órgãos administrativos são dotados de instrumentos sancionatórios que atingem diretamente a capacidade de atuação da pessoa jurídica que deu causa à um ilícito de natureza econômica. Diferente do que seria capaz de fazer o direito penal, portanto.

Portanto, nota-se que a natureza das sanções aplicadas pelo CADE é mais condizente com a atividade empresarial, capaz de punir entes coletivos por práticas de ações administrativas que interferem na concorrência de mercado, e em última análise, também na ordem econômica como

---

<sup>4</sup> O caso ilustrativo das sanções aplicadas pelo CADE, referem-se a decisão publicizada no ano de 2014 condenando pela prática de cartel, grandes empresas do setor de cimento, através do processo administrativo 08012.011142/2006-79.

um todo.

Assim, tomando como pressuposto que práticas ligadas a atividades empresariais e comerciais se tornarão cada vez mais frequentes e até mais complexas, é importante que se (re) avalie a posição do direito penal para o enfrentamento de condutas que intervenham na ordem econômica.

Não se está dizendo, é importante ressaltar, que o direito penal deva sair de cena por completo, e sim, que talvez a resposta até então oferecida, através das tradicionais medidas penais, não seja a melhor resposta. É hora de pensarmos uma intervenção mais eficiente para o combate e controle dessas atividades potencialmente criminosas.

Na prática, o que se afere em países como o Brasil é a administrativização do Direito Penal na seara econômica, o que é negativo, visto que consagrada de ilegítima utilização deste gravoso meio de intervenção do Estado (SOUZA, 2012, p. 169).

Por esse motivo, pensar numa delimitação do conceito de bem jurídico é, não só relevante, como extremamente útil para que nos atentemos quanto às finalidades do direito penal na sociedade, quais são seus instrumentos e como pode e deve ser usado em favor da sociedade.

Afinal, qualquer instrumento de poder requer que seja utilizado com cautela e apenas em casos que se demande uma solução repressiva, como preconiza o princípio da subsidiariedade, o qual se vincula o direito penal.

Com isso, os ensinamentos de Hassemer formam um valioso instrumento de pesquisa para pensarmos o papel do direito penal na proteção da ordem econômica. Uma de suas mais notáveis contribuições nesse campo é a ideia de direito de intervenção. É o que se verá a seguir.

### 3 O DIREITO DE INTERVENÇÃO

Com o reduzido espaço nesse texto, será possível apenas apresentar a chamada teoria da intervenção de Winfried Hassemer, elaborada no final do século passado, que em muito contribuiu para a construção de um direito penal mais racional e condizente com os problemas atuais no que diz respeito aos delitos econômicos.

Antes de adentrarmos na teoria em si, é importante deixar claro que essa teoria nunca foi posta em prática, servindo mais como um modelo teórico em construção, do que um modelo testado na prática.

Por se tratar de uma teoria com linhas sólidas de desenvolvimento, e muito pertinente com a crescente expansão do direito penal para o ramo administrativo, a teoria da intervenção é elogiada por muitos estudiosos do direito, carecendo, ressaltado, de desenvolvimento em alguns pontos que mereçam maior atenção.

Construindo uma ponte entre direito penal e direito administrativo sancionador, a teoria da intervenção propõe uma resposta para lidarmos com os crescentes delitos econômicos, com previsão de uma maior interdisciplinaridade entre os ramos do direito.

O que torna essa teoria peculiar no próprio pensamento de Hassemer, é que há possibilidade de sanção aplicada à bens jurídicos supraindividuais, justamente por concordar que há uma dificuldade peculiar em se traçar uma responsabilidade penal individual em delitos econômicos.

O direito de intervenção se desenvolveria a partir de regras mercadológicas, com a possibilidade de um controle estatal mais sutil e preventivo (ante a possibilidade de adoção de regras de controle interno e externo escoradas no direito de polícia), passando ao largo das questões relativas à imputação e à culpabilidade e sem as amarras de um processo hermético como é o processo penal, garantindo-se ao acusado, a seu turno, a certeza da impossibilidade de submissão a penas privativas de liberdade (MENTOR, 2016, p. 86).

A noção por trás do direito de intervenção não passa pela criação de uma nova instância ou um novo ramo do direito com regras próprias, e sim, uma via possível de aplicação de sanções menos repressivas do que o direito penal com a contribuição das sanções do direito administrativo sancionador.

Nesse ponto, a pena privativa de liberdade seria descartada, vez que não teria uma função benéfica para a proteção de bens jurídicos coletivos e supraindividuais.

A linha que se traça entre essas duas esferas se dá por sua proximidade no trato com as sanções. Se de um lado o direito penal é rico em sanções graves, que necessariamente limita ou cerceia os direitos fundamentais do cidadão, do outro, no direito administrativo sancionador, temos regras que também podem limitar garantias individuais, mas nunca com a previsão de privação de liberdade.

No mais, cada esfera tem suas garantias conforme a natureza da sanção que se aplica. Sem dúvida, o direito penal, por ser mais repressivo, conta com garantias, além de plenamente justificadas, bem definidas e rígidas, o que pode levar a morosidade da aplicação das sanções, até mesmo para a formação da culpa do indivíduo infrator.

Por trás da ideia do direito de intervenção, Hassemer pretendeu colocar mais energia na efetividade das sanções aplicadas à delitos de natureza econômica, do que na natureza simbólica da repressão penal ou falta de efetividade das sanções advindas do direito administrativo sancionador.

Ou seja, o direito de intervenção tem como foco maior a proteção e elaboração de uma legislação que tenha como objetivo a proteção do indivíduo, ou pelo menos, que o tenha como referencial identificável. Em suas palavras:

O direito penal, em seu formato de um estado de Direito Liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas. Ao contrário, seu instrumental é pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em suas possibilidades de produzir efeitos. Sua estrutura pesada não lhe permite contribuir para o estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade (HASSEMER, 2008, p. 227-228).

A nota marcante do direito de intervenção seria, pois, a adoção de um complexo sistema de regras de prevenção técnica, aglutinando em um único ramo do direito normas sancionadoras

oriundas do direito administrativo, do direito civil (responsabilidade civil por danos), do direito tributário, do trabalho e do direito penal, ocupando-se de uma contenção prematura de perigos em lugar de uma resposta penal posterior à lesão do bem jurídico (HASSEMER, 1998, p. 40).

A proposta de Hassemer em muito se assemelha com aquela elaborada por Silva Sanchez, com o chamado direito penal de segunda velocidade. Ambos partem da análise de que há uma expansão no direito penal para setores que não lhe são próprios, e assim, merecem uma revisão e (re)adequação para que as funções do direito penal não sejam mitigadas; e ainda, convergem os autores para a utilização de institutos do direito administrativo, especialmente para os ilícitos econômicos. Em suas palavras:

(...) seria razoável que um direito penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (penas de multa; privativa de direitos; sanções que recaem sobre a pessoa jurídica) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. (SILVA-SANCHEZ, 2013, p. 189).

Por mais que as alternativas elaboradas por ambos os autores seja aproximada e partam de uma sensação comum de que, o direito penal da forma como é estruturado não consegue responder a todos os ilícitos de forma satisfatória à sociedade, propõem, cada qual a sua maneira, uma alternativa para o ramo econômico se aproximar do direito administrativo sancionador.

Nos parece ser essa uma alternativa inteligente e possível, vez que calcada na busca por solucionar problemas crescente quanto à aplicação de sanção para atividades ilícitas de natureza econômica.

Certamente ambos recebem críticas dos estudiosos. No caso da proposta de Hassemer, nota-se que há uma certa superficialidade no tema. Como já mencionado, isso se dá, acreditamos, por falta de maiores detalhes na aplicação da teoria da intervenção. No caso de Silva-Sánchez, depreende-se de sua proposta que, por mais que se rechace a pena privativa de liberdade, o Direito Penal de segunda velocidade seria também um direito penal, em nada alterando a forma como se conduz a análise de um ilícito na ordem econômica.

Acredita-se, porém, que a falta de profundidade que a teoria de Hassemer apresenta se dê mais pela interrupção de seus estudos no tema, do que por falta de coerência com o sistema penal e administrativo. Em verdade, é mais uma oportunidade para os estudiosos em direito penal se aprofundarem nos estudos deixados pelo autor.

Fato é que o direito penal está em expansão, e é dever dos estudiosos se debruçarem sobre as causas e consequências desses processos, e apontar, se for o caso, melhores alternativas para lidar com o também crescente setor econômico no direito à luz da constituição.

## CONCLUSÃO

A partir do pensamento de Hassemer, tem-se claro que há uma valorização dos interesses do homem, individualmente, dentro de uma sociedade. Tratando-se dos fins do direito penal, é o homem que deve estar no centro da proteção pela lei penal, abarcando caminhos seguros para a concretização da dignidade da pessoa humana.

O Estado deve, assim, proteger esses interesses. Ao revés, estaríamos abrindo espaço para que o Estado, através do poder de punir, passasse a formular tipos penais que visam sua própria proteção, inflando seus poderes e por consequência, limitando a liberdade e garantias do cidadão.

É com essa linha de raciocínio que Winfried Hassemer desenvolve a teoria pessoal do bem jurídico, revelando em seus escritos, grande preocupação com formulação de tipos penais abstratos e perigosamente amplos, vez que, o que é difícil de delimitar, pode gerar interpretações múltiplas, causando insegurança jurídica e arbitrariedades.

Assim, a partir da análise do tema pela pesquisa teórica desenvolvida através da revisão bibliográfica em uma abordagem qualitativa, foi possível depreender que a tendência que se configura no âmbito do Direito Penal é a expansão dos pressupostos de punibilidade para o setor econômico, o que é natural e desejável para o desenvolvimento das atividades humanas, desde que ocorra de forma racional e necessária. O que o texto buscou traçar foram os motivos da preocupação de Hassemer, além de delinear princípios democráticos e do próprio Direito Penal que não podem ser desrespeitados.

Eis o cenário que se põe para os pensadores do Direito Penal constitucional daqui em diante. Formular propostas e estratégias no campo dogmático, bem como no processo legislativo e de política criminal, que possibilite a expansão do direito penal, mas, sempre na direção da preservação dos limites democráticos e constitucionais, mantendo as garantias individuais intactas, em plena conformidade com a limitação do poder punitivo e do fortalecimento de Estado de Direito.

Adequar as normas do direito penal clássico com suas funções e sanções mais tradicionais, em conjunto com outras formas de punição e prevenção de eventos delituosos levam a um caminho mais adequado para uma sociedade que busca a garantia do cumprimento da norma. Mais ainda, a prevenção de eventos danosos, limitando os riscos e ajustando às tendências globalizantes do mundo.

## REFERÊNCIAS

BASOCO, Juan Maria Terradillos. Derecho penal económico: lineamientos de política penal. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, ano 9, n. 35, p. 7-36, 2015. Disponível em: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/109/104>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.



BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 dez. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm). Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 30 set. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm). Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 25534, 28 dez. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm). Acesso em: 1 nov. 2022.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan; HASSEMER, Winfried; BARATTA, Alessandro; MELOSSI, Dario; MUÑOZ, Jesús Antonio; EDWARDS, Susan; TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la; RAMÍRES, Juan Busto; APAUL, Wofl. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica, ConoSur, 1995. p. 23-36.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal, fundamentos, estrutura e política**. Tradução Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcellos. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para uma teoria de la imputacion em derecho penal. Tradução Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. Tradução Enrique Anarte Borrallo. **Revista Penal**, Valencia, ano 1, p. 37-42, 1998.

HASSEMER, Winfried. Sobre a arquitetura de um direito penal da segurança. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. *Revista Direito Público*, [s. l.], n. 14, p. 73-85, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1411/877>. Acesso em: 1 nov. 2022.

MENTOR, Diogo. **Teoria de intervenção**: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TAVARES. Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

**Como citar**: PEREIRA, Henrique Viana; KELLES, Monique Pena. Delitos nas relações empresariais à luz da teoria do bem jurídico e da intervenção de Hassemer. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 92-108, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p92. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/10/2021.

Aprovado em: 31/05/2022.

**CONTROLE DE VALIDADE DA CLÁUSULA  
CROSS DEFAULT NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**VALIDITY CONTROL OF THE CROSS DEFAULT  
CLAUSE IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

**Carlos Nelson Konder\***

**Como citar:** KONDER, Carlos Nelson. Controle de validade da cláusula *cross default* no ordenamento jurídico brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 109-121, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p109. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O artigo aborda a figura da cláusula de *cross default*, por vezes referida como “inadimplemento cruzado”, que é bastante praticada no cenário internacional e vem sendo cada vez mais utilizada em contratos internos. Diante da incipiente discussão doutrinária e dos poucos precedentes jurisprudenciais, analisa-se a validade dessa cláusula, tendo especialmente em vista que o efeito que ela efetivamente produz não é necessariamente aquele por ela preconizado. Propõe-se que o exame de sua validade leve em conta a disparidade eventualmente existente entre as partes, bem como a proporcionalidade entre seu pressuposto e seus efeitos.

**Palavras-chave:** Inadimplemento. Antecipação do vencimento. Resolução do contrato. Invalidez.

**Abstract:** The article addresses the figure of the cross default clause, which is widely practiced in the international scenario and has been increasingly used in internal contracts. In view of the incipient doctrinal discussion and the few jurisprudential precedents, the validity of this clause is analyzed, especially considering that the effect it actually produces is not necessarily the one recommended by it. It is proposed that the examination of its validity consider the disparity that may exist between the parties, as well as the proportionality between its premises and its effects.

**Keywords:** Default. Acceleration. Termination. Invalidity.

\*Doutor em Direito Civil (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, UERJ/RJ). Mestre em Direito Civil (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, UERJ/RJ). Especialista em Direito Civil (Universidade de Camerino, UNICAM/IT). Graduado em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC/RJ). E-mail: carlos.konder@uerj.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8535-0218>

## INTRODUÇÃO

A globalização das relações empresariais contribuiu significativamente para que práticas de comércio internacional sejam cada vez mais utilizadas em contratos internos, com a recorrente importação de modelos jurídicos estrangeiros. É fundamental, todavia, refletir sobre a compatibilidade desses modelos com o ordenamento jurídico interno, já que podem não se adequar a seus fundamentos e preceitos, caracterizando as recorrentes “ideias fora de lugar”.

Nessa toada, o presente artigo volta-se à análise da chamada “cláusula de *cross default*”, que vem sendo utilizada em negócios internos com crescente frequência, a despeito de ainda serem bastante incipientes as referências doutrinárias nacionais sobre o tema, bem como escassos os julgados que o analisam. Embora por vezes traduzida como “cláusula de inadimplemento cruzado”, observa-se que a denominação no vernáculo está longe de ser pacificada, até porque a terminologia sugerida parece não se adequar aos seus vários modelos, razão pela qual se opta pelo termo original nesse texto.

A hipótese a investigar é que sua validade no ordenamento nacional depende da aferição de certas circunstâncias concretas, como eventual disparidade entre as partes e a proporcionalidade entre seu pressuposto e seus efeitos, o que se pretende realizar por meio de metodologia dedutiva e indutiva, com base em análise qualitativa e revisão bibliográfica. Partindo do reconhecimento de que ela parece desempenhar na prática papel distinto do que sua estrutura formal preconiza, objetiva-se oferecer parâmetros adequados para aferir sua validade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O problema vem se tornando cada vez mais relevante, tendo em vista que as poucas decisões sobre o tema manifestam entendimentos contraditórios, o que gera grande insegurança jurídica para os agentes envolvidos.

## 1 CONCEITO, MODALIDADES E EFEITOS DA CLÁUSULA DE *CROSS DEFAULT*

As cláusulas de *cross default* podem ser definidas como “cláusulas presentes em contratos que determinam que o devedor estará em situação de falha (*default*) no contrato em questão toda vez que deixar de cumprir quaisquer outras obrigações em outros contratos” (GIFFONI, 2001, p. 148). A definição em questão já indica sua origem nos sistemas da *Common Law*, onde é praxe estabelecer no contrato lista minuciosa de situações que configuram descumprimento no tocante àquele contrato (*events of default*): a peculiaridade da *cross default* é incluir nessa lista o descumprimento de obrigações fixadas em outros contratos (KRUFT, 1996, p. 216).

Originada de contratos bancários internacionais, reconhece-se entre nós a aptidão para figurar também em outros negócios (KATAOKA, 2008, p. 111). Com efeito, é comum hoje em dia encontrar a figura em contratos internos, sem qualquer elemento de internacionalidade, e mesmo fora de atividade financeira, como se vem identificando em contratos de franquia e de distribuição.

Isso vem despertando a doutrina de ordenamentos da família romano-germânica para buscar harmonizar a figura às categorias dogmáticas existentes nos respectivos ordenamentos.

Embora desempenhem uma função de garantia, não se subsumem adequadamente aos modelos legais típicos de garantias especiais. Assim, são comumente referidas como “cláusulas de garantia e segurança”, ao lado de outras do gênero, como a *pari passu*, pela qual o devedor atesta que aquele crédito está em pé de igualdade frente aos demais pelos quais responde perante outros credores, e a *negative pledge*, que obriga o devedor a não constituir garantias ou preferências em favor dos demais (JORGE, 1983, p. 6). A marca distintiva da cláusula de *cross default* frente às demais cláusulas que desempenham essa função de garantia parece residir em prever que se considera violado o contrato em questão também por meio do descumprimento de deveres constantes de outros contratos, isto é, ultrapassando as fronteiras do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (SBRISSIA, 2020, p. 905). Registra-se, entretanto, que, talvez pela falta de desenvolvimento doutrinário sobre o tema entre nós, é possível encontrar decisões que qualificam como *cross default* cláusulas que se limitam a referir ao descumprimento de deveres daquele mesmo contrato (SÃO PAULO, 2016).

Mesmo sob a identificação pautada na referência a outros contratos, a amplitude da cláusula de *cross default* é bastante significativa, sendo possível constatar a existência de diversas modalidades, razoavelmente distintas entre si. Assim, é comum diferenciar entre aquelas que se referem exclusivamente ao inadimplemento de obrigações pecuniárias (*payment cross default*), daquelas que abrangem também o descumprimento de outras obrigações ou mesmo a eventos alheios à vontade do devedor (*covenant cross default*) (SBRISSIA, 2020, p. 903). Por isso, parece que a tradução como “cláusula de inadimplemento cruzado” não é a mais adequada a abrange toda essa variedade de pressupostos para sua aplicação.

A cláusula pode também ser enunciada de forma restrita, no polo passivo, aos descumprimentos do próprio devedor ou pode abarcar também descumprimentos causados por seus garantidores (como fiadores) e por subsidiárias do devedor, bem como, no polo ativo, pode estar limitada a obrigações perante o mesmo credor ou abranger também obrigações existentes perante outros integrantes do grupo do credor ou mesmo perante quaisquer instituições financeiras (ROSA, 2016, p. 227). Especialmente popular é sua versão *capable of*, pela qual o credor pode acioná-la em virtude de qualquer descumprimento de qualquer outro contrato em razão do qual o credor daquele negócio poderia fazê-lo, mesmo que ele não tenha executado ou tenha conferido ao devedor um período de graça para purgar sua mora (*ibid*).

No tocante ao seu efeito, a cláusula costuma determinar que o descumprimento dos demais contratos somente acarreta a antecipação do vencimento das obrigações daquele contrato, comumente referida pelo anglicismo “aceleração” (SIMÕES, 2016, p. 34). No nosso ordenamento, o artigo 333 do Código Civil elenca situações – como a decretação de falência do devedor, a penhora por terceiros de bens dados em garantia real e a ausência de reforço de garantia que cessou ou se tornou insuficiente – que, por força de lei acarretam a antecipação do vencimento, isto é, permitem a cobrança imediata da dívida. Reconhece-se, contudo, que o rol legal não afasta

o espaço da autonomia negocial para a previsão de outras hipóteses de antecipação do vencimento, permitindo ao credor se precaver frente a outros cenários que lhe possam parecer sinalizadores de grande risco em aguardar o vencimento (PEREIRA, 2016, p. 193).

Não é incomum, todavia, que a *cross default* seja estipulada cominando efeito mais grave diante da ocorrência dos descumprimentos ali previstos, qual seja, a própria resolução daquele contrato (“*termination*”), funcionando então como cláusula resolutiva expressa (SIMÕES, 2016, p. 42) ou mesmo como condição resolutiva (KATAOKA, 2008, p. 109). Nesses casos, assumindo o devedor a responsabilidade perante aquele credor também quanto às obrigações dos demais contratos, ela atuaria como cláusula resolutiva expressa, conferindo-lhe o direito potestativo de pôr fim ao vínculo, enquanto como condição resolutiva poderia operar diretamente o efeito extintivo diante do implemento do evento externo àquele negócio (TERRA, 2017, p. 67-73).

## 2 FUNÇÃO DA CLÁUSULA DE *CROSS DEFAULT*: TEORIA E REALIDADE

A cláusula de *cross default*, nos poucos trabalhos nacionais sobre o tema, vem sendo comumente abordada no âmbito da coligação contratual. Nessa linha, foi identificada como hipótese em que a vontade expressa das partes (*animus* de coligar) atua como “índice de conexão contratual” (KONDER, 2006, p. 184) e como hipótese de coligação voluntária por meio de condição resolutiva (KATAOKA, 2008, p. 108).

Com efeito, é possível que a cláusula seja redigida para abarcar obrigações de outros negócios que sejam funcionalmente interligadas àquele de que consta, justamente como forma de indicar que os negócios visam juntos a perseguir uma função comum, que restaria inviabilizada sem o adimplemento de certos deveres dos distintos negócios. A função da cláusula, nesses casos, é assegurar a viabilidade da operação plurinegocial.

Entretanto, no mais das vezes a cláusula vincula-se ao descumprimento de obrigações oriundas de negócios que não guardam qualquer relação funcional com aquele em que ela está prevista. Trata-se, apenas, de inadimplementos que seriam eventos que possam ser indicativos de risco de ele não ter condições econômicas de adimplir as obrigações daquele contrato.

Assim, a cláusula se voltaria, de forma genérica, a assegurar a capacidade financeira do devedor. Desempenharia, função similar à chamada exceção de insegurança, prevista no artigo 477 do Código Civil, figura que autoriza ao credor, diante de diminuição do patrimônio do devedor que comprometa ou torne duvidosa sua capacidade de adimplir, reter a contraprestação até que ele cumpra ou dê garantia nesse sentido. Entretanto, enquanto a previsão legal remete a *ius exceptionis*, a cláusula de *cross default* costuma caracterizar a antecipação do vencimento, figuras que a doutrina distingue em sua estrutura (MIRANDA, 1959, p. 112).

Em virtude do cruzamento entre negócios que gera, a cláusula funcionaria, acima de tudo, como garantia da *par conditio creditorum*, para evitar que aquele credor ficasse para trás perante outros credores contra quem o devedor comum já tivesse sinalizado sua iminente insolvência.



Entretanto, pode gerar o efeito inverso, já que o credor que não contar com ela em seu benefício ficará preterido injustamente perante os que, sem terem qualquer privilégio ou preferência, contam com a *cross default* em seu benefício (SBRISSIA, 2020, p. 915-916).

Mais grave que isso, mesmo nas suas versões mais restritas, a cláusula produz um efeito que pode ser significativamente desproporcional ao descumprimento que a deflagra. O fato de o devedor descumprir obrigação de certo contrato – que pode, inclusive, ser obrigação de menor importância naquele negócio – faz com que as obrigações de outro contrato possam ser imediatamente exigidas, antecipando-se seu vencimento, ou mesmo o negócio como um todo resolvido.

Considerando-se que a maioria ou mesmo todos os contratos celebrados por aquele devedor venham a conter essa cláusula, o inadimplemento de um deles gera o que se costuma chamar por efeito dominó ou efeito cascata, com a imediata cobrança de todas as dívidas que não estariam vencidas, o que tendencialmente conduz à sua falência ou insolvência civil (ROSA, 2016, p. 222-223). Esse cenário extremo, contudo, é desfavorável para todos os envolvidos, pois não somente inviabiliza a atividade econômica do devedor, como reduz significativamente as chances de que os credores venham a receber.

Nesse sentido, é comum encontrar referências a que a cláusula *cross default* atua como verdadeiro *doomsday device* (SBRISSIA, 2020, p. 930). A expressão, que poderia ser traduzida como “botão do juízo final” ou “dispositivo do apocalipse”, se vincula à recorrente imagem de ficção científica, inspirada no contexto da guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética, em que cada parte tem o poder de aniquilar completamente a outra, mas com a consequente destruição de si mesmo, e que, portanto, não se volta a efetivamente chegar a essa situação extrema, mas sim como ameaça que atua como alavanca para submeter a outra parte a uma renegociação do contrato em termos que lhe serão menos favoráveis. Na imagem de Simões:

O efeito dominó investe os mutuantes numa posição de força, uma vez que ambas as partes sabem que o exercício de um direito de exigibilidade antecipada ou de um direito de resolução poderá ser o suficiente para “acender o rastilho de pólvora”. Este facto poderá ser bastante para atribuir aos demais credores, beneficiários de uma idêntica cláusula de *cross default*, um direito similar. Isto vai fazer com que um devedor razoável e sensato encete todos os esforços possíveis para evitar a “explosão do barril de pólvora”, procurando satisfazer as exigências de um credor que tem o “fósforo aceso” nas mãos (SIMÕES, 2016, p. 16).

Dessa forma, a implementação da situação fática prevista na cláusula, consistente no inadimplemento de obrigações previstas em outros contratos, não costuma desencadear a efetiva “aceleração” daquele negócio, mas a imposição de sacrifício do devedor, consistente por exemplo em aceitar juros mais altos ou em ofertar novas garantias, em troca de o credor abrir mão de usar a prerrogativa do “juízo final”. Essa renúncia à antecipação do vencimento daquele contrato – comumente referida pelo anglicismo *waiver* – é justamente aquilo que o devedor vai precisar “comprar”, ofertando novos termos negociais, para evitar o colapso sistêmico (SBRISSIA, 2020, p. 911).

Em relações em que há mínimo equilíbrio de poder de barganha, é possível que o devedor consiga, durante o processo de negociação, fazer constar restrições ao alcance da cláusula. São ilustrativas as cláusulas que preveem a concessão de um período de graça antes da aceleração, a restrição ao descumprimento de dívidas de certa espécie ou acima de determinado valor (“*threshold amount*”), ou ainda a descumprimentos que tenham ensejado determinado ato executivo do credor daquele contrato (SBRISSIA, 2020, p. 912). Entretanto, não é incomum que o devedor não tenha condições de barganhar esse tipo de restrição ou, quando o faça, ela se revele insuficiente. Diante disso, quando atua como mecanismo de segurança financeira, é importante aferir se o descumprimento que a ensejou é realmente grave o suficiente para sinalizar o risco de inadimplemento dos demais negócios, bem como, quando implementa conexão funcional, verificar a efetiva ameaça à função plurinegocial perseguida. Nesse contexto emerge o debate acerca da validade desse tipo de cláusula.

### 3 CONTROLE FUNCIONAL DE VALIDADE DA CLÁUSULA

A incorporação da cláusula de *cross default* no ordenamento jurídico brasileiro, por conta dos aspectos já indicados, não ocorre sem alguma controvérsia. Embora haja entendimentos do Superior Tribunal de Justiça de que a cláusula “não se mostra ilegal ou abusiva” (BRASIL, 2018) e que elas “não padecem de qualquer vício apto a ensejar sua nulidade, devendo ser respeitada a autonomia da vontade das partes” (BRASIL, 2020), a questão está longe de restar pacificada. Trata-se de somente duas decisões utilizando expressamente o termo, sendo ambas monocráticas, o que dificilmente pode ser considerado suficiente para caracterizar a formação de jurisprudência.

Nos tribunais estaduais a busca pelo termo revela-se infrutífera, com exceção de São Paulo, onde gerou nove resultados, dos quais três efetivamente enfrentam a questão da validade: uma considerando que “não é ilegal ou abusiva, considerando que criada nos moldes dos artigos 333 e 1425 do Código Civil, refletindo mesmo o espírito do legislador” (SÃO PAULO, 2015), enquanto as outras duas seguem o caminho inverso, afirmando sua abusividade “por prever a possibilidade de vencimento antecipado de todas as obrigações contraídas em razão de qualquer inadimplemento das ora apelantes em relação a qualquer instituição financeira” (SÃO PAULO, 2017) e pela “colocação do consumidor em desvantagem exagerada para caso de descumprimento contratual” (SÃO PAULO, 2016).

A grande variedade da cláusula, que pode atender a composições de interesses bastante heterogêneas, impõe o que vem sendo referido como um controle funcional da sua validade, isto é, um juízo valorativo à luz do caso concreto, tendo em vista os interesses que a cláusula tangencia (SOUZA, 2017, p. 381). Isso importa levar em conta eventual disparidade entre as partes do negócio, especialmente a partir das categorias dos contratos paritários, de adesão e de consumo, bem como a sua proporcionalidade ao fim por ela perseguido, como se passa a analisar.

### 3.1 RELAÇÕES DE CONSUMO, CONTRATOS DE ADESÃO E NEGÓCIOS PARITÁRIOS

Tendo em vista que as razões para se cogitar de invalidade da cláusula de *cross default* se relacionam à desproporcionalidade entre sua infração e suas consequências, bem como à eventual disparidade de poder para negociá-la em termos equilibrados, o seu controle deve ser sensível ao grau de assimetria existente entre as partes. Essa aferição, embora naturalmente dependa da avaliação do caso concreto, não pode prescindir da recondução da relação a um dos quadros normativos gerais vinculados a esse grau de assimetria, por meio do procedimento de qualificação.

Nesse sentido, parece que o quadro normativo em que essa disparidade se coloca de maneira mais significativa é aquele destinado às relações de consumo, em que se firma verdadeira presunção de vulnerabilidade do consumidor. Isso se revela pela interpretação do conceito de consumidor que, após significativa controvérsia, desembocou no chamado *finalismo mitigado* ou *aprofundado*, em que se compreende também como “destinatário final” aquele sujeito que, posto utilize o produto ou serviço para incremento de sua atividade econômica, encontra-se em situação de efetiva inferioridade frente à outra: “a concentração é total na noção de vulnerabilidade” (MARQUES, 2019, p. 347).

A identificação de relação de consumo atrai a incidência das normas protetivas do CDC, que se destinam a reequilibrar uma relação que seria intrinsecamente desequilibrada. Entre elas, encontra-se o rol aberto de cláusulas consideradas abusivas previsto no artigo 51 do referido diploma legal, que as reputa nulas de pleno direito, independente do prévio consentimento do consumidor. Isso não significa, contudo, afastar do consumidor qualquer espaço de exercício de autonomia negocial para a assunção legítima de riscos, se compatíveis com a legítima expectativa sobre o produto e serviço contratado (OLIVA; RENTERÍA, 2017, p. 25).

Nesse equilíbrio entre a autonomia do consumidor e sua proteção se coloca o controle de validade da cláusula de *cross default*, comumente confrontada de forma específica com o disposto no inciso IV do citado dispositivo legal, que invalida cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Os conceitos abertos previstos na redação do inciso, que acabam por torná-lo verdadeira cláusula geral, impondo ao intérprete especial atenção às circunstâncias que envolvem o caso (NERY JR., 2001, p. 513).

Abre-se, portanto, a possibilidade de, mesmo nas relações de consumo, não se partir de um pressuposto insuperável de que as cláusulas *cross default* serão sempre, *prima facie*, inválidas, mas sim, a depender de aferição, em concreto, de se revelarem iníquas, gerem desvantagem exagerada ou violarem o princípio da boa-fé. Diante da já exposta diversidade de estruturas e funções dessa cláusula, essa aferição parece depender de avaliação em cada caso.

*A fortiori*, fora das relações de consumo o espaço de autonomia reconhecido ao devedor, até mesmo para assumir cláusulas *cross default* mais gravosas, seria mais amplo. Isso não significa, todavia, que esse espaço seja ilimitado. Mesmo além do diploma consumerista encontram-se normas protetivas que coíbem cláusulas que, posto assumidas voluntariamente, venham a se

revelar incompatíveis com certos preceitos de ordem pública do ordenamento, como a boa-fé, o equilíbrio contratual.

Naturalmente, essa avaliação será sensível também à disparidade ou assimetria entre os contratante. Como exemplo, podem ser tomados contratos de adesão que não geram relações de consumo, ilustrados frequentemente pelos contratos de franquia e distribuição. Ainda que subtraídos da incidência do CDC, a ausência de liberdade para negociar o conteúdo do contrato – liberdade contratual – enseja a aplicação de normas mais protetivas ao aderente. Além da interpretação mais favorável ao aderente, preconizada pelo artigo 423 do Código Civil, é especialmente relevante para o caso em exame o artigo 424 do mesmo diploma, que impõe controle de validade específico para os contratos de adesão: neles “são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

O dispositivo, que também pode ser invocado contra as cláusulas de *cross default*, é objeto de interpretação bastante controversa. Enquanto na jurisprudência a sua invocação costuma ser bastante tímida, em doutrina é comum encontrar entendimentos pela invalidade do afastamento de qualquer elemento natural do tipo negocial adotado, como as cláusulas de renúncia ao benefício de ordem na fiança ou à indenização das benfeitorias necessárias na locação, bem como a cláusula de eleição de foro nos contratos de franquia e de distribuição, entre outros (TEPEDINO; KONDER; BANDERIA, 2021, p. 80-81).

Sob essa perspectiva, parece que, novamente, não é possível afirmar em abstrato, que toda cláusula de *cross default* seria, *prima facie*, inválida por caracterizar renúncia a direito resultante da natureza do negócio. Não se identifica propriamente uma renúncia a direito natural de qualquer negócio na previsão de causas de antecipação do vencimento ou de resolução que extravasem o âmbito daquele contrato específico.

Por fim, deve-se ter em mente que, mesmo no âmbito de contrato ditos paritários, isto é, livremente negociados, a autonomia negocial não é absoluta, pois constricta por normas gerais como a boa-fé e o equilíbrio contratual. O alto grau de indeterminação desses preceitos normativos não inviabilizou a construção, por meio da atuação da doutrina e da jurisprudência, de parâmetros minimamente objetivos para sua aplicação.

À boa-fé objetiva reconhece-se papel de proteção da confiança e das legítimas expectativas dos contratantes, atuando, entre suas diversas funções, para coibir o exercício abuso de posições jurídicas (CORDEIRO, 2001, p. 879). Nessa função corretora, a boa-fé atua não somente sobre o modo do exercício de direitos, mas também em controle do próprio conteúdo contratual (MARTINS-COSTA, 2018, p. 625).

No tocante ao equilíbrio contratual, observa-se que ele não se restringe às relações de consumo, demandando também no âmbito de relações em que a autonomia negocial para assunção de riscos é mais ampla, algum nível de proporcionalidade (BRITO, 2007, p. 185). Essa exigência de equilíbrio, naturalmente, não se deve ater somente a parâmetros quantitativos ou prestações específicas, mas sim levar em conta a totalidade de posições jurídicas e interesses envolvidos no contrato (SCHREIBER, 2018, p. 54; PERLINGIERI, 2002, p. 134), tendo em vista a operação

econômica guardada no seu complexo, e não os aspectos singulares dos quais ela se compõe (GAROFALO, 2012, p. 585).

Diante desses preceitos normativos, bastante abrangentes, parece possível vislumbrar que a cláusula de *cross default*, em algumas circunstâncias pode colidir com um ou alguns deles, mas em outras tantas situações parece resguardada pela atuação legítima da autonomia negocial. Essa, aliás, parece ser a conclusão desse panorama inicial: o grau de disparidade entre as partes não determina ou afasta, por si só, a validade da cláusula de *cross default*, mas contribui de forma significativa para essa avaliação, ampliando ou reduzindo o espaço reconhecido para a assunção legítima de riscos por meio da autonomia negocial. Essa avaliação, contudo, deve pautar-se especialmente pela avaliação da amplitude de cláusula e sua proporcionalidade à função que visa desempenhar, como se passa a examinar.

### 3.2 ESPECIFICIDADE E PROPORCIONALIDADE

Além da influência da disparidade preexistente entre as partes, parece fundamental ao controle de validade da cláusula de *cross default* analisar sua proporcionalidade à função que pretende desempenhar no contrato. A proporcionalidade vem sendo utilizada de forma afim à ideia de equilíbrio contratual, identificada justamente como medida de avaliação não somente quantitativa, mas também qualitativa do legítimo exercício da autonomia negocial (PERLINGIERI, 2008, p. 407).

Como observado, a cláusula de *cross default* pode se fundar na coligação funcional entre negócios distintos, mas pode também fundar-se na identificação de indícios de perigo de insolvência do devedor. Nesse sentido, a validade da cláusula deve depender de sua adequação à finalidade que visa desempenhar.

Dessa forma, quando a cláusula coliga negócios que juntos visam a uma função comum, sua validade dependerá de o inadimplemento ali previsto efetivamente prejudicar a função comum aos negócios coligados. No exemplo didático recorrente, celebrada a locação de uma casa em uma ilha e o frete de um barco, tendo em vista que a utilidade de um depende do outro, podem as partes estipular validamente que o inadimplemento de um contrato permite a “aceleração” ou mesmo a resolução do outro (KONDER, 2006, p. 106). Por outro lado, recorrendo a outro exemplo didático, em se convencionando a locação de um apartamento junto com a aquisição de móveis para guarnece-lo, não parece proporcional a cláusula que preveja a extinção da locação na falta de entrega de qualquer dos móveis, sem a devida explicação de como isso inviabilizaria a função comum da operação.

Com efeito, no tocante à cláusula resolutiva expressa, já foi apontado ser necessário que a obrigação descumprida seja essencial à realização do escopo do contrato (TERRA, 2017, p. 80). Dessa forma, também quanto à cláusula de *cross default* com referência a contratos coligados, parece necessário verificar se o inadimplemento que ela preveja refira-se a obrigação essencial à função perseguida pelos contratos em conexão.

Já no cenário mais frequente em que a cláusula não remete a contratos funcionalmente interligados, mas simplesmente a obrigações de outros contratos cujo inadimplemento indique insuficiência de recursos do devedor, o juízo de proporcionalidade deve-se pautar por esse fim. Não seria válida, portanto, cláusula que estipule que um inadimplemento levíssimo, com efeitos insignificantes na economia do contrato, permita a sua “aceleração” ou resolução (SIMÕES, 2016, p. 44). O controle aqui, portanto, deve se pautar pela proporção entre a importância da prestação descumprida no outro contrato e o montante ainda a ser cumprido no contrato em que consta a cláusula, tendo em vista a efetiva aptidão daquele inadimplemento para colocar em risco a capacidade do devedor para cumprir com o contrato em questão.

Para essas aferições pautadas pelo fim pretendido, todavia, é pressuposto a clareza necessária na estipulação da cláusula para identificação desse fim e da obrigação cujo inadimplemento vai deflagrar sua aplicação. Nesse ponto parece residir o problema mais recorrente. Nos casos já analisados pelo nosso Judiciário, as cláusulas costumam ser redigidas com alto grau de generalidade e abrangência: “não cumprimento pela Emitente, e/ou pelo(s) Avalista(s), quando aplicável, de quaisquer das obrigações assumidas neste Contrato ou em qualquer outro instrumento firmando com o Banco” (SÃO PAULO, 2017); “se incorrerem em mora e/ou inadimplemento de qualquer obrigação assumida perante o Credor sob e de acordo com este título” (SÃO PAULO, 2015).

Cláusulas redigidas desta forma ficam prejudicadas em sua eficácia, tendo em vista que, de plano, pode-se presumir que não é possível que todo inadimplemento, de qualquer obrigação, será relevante o suficiente para prejudicar a função perseguida pelos negócios ou colocar em risco a capacidade do devedor para cumprir com aquele contrato. Seria possível, assim, indicar que, além da proporcionalidade, outro critério de aferição da validade da cláusula de *cross default* será sua especificidade. Com efeito, tratando da cláusula resolutiva expressa, já se destacou que “cláusulas genéricas e imprecisas, que não observam o requisito da especificidade, equivalem a mera cláusula de estilo, sem valor resolutorio, a que se atribui igual efeito da cláusula resolutiva tácita” (TERRA, 2017, p. 82). Assim, pela mesma razão, pode-se ampliar o raciocínio para as cláusulas de *cross default* que tenham por efeito apenas a “aceleração”: sem a devida especificidade, a cláusula será inapta a produzir seu efeito sem o debate acerca do efetivo prejuízo à função do negócio ou à capacidade econômica do devedor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da ainda tão incipientes doutrina e jurisprudência nacionais sobre o tema, parece precipitado formular quaisquer conclusões definitivas, mas as reflexões traçadas permitem inferir alguns indícios que podem contribuir para o debate. Nesse sentido, observou-se grande heterogeneidade das estruturas da cláusula de *cross default*, tanto no que se refere aos pressupostos para sua invocação, como também para o efeito que ela desencadeia (antecipação do vencimento ou resolução). De todo modo, constatou-se que o efeito costuma ser bastante desproporcional ao fato que a enseja, razão pela qual na prática ela acaba por servir de instrumento de pressão para a



renegociação do contrato em condições mais favoráveis ao devedor.

A partir disso, considerou-se que sua validade ou invalidade não pode ser estabelecida *prima facie*, devendo ser objeto de controle sensível às circunstâncias do caso concreto, sob perspectiva funcional. Como parâmetros idôneos a guiar o intérprete nessa tarefa foi sugerido levar em conta a disparidade entre as partes e a proporcionalidade da cláusula à luz da sua função. Assim, deve-se ter em vista eventual disparidade de forças entre os contratantes, como ocorre presumidamente nas relações de consumo e, mesmo fora delas, em virtude, por exemplo, da impossibilidade de negociação dos termos do contrato, firmado por adesão.

Por outro lado, é também relevante a função que ela efetivamente visa desempenhar – vincular funcionalmente negócios distintos ou apenas assegurar a capacidade econômica do devedor – para aferir a proporcionalidade de seu efeito no tocante à sua causa. Destacou-se, ainda, a relevância de serem redigidas de forma específica, indicando precisamente quais fatos podem desencadear sua aplicação, de modo a evitar referências genéricas a quaisquer descumprimentos de quaisquer contratos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **AREsp 1728011**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 27/08/2020, publ. 02/09/2020.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **AREsp 1019560**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 17/04/2018, publ. 24/04/2018.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva: 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

GAROFALO, Andrea Maria. **La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio**. Rivista di diritto civile, ano 58, n. 2. Padova, mar./abr. 2012, p. 573-614.

GIFFONI, Adriana de Oliveira. As cláusulas “cross default” em contratos financeiros. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 121. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2001, p. 148-149.

JORGE, Fernando Pessoa. A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais. **Separata da Comemoração do XX aniversário**, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1983.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e**

**contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRUFT, Stephen R. Cross-default provisions in financing and derivatives transactions. **Banking Law Journal**, n. 113, 1996, p. 216-240.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 9. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**, tomo 26. São Paulo: Borsoi, 1959, p. 112

NERY JR., Nelson. Da proteção contratual. **In Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Obrigação de meios e assunção de riscos pelo consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 111, 2017, p. 19-38.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. 2, Teoria geral das obrigações**, 28. ed. atualizada por G. C. N. Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista trimestral de direito civil**, vol. 12. Rio de Janeiro, out./dez. 2002, p. 131-151.

ROSA, Diana Serrinha. As cláusulas *cross default* no ordenamento jurídico português. **Revista de Direito das Sociedades**, n. 1. Lisboa, 2016, p. 211-246.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 12ª Câmara de Direito Privado, **Ap. Cível 1040756-06.2015.8.26.0100**; Rel. Des. Jacob Valente, julg. 18/11/2015.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 17ª Câmara de Direito Privado, **Ap. Cível 1022900-29.2015.8.26.0100**, Rel. Des. Paulo Pastore Filho, julg. 18/04/2017.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 23ª Câmara de Direito Privado, **Ap. Cível 1005314-40.2015.8.26.0597**, Rel. Des. Sebastião Flávio, julg. 27/07/2016.

SBRISIA, Henrique. A cláusula *cross default* na perspectiva da análise econômica do direito. **Revista jurídica luso-brasileira**, ano 6, n. 3. Lisboa, 2020, p. 897-941.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SIMÕES, Diogo Cruz. **A cláusula de cross default: da admissibilidade ao controlo societário**.

Dissertação (Mestrado em direito). Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**. São Paulo: Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil, vol. 3: Contratos**, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

**Como citar:** KONDER, Carlos Nelson. Controle de validade da cláusula *cross default* no ordenamento jurídico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 109-121, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p109. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/09/2021.

Aprovado em: 29/09/2022.

## O CONTRATO ESTIMATÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ORIGENS E APLICABILIDADE

### CONSIGNMENT CONTRACT IN THE CIVIL CODE OF 2002: ORIGINS AND APPLICABILITY

Thiago Reis Augusto Rigamonti\*  
Gustavo Henrique de Oliveira\*\*

**Como citar:** RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O contrato estimatário no Código Civil de 2002: origens e aplicabilidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 122-144, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p122. ISSN: 2178-8189.

\*Doutorando em Direito Administrativo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Mestre em Direito (Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP). Especialista em Direito Administrativo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Especialista em Direito Tributário (Faculdade Damásio de Jesus, DAMASIO/SP). Graduado em Direito (Centro Universitário Padre Anchieta, UNIANCHIETA/SP). E-mail: thiago.rigamonti@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9535-8296>

\*\* Doutor em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP). Mestre em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP). Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas (Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC/SP). E-mail: gholiveira38@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9400-902X>

**Resumo:** A pesquisa tem por objeto analisar o Contrato Estimatório à luz do Código Civil Brasileiro de 2002, demonstrando seu espectro de abrangência e sua utilidade no âmbito do Direito Obrigacional. Entre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 em relação ao seu antecessor de 1916, além da própria tipificação do contrato estimatório, extraem-se, especialmente, aquelas atinentes às características de referida espécie contratual quanto ao seu objeto e natureza jurídica, responsabilidade civil na hipótese de inadimplemento, reflexos da relação jurídica firmada com o adquirente da coisa posta sob consignação, desmembramento da propriedade mediante limitação, ainda que temporária, da possibilidade de disposição da coisa pelo consignante e os reflexos do descumprimento de referida restrição. Conclui que o Contrato Estimatório, previsto no Código Civil de 2002, embora não tenha sido tipificado no Código Civil de 1916, já possuía ampla e franca aplicabilidade no Direito Brasileiro e a sua previsão expressa, hodiernamente, trouxe segurança jurídica para o instituto. O método utilizado é o hermenêutico, decorrente da análise da legislação, doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Contratos. Contrato estimatório. Boa-fé. Responsabilidade civil.

**Abstract:** The research aims to analyze the Consignment Contract in the light of the Brazilian Civil Code of 2002, demonstrating its scope and its usefulness in the field of Obligatory Law. Among the innovations brought by the Civil Code of 2002 in relation to its predecessor in 1916, in addition to the typification of the

consignment contract itself, those relating to the characteristics of the said contract regarding its object and legal nature, civil liability in the event of default, reflexes of the legal relationship signed with the acquirer of the thing placed on consignment, dismemberment of the property by limiting, even if temporary, the possibility of disposing of the thing by the consignor and the consequences of non-compliance with said restriction. It concludes that the Consignment Contract, established in the 2002 Civil Code, although not typified in the 1916 Civil Code, already had wide and frank applicability in Brazilian Law and its express provision, nowadays, has brought legal security to the institute. The method used is the hermeneutic, arising from the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** Contracts. Consignment contract. Good faith. Civil liability.

## INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, nada obstante manter uma organização muito semelhante ao seu antecessor de 1916 - como desejado pela comissão elaboradora do nosso atual diploma privado -, trouxe algumas inovações relevantes, muitas delas exteriorizadas por meio de institutos jurídicos consagrados no Direito Comparado que, influenciando o Direito Privado Brasileiro, foram perfilhados em textos normativos específicos.

Embora conte com mais de 18 anos de vigência, a sociedade brasileira ainda tenta assimilar as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, que por vezes tem merecido aplausos por parte da doutrina e tem sido, em outras oportunidades, objeto de diversas críticas.

É imperioso reconhecer que na Parte Geral do Direito das Obrigações, entre os artigos 233 a 420, do Livro 1 da Parte Especial, não foram muitas alterações engendradas pelo legislador por meio do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

Nada obstante, a partir do artigo 421<sup>1</sup> do Código Reale, é possível vislumbrar uma mudança relevante na legislação privada, pois percebe-se de início a consagração do princípio da função social do contrato, previsto nesse texto normativo que é pioneiro nos sistemas jurídicos de direito privado ocidental.

Vale dizer, não se verifica em nenhum outro código civil a adoção da cláusula geral da função social do contrato como limitadora da autonomia privada, apresentada, esta, na forma de liberdade contratual, como previsto no dispositivo em debate.

Consigne-se que o artigo 422<sup>2</sup> do CC prossegue com as novidades e perfilha o princípio da boa-fé objetiva, em sua função integrativa, sob a influência do artigo 1.337<sup>3</sup> do Código Civil italiano, onde se verifica, neste diploma normativo, que as partes, no desenvolvimento das tratativas e na conclusão do contrato devem comportar-se de acordo com os preceitos da boa-fé objetiva, o que mostra o espírito do nosso Código Civil de 2002 de privilegiar a ética nas relações jurídicas. A eticidade e a socialidade, ao lado da operabilidade, inclusive, são reportadas como princípios nucleares do diploma civil de 2002.

O contrato estimatório também representa uma das inovações do Código Reale.

O legislador de 2002, influenciado pelo sistema italiano, foi buscar, entre os artigos 1556 a 1558 do Código Civil da Itália, o regime jurídico a ser adotado no contrato estimatório, que se insere no seio das novidades positivadas no nosso Código Privado, entre os artigos 534 a 537.

Outros países da América também positivaram em seus sistemas normativos essa figura, por vezes, com outra designação conforme será mais bem explorado no decorrer deste trabalho.

Assim, a pesquisa tem por objetivo, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, tratar de aspectos polêmicos atinentes ao contrato estimatório, demonstrando sua abrangência e sua utilidade dentro do campo do Direito Obrigacional.

1 Art. 421. “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

2 Art.422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

3 “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”



A título de problema, a perfazer o objeto-alvo da pesquisa, estipula-se a localização precisa da ótima exegese extraível do ordenamento jurídico quanto (a) à responsabilidade civil do consignatário pela perda ou deterioração da coisa, haja vista o rompimento dos padrões do Código Civil quanto à responsabilidade civil contratual subjetiva e à perda do bem para o seu dono, (b) regime de obrigação, ou não, de exposição dos bens consignados para a venda e (c) plano afetado pelo eventual negócio jurídico de disposição do bem pelo consignante, se o de sua validade (e então, se a invalidade seria absoluta ou relativa) ou da eficácia do ato de disposição da coisa objeto do contrato estimatório.

No tocante à estrutura, de início será feita uma análise conceitual do instituto, em especial seu contexto histórico e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida será verificada a questão atinente às obrigações do consignatário e a influência do direito comparado em nosso sistema jurídico. Por fim, faremos uma análise acerca do poder de disposição do consignante durante a vigência do contrato.

Para estabelecer os parâmetros de pesquisa, adotou-se o método hermenêutico, decorrente da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, inclusive do direito comparado.

Tem-se, a indicar a relevância da pesquisa, que o contrato estimatório previsto no Código Civil de 2002, embora seja uma novidade em relação ao Código Civil de 1916, é uma realidade no País, pois que atende à uma finalidade negocial específica, inconfundível com os demais contratos em espécie previstos antes do Código Civil de 2002, daí já ser objeto de estudo – e de polêmicas –, ainda que dantes celebrado “apenas” sob a alcunha da autonomia privada das partes contratantes sem se submeter, então, a regime normativo especial e próprio.

## **1 ANÁLISE CONCEITUAL E ESCORÇO HISTÓRICO DO CONTRATO ESTIMATÓRIO**

Instituto inserido no contexto do direito das obrigações, o contrato tem a natureza jurídica de negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Fincado no ramo dos direitos patrimoniais, como direito pessoal/obrigacional, o contrato, por gerar obrigação ou obrigações entre as partes, revela-se como um vínculo jurídico transitório, que confere ao credor a possibilidade de exigir do devedor uma determinada prestação de dar, fazer ou não fazer.

Como negócio jurídico, é relevante salientar que o poder conferido pelo sistema à manifestação de vontade da pessoa é bem mais extenso, se comparado com o ato jurídico em sentido estrito, de maneira a permitir que as partes envolvidas no contrato tenham maior liberdade de atuação para determinar o conteúdo e as consequências da manifestação de suas vontades. “No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos” (AMARAL, 2018, p. 467). Essa, a nosso ver, a grande diferença entre ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, visto que o primeiro não detém a denominada vontade qualificada, limitando-se à adoção de um meio para o qual o fim já está predeterminado na norma (como a emissão de um recibo, envio de uma notificação, etc.) (GONÇALVES, 2012,

p. 318).

O contrato estimatório, também denominado de contrato de vendas em consignação, pode ser conceituado, nesse sentido, como o acordo de vontades estabelecido entre consignante (*Tradens*) e consignatário (*Accipiens*), por meio do qual aquele transfere a este a posse direta de um bem móvel juntamente com o poder de disposição, para que o consignatário, durante um determinado lapso de tempo possa vendê-lo ou realizar qualquer outro ato de alienação do bem, se não preferir ficar com a coisa, pagando o preço estimado pelo consignante ou, até, devolvê-la.

É do regime jurídico do referido negócio jurídico bilateral que, se ao final do prazo estipulado entre consignante e consignatário, o bem não for vendido e este último não quiser adquiri-lo, deverá devolvê-lo ao consignante (DONDELLI, 2007, p. 5).

Nesses termos, dispõe o enunciado n. 32, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, no ano de 2002, que: “No contrato estimatório (art. 534) o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado” (BRASIL, 2002a).

O *nomem iuris* reflete a essência dessa espécie contratual, uma vez que o *accipiens* se obriga a pagar o preço estimado pelo *tradens*, podendo auferir o lucro com o sobrepreço que obtiver.

Caso não tenha sido estabelecido um prazo para o cumprimento do contrato, deverá o consignante interpelar o consignatário para que restitua o bem ou pague o preço estipulado (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 721).

Nada obstante ter sido aceito pela doutrina brasileira e ser tratado pelo Código Civil italiano, o contrato estimatório somente veio a ser positivado em nosso direito como contrato típico no Código Civil de 2002 (DONDELLI, 2007, p. 3), entre os arts. 534 a 537 (PEREIRA, 2020, p. 194).

Amplamente utilizado nas práticas modernas, não era, no entanto, ignorado no Direito Romano, que lhe faz referência pelo menos em duas passagens de Ulpiano: uma no *Digesto*, Livro 19, Tít. III, fr. 1, ao mencionar a ação cabível na hipótese de uma coisa ser dada para vender (*quum res aestimata vendenda datur*), e outra (*Digesto*, Livro 19, Tít. V, fr. 13) que trata precisamente do caso de se conferir a outrem uma coisa para vender por preço certo (*Si tibi rem vendendam certo proetio dedissem, ut, quo plures vendidisses, tibi haberes...*) (PEREIRA, 2020, p. 194).

Nesse sentido, do trecho de Ulpiano (D’ORS, 2000, p. 62-63) se extrai o seguinte:

“D. 19, 3, 1 pr.-1: (pr.) Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; es enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudiciis diximus. (1.)

Aestimatio autem periculum facit eius qui susceperit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. ([pr.]”<sup>4</sup>

José Carlos Moreira Alves (2007) assevera não ser possível conhecer a disciplina do contrato estimatório no direito clássico, em razão do estado em que se encontram as fontes sobre a *aestimatum*. “Na época de Justiniano, o *aestimatum* – de grande utilização na prática – está enquadrado entre os contratos inominados” (ALVES, 2007, p. 548).

Sebastião Soares de Faria (1941) já observava, antes mesmo da codificação atual, mas à luz da já consolidação do contrato estimatório na realidade jurídico-comercial diante da especificidade de sua destinação, que no Direito Romano as divergências da natureza jurídica do negócio em apreço não lhe permitiam a identificação com os contratos nominados, não obstante tenha se adotado ação específica (*praescriptis verbis*) para ampará-lo, uma vez que não era convenção assimilável à venda, à locação ou ao mandato (FARIA, 1941, p. 384-385).

Nas lições de Paulo Nader (2018), no mesmo sentido, é no Direito Romano que está a sua origem, onde figurava como contrato atípico, *facio ut des* (faço se deres) ou então *facio ut facias* (faço se fizeres) e a sua natureza era discutida, porquanto se assemelhava à venda, ao mandato, à sociedade e à locação (NADER, 2018, p. 246).

Paulo Nader (2018) também observa que não há em nenhuma fonte no Direito Romano a menção de que o contrato estimatório se limitasse aos bens móveis, sendo que a expressão “*rem ipsam incorruptam reddere*”, constante no Digesto, traz a ideia de que se poderia falar em bens imóveis como objeto do contrato estimatório (NADER, 2018, p. 246).

Nada obstante, o Código Civil é claro ao excluir os bens imóveis dessa espécie contratual aduzindo, em seu artigo 534 que, no “contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada” (BRASIL, 2002b).

Reconhece-se como causa da exclusão dos bens imóveis dentro do espectro do contrato estimatório o caráter solene que condiciona a transferência do direito de propriedade destes (DONDELLI, 2007, p. 6), incompatível com o caráter aleatório do contrato estimatório (que apenas resultará em transferência de propriedade se o bem for vendido ou apropriado pelo *accipiens*, ao invés de devolvido ao *tradens*).

Alejandro D. Dabah (2014) assevera que a menção mais pretérita acerca do contrato estimatório é verificada no Título III, Livro XIX do Digesto que, sobre a rubrica de “*aestimatum*”, aduz que é o contrato pelo qual “una persona (*tradens*) entrega a otra (*accipiens*) una cosa para que esta última la venda y entregue el precio estimado (de ahí la designación de *aestimatum*) o

4 Tradução livre a partir da versão espanhola fornecida pelo autor: “A ‘ação estimativa’ é proposta para dirimir uma dúvida. Porque se duvidou muito, quando uma coisa está avaliada para ser vendida, se haverá a ‘ação do vendido’ por causa da avaliação (estimativa), ou a ‘ação do locado’, como se fosse considerado que Eu tinha dado a coisa no local para ser vendida, ou a ‘ação de condução’, como se tivesse contratado serviços de locação, ou a ‘ação de mandato’. E assim, pareceu melhor propor esta ação (*actio de aestimatio*), pois sempre que houver dúvida sobre o nome de um contrato, mas é acordado que alguma ação seja tomada, a ‘ação estimatoria *praescriptis verbis*’: porque foi feito um negócio civil, e certamente de boa fé, pelo qual também neste caso tudo o que dissermos a respeito dos ‘julgamentos de boa fé’ se realiza. Mas a estimação acarreta o risco da perda de quem tomou a coisa ao seu cargo; assim, então, ou deve devolver a mesma coisa sem prejuízo, ou o orçamento que foi acertado.”

devuelva la cosa intacta en caso de no producirse la venta” (DABAH, 2014, p. 274).

Teixeira de Freitas, no Brasil, já havia estabelecido a sua disciplina, do que denominou de “venda com cláusula estimatória”, no Esboço (arts. 2.105- 2.108) (GARBI, 2018, p.74). O Projeto de Código de Obrigações, capitaneado por Orosimbo Nonato, do qual tiveram participação Caio Mário da Silva Pereira, Theofilo de Azevedo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, apresentado em 1965, reservava dois dispositivos ao contrato estimatório, com base na lei italiana (GARBI, 2018, p.74).

Essa espécie contratual é muito utilizada na relação entre editoras e livrarias, no comércio de joias, máquinas, periódicos, obras de arte e automóveis.

A doutrina, de uma maneira geral, procura comparar esse contrato com outros tipos contratuais, tais como a compra e venda e comissão (GOMES, 2019, p. 234). Para Orlando Gomes (2019), devem ser aplicadas, no que couber, ao contrato estimatório, as regras da compra e venda (GOMES, 2019, p. 234).

César Fiuza (2015) assevera ter o contrato estimatório uma característica mista, pois seria uma mescla entre o contrato de compra e venda e o de depósito (FIUZA, 2015, p. 670).

Carlos Roberto Gonçalves (2020), para sintetizar essa discussão, aduz que:

A venda por consignação não configura uma compra e venda, visto não acarretar o dever de pagar o preço por permitir a devolução da coisa. Também não constitui depósito, por ser essa devolução uma opção. Embora se aproxime do mandato, também não se amolda perfeitamente a esta figura contratual, tendo em vista que, se a venda alcançar excesso de preço, a parte excedente poderá ficar retida, o que seria inadmissível no mandato (GONÇALVES, 2020, p. 292).

Na verdade, essa tentativa de enquadrar o contrato estimatório em outras espécies contratuais semelhantes perdeu a relevância, porquanto o CC/2002 o tipificou como contrato autônomo, com o seu regime jurídico bem delineado pelo legislador (GONÇALVES, 2020, p. 292).

O negócio jurídico em debate, para a maioria da doutrina, se trata de um contrato real e comutativo. César Fiuza (2015) menciona, contudo, que essa espécie contratual “em princípio, é consensual, valendo qualquer que seja a sua forma” e aduz, ainda, ser ele aleatório (FIUZA, 2015, p. 670).

Definitivo, típico, real (forma-se pela entrega da coisa), bilateral ou sinalagmático, oneroso ou gratuito (conforme haja o pagamento do preço ou a devolução da coisa) e aleatório (ainda que haja um benefício mínimo ao *tradens*, não se sabe, via de regra, o valor do lucro a ser obtido pelo *accipiens*) são as características anotadas por Luís Vicente Dondelli (2007, p. 5).

No que tange à circunstância de se afirmar ser consensual o contrato estimatório, a dificuldade em se defender esse entendimento é o fato de que o próprio artigo 534 do Código Civil fala em entrega de bem móvel, o que revela ser um contrato que se aperfeiçoa com a tradição da coisa, portanto, uma das poucas espécies de contrato real tipificadas em nosso sistema. Por outro

lado, com relação à assertiva de que o contrato estimatório seria aleatório, de fato, os autores referidos acima têm razão.

Essa ideia é a que melhor se amolda ao escopo jurídico e socioeconômico do contrato estimatório, uma vez que no contrato comutativo existe a certeza quanto à existência e extensão das prestações envolvidas. Sabe-se de antemão quais são as consequências necessariamente advindas a partir da celebração do contrato. Prestação e contraprestação são predeterminadas.

E isso, na realidade, não ocorre no contrato estimatório, porquanto o consignante não consegue prever, com o aperfeiçoamento do contrato, se ao final terá o bem de volta ou o preço estimado, cuja escolha depende do consignatário, que recebe o poder de disposição da coisa. Tampouco sabe o *accipiens*, ao certo, qual o valor do lucro que terá, se é que o terá.

Nesse sentido, o *accipiens* adquire, em vista do contrato, uma obrigação alternativa, conforme proclama boa parte da doutrina (TARTUCE, 2020, p. 387).

A respeito disso, Flávio Tartuce (2020) relata a existência de divergência doutrinária acerca de o contrato estimatório constituir uma obrigação alternativa ou facultativa ao consignatário (TARTUCE, 2020, p. 387).

Flávio Tartuce (2020), após identificar os dois grupos de doutrinadores, um defendendo a tese de que o contrato estimatório determinaria uma obrigação alternativa ao consignatário e outro advogando o entendimento de que a obrigação seria facultativa, conclui dizendo que, pela leitura dos artigos 536<sup>5</sup> e 537<sup>6</sup> do CC, é possível concluir que a obrigação do consignatário é alternativa, uma vez que o consignante não perde a propriedade do bem com a celebração do contrato, haja vista o disposto no referido artigo 536 do Código Reale, sofrendo limitação apenas quanto ao seu poder de disposição, como determina o artigo 537 (TARTUCE, 2020, p. 387). Nesse sentido, afirma:

Diante desses dois dispositivos, percebe-se que a obrigação do consignatário só pode ser alternativa, justamente diante dessa transmissão temporária do domínio. Tanto isso é verdade que, findo o prazo do contrato, o consignante terá duas opções: *a)* cobrar o preço de estima *ou b)* ingressar com ação de reintegração de posse para reaver os bens cedidos. A possibilidade de propositura da ação possessória decorre da própria natureza da obrigação assumida e também do fato de o consignante, que ainda não recebeu o preço, ser o proprietário do bem (TARTUCE, 2020, p. 387).

A obrigação facultativa é estudada pela doutrina brasileira, no contexto das obrigações complexas pela multiplicidade de objetos, quando se estuda a obrigação alternativa. Não tem previsão expressa em nossa legislação, diferentemente daquilo que ocorre na Argentina, onde se verifica que em seu *Código Civil y Comercial* encontra-se tipificada, entre os artigos 786 e 789.

Na obrigação facultativa, o devedor deve o bem principal, mas pode adimplir a obrigação

---

5 *In verbis*: “Art. 536. A coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou seqüestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço.”

6 *In verbis*: “Art. 537. O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição.”

entregando o bem acessório.

O caráter facultativo não se refere à prestação devida, mas à possibilidade que tem o devedor de substituí-la por outra determinada anteriormente no título da obrigação. Ou seja, se confere ao devedor a possibilidade de substituir a prestação principal por outra idônea ao adimplemento, indicada no momento de constituir-se a dívida (CAIA, 2015, p. 80).

Na obrigação facultativa a escolha é apenas do devedor, não se consolidando (compulsoriamente) a obrigação no objeto facultativo sequer face ao perecimento do objeto principal. A obrigação é simples sob a ótica do credor e alternativa apenas ao devedor (GONÇALVES, 2014, p. 108).

Assim, uma vez que pode o consignatário escolher entre pagar o preço ou devolver o bem e o consignante continua proprietário da coisa mesmo após a celebração desse negócio jurídico, forçoso é convir que a obrigação do *accipiens* é alternativa e não facultativa, principalmente porque não se consegue determinar, nessa situação, qual seria o bem principal que, caso perecido, ocasionaria a extinção da obrigação, como é da natureza das obrigações facultativas. O contrato estimatório se revela, então, como de dois objetos possíveis e exigíveis, tanto sob o ponto de vista do consignante (*tradens*), como do consignatário (*accipiens*), ainda que a escolha seja deste último, caracterizando-se, em que pese a divergência, como alternativo (e não facultativo).

O STJ já concluiu dessa forma, em julgado de 2005 (BRASIL, STJ, 2005). Senão vejamos:

Direito comercial. Falência. Pedido de restituição de dinheiro. Alienação de mercadorias recebidas em consignação antes da quebra. Contabilização indevida pela falida do valor equivalente às mercadorias. Dever da massa restituir ou as mercadorias ou o equivalente em dinheiro. Súmula 417 do STF. O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que (i) a propriedade da coisa entregue para venda não é transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante. Os riscos são do consignatário, que suporta a perda ou deterioração da coisa, não se exonerando da obrigação de pagar o preço, ainda que a restituição se impossibilite sem culpa sua. Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula 417 do STF. A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra. Recurso especial ao qual se nega provimento (BRASIL, STJ, 2005).

O objeto dessa específica figura negocial, caso perecido ou deteriorado impõe o dever ao consignatário de pagar o preço, independentemente de culpa, nos termos do artigo 535 do Código Civil. O preço, por ser dinheiro, não perece (*genus nunquam perit*).



## 2 DAS OBRIGAÇÕES DO CONSIGNATÁRIO E A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO

Em decorrência da celebração do contrato estimatório - notadamente pelo fato de qualquer contrato criar obrigação ou obrigações para as partes - alguns deveres são indubitavelmente impostos ao consignatário e, caso descumpridos, conferem ao consignante a possibilidade de exigir-lhes o cumprimento ou extinguir (resolução) o contrato.

Conforme referido no capítulo anterior, a responsabilidade do consignatário, pelo perecimento ou deterioração da coisa é objetiva.

De acordo com o estabelecido, o consignatário corre os riscos do perecimento do bem, ainda que por caso fortuito ou força maior, o que demonstra a quebra do princípio de “res perit domino”, de que o bem, ante a impossibilidade da devolução, perece para o dono, que no caso, seria o consignante.

Assim, no momento da entrega do bem e conseqüente celebração do contrato estimatório, o *tradens* apenas transfere ao consignatário o poder de disposição da coisa, uma vez que mantém a propriedade do bem (DABAH, 2014, p. 281).

Na opinião de Álvaro Villaça Azevedo (2019), nada justificaria o rompimento desse milenar princípio (de que a coisa perece para o dono), que encontra fundamento no Código de Hamurabi e que estrutura todo o nosso direito obrigacional (AZEVEDO, 2019, p. 132-133). O modelo perfilhado pelo Código Reale foi o Código Civil italiano (arts. 1.556 a 1.558). Este Código, no art. 1.557, também rompe com o preceito de que a coisa perece para o dono (*res perit domino*), na hipótese de impossibilidade de restituição do bem, mesmo que sem culpa do consignatário.

Consigne-se que a questão sobre quem deve suportar a perda da coisa ainda que por caso fortuito é um dos principais problemas verificados na “aestimatum”, razão pela qual, talvez, encontremos divergências em algumas legislações hodiernas sobre o tema.

Isso pode ser percebido por meio da leitura de alguns fragmentos do Digesto, em que se percebe uma confusão acerca da imposição da responsabilidade do consignatário pela perda ou deterioração da coisa.

Em D.19,3,1,1 Ulpiano assevera que a estimação ocasiona o risco pela perda daquele que tomou a seu cargo a coisa, ou seja, o *accipiens*; assim, pois, ou deverá devolver a mesma coisa ou a estima que se concordou (D’ORS, 2000, p. 62-63). Senão vejamos: “Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit”.

Em outro trecho do Digesto, em 19, 5, 17, 1, Ulpiano expõe:

“Si Margarita tibi aestimata. dedero ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem es hac causa utique erit praescriptis verbis.”

Na tradução: Se eu houvesse dado umas pérolas estimadas, para que logo me devolvessem as mesmas ou o preço delas e depois, antes de vendê-las, fossem perdidas; de quem seria a perda? E disse Labeão, o que escreveu Pompeu, que se verdadeiramente eu como vendedor foi quem pediu, a perda é minha; porém se você quem me pediu, a perda é sua; e que se nenhum de nós criamos o risco, apenas consentimos, você se obriga unicamente a responder por dolo e por culpa (*accipiens*). Porém a ação por esta causa será certamente a *actio praescriptis verbis* (D'ORS, 2000, p. 58-59).

Nesse trecho (D19, 5, 17, 1), diferentemente do anterior, a responsabilidade do *accipiens* depende de culpa.

Diante disso, verifica-se uma divergência no Digesto acerca da responsabilidade pela perda da coisa quando celebrado o contrato estimatório, que pode ter provocado reflexo nos sistemas jurídicos da atualidade, conforme será demonstrado.

O artigo 535<sup>7</sup>, do nosso Código Civil de 2002, ao aduzir que a impossibilidade de restituição da coisa, mesmo que por fato não imputável ao consignatário, não o exonera do dever de pagar o preço, sinaliza que a responsabilidade dele é objetiva agravada, vale dizer, independente de culpa, na modalidade do risco integral, incidente ainda que decorrente de caso fortuito ou força maior (ROSENVALD, 2018, p. 565).

De fato, ao asseverar que o consignatário responde mesmo que por fato a ele não imputável, o Código Civil brasileiro segue novamente o *Codice Civile*, em seu artigo 1.557<sup>8</sup> e afasta duas regras gerais proclamadas por nosso sistema. A primeira é a constante do artigo 392<sup>9</sup> do Código Reale, que consagra a regra da responsabilidade subjetiva dos contratantes nos contratos onerosos.

A segunda é o preceito de que na obrigação de dar coisa certa, na modalidade da restituição, caso pereça ou deteriore o bem sem culpa do devedor, a regra é de que a coisa pereça para o dono (*res perit domino*), nos termos dos artigos 238<sup>10</sup> e 240<sup>11</sup> do Código Civil de 2002, o que não ocorre, nessa modalidade contratual em debate pois, como outra exceção, vigora o princípio do *res perit debitoris*.

Não é por demais afirmar, ainda, que o sistema civilista, quando adota a responsabilidade independentemente de culpa, o faz perfilhando a modalidade da responsabilidade objetiva seguindo a teoria do risco criado ou do risco proveito, o que permite a alegação por parte do agente lesivo das causas excludentes do nexo de causalidade para afastar o seu dever de indenizar.

Contudo, na hipótese do retratado pelo artigo 535 do Código Civil, caso ocorra o evento danoso, não poderá o consignatário alegar nenhuma das causas excludentes do nexo de causalidade, tais como, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva de terceiro, podendo apenas demonstrar

7 *In verbis*: “Art. 535. O consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável.”

8 *In verbis*: “Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall’obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile.”

9 *In verbis*: “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.”

10 *In verbis*: “Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.”

11 *In verbis*: Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239.

a culpa exclusiva da vítima (GARBI, 2018, p. 83), o que evidencia que esse dispositivo utilizou a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral.

Nesse sentido, os julgados do TJSP de 2010 e de 2018:

Contrato verbal estimatório. Ação de cobrança do preço. Motocicleta. Ocorrência de roubo. Responsabilidade do consignatário pela perda da coisa, ainda que em caso fortuito ou força maior. Inteligência do art. 535 do CC/2002. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2010a).

EMENTA: Bem móvel. Contrato estimatório. Ação indenizatória. Procedência. Preliminares afastadas. Veículo entregue pela autora à ré em consignação para venda. Perecimento do bem por culpa do sócio da consignatária, que se envolveu em acidente quando o utilizava sem autorização da consignante, resultando em perda total. Indenização securitária que ressarciu apenas parte do valor do veículo. Responsabilidade da consignatária pelo pagamento da diferença, por força do art. 535 do CC. Circunstâncias fáticas alegadas pela apelante que não se mostram suficientes a isentá-la de sua obrigação legal. Indenização devida. Honorários contratuais que não podem ser reclamados pela parte. Precedentes jurisprudenciais. Julgamento “extra petita” em relação aos danos morais. Recurso provido em parte

(...) Acrescente-se que, embora o ajuste em questão não tenha o escopo de transferir a propriedade do bem consignado, recaem sobre o consignatário os riscos da coisa. Nos termos do art. 535 do Código Civil, “O consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável”.

Consoante anotam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “Embora o contrato estimatório não tenha o condão de criar para o consignante a obrigação de transferir a propriedade da coisa ao consignatário, os riscos da coisa (i.e., o ônus de suportar deterioração ou perecimento provocados por caso fortuito ou força maior) recaem sobre este, excepcionando a regra geral *«res perit domino»*. Da mesma forma, se a perda ou deterioração forem imputáveis a terceiro, caberá ao consignatário buscar a reparação devida, mas é ele o consignatário quem irá responder perante o consignante, via pagamento pelo preço ajustado” (Código Civil Interpretado, vol. II, pag. 209). Diante de tais considerações, a condenação da consignatária em ressarcir a consignante pelos prejuízos decorrentes da perda do veículo a ela confiado é medida de rigor. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2018).

O Código de Comércio de El Salvador, em seu artigo 1051, I, seguindo o sistema italiano, também impõe a responsabilidade objetiva ao consignatário, na hipótese de impossibilidade de restituição do bem, ao afirmar que o “consignatario está obligado a pagar el precio de lo recibido, cuando no devuelva las cosas, aun en el caso de que la devolución se vuelva imposible por causas que no le sean imputables.”

O Código Comercial de Guatemala e o de Honduras, nos artigos 713, 1º e 826, I, respectivamente, também estipulam a responsabilidade objetiva do consignatário, por influência do sistema italiano.

O sistema colombiano, de forma diversa, no artigo 1378<sup>12</sup> do seu Código Comercial (*Código de Comercio de la República de Colombia*), estabelece expressamente a responsabilidade subjetiva do consignatário pela perda ou deterioração da coisa e permite, por conseguinte, salvo estipulação em contrário dos contratantes, o afastamento do dever de indenizar do *accipiens* sob a alegação de força maior.

O Código Comercial mexicano, em seu artigo 393,<sup>13</sup> por seu turno, aduz que ao celebrar o contrato de consignação mercantil (contrato estimatório), o consignatário assume os riscos do bem, podendo, nada obstante, alegar a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Dessa forma, é possível verificar que alguns países impõem a responsabilidade objetiva ao consignatário e outros preferem a responsabilidade subjetiva, o que nos lembra a celeuma encontrada no Digesto, conforme acima narrado.

Consigne-se que a responsabilidade pelo não pagamento do bem, na hipótese de venda da coisa a terceiro pelo consignatário é deste último, baseado nesse artigo 535 do Código Civil.

Destarte, o *accipiens*, na hipótese de ter vendido o bem objeto do contrato estimatório e não ter recebido o preço pelo adquirente, deve pagar o preço estimado ao consignante e adotar as providências jurídicas cabíveis em face do adquirente, não podendo esquivar-se de sua obrigação assumida perante o consignante, com fundamento no não pagamento do preço por parte do terceiro adquirente do bem (ROSENVALD, 2018, p. 565).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo, extrai-se o elucidativo julgado:

Contrato estimatório. Venda de automóvel em consignação. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pretensão deduzida em face do terceiro adquirente. Descabimento. Cobrança que deveria ser voltada em face do consignatário. Loja de automóveis. Relação jurídica que não alcança o terceiro. Loja responsável pela venda que tem a obrigação de repassar o preço estimado ao consignante. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2010).

Igualmente incabível - assim tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecido, com acerto – que o consignante busque reivindicar o domínio perante o terceiro adquirente, na hipótese de inadimplemento quanto ao pagamento do preço pelo *accipiens* (consignatário):

EMENTA: Agravo de Instrumento. Bem móvel (automóvel). Ação declaratória. Decisão recorrida deferiu, em sede de antecipação de tutela, inaudita altera parte, a restituição imediata pela agravante, de automóvel que a parte agravada havia entregue à revendedora de veículos corré em consignação, para venda. Irresignação - Os elementos de convicção constantes dos autos de origem indicam que a revendedora consignatária vendeu o veículo a ela entregue pela

12 Art. 1378: “Salvo estipulación distinta, el consignatario es responsable de culpa leve en la custodia de las mercancías y en el cumplimiento del contrato, pero no responde por el deterioro o pérdida de ellas provenientes de su naturaleza, de vicio propio o de fuerza mayor.”

13 “Los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera real por el consignante, con la excepción de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor tratándose de bienes individualmente designados los cuales correrán a cargo del consignante.”

parte agravada, em consignação, à ora agravante. Há também no feito, dados indicativos de que para aquisição do veículo, a agravante celebrou contrato de financiamento com instituição financeira. Destarte, forçoso convir que a prova até então apresentada aponta para a celebração de contrato estimatório entre a parte agravada e revendedora. O contrato estimatório, que trata da entrega, pelo consignante, de bens móveis, ao consignatário, para venda, está regulamentado pelos dispositivos contidos na legislação civil, precisamente nos arts. 534 a 537. Por força de tal contrato, dada a extensão da relação estabelecida, se o bem for vendido pelo consignatário a terceiro de boa-fé, ou seja, aquele que paga corretamente o preço pedido (caso que parece ser o da agravante), o negócio será considerado válido e acabado, devendo o consignatário repassar o valor da venda ao consignante. Bem por isso, não se afigura prudente, em sede de antecipação de tutela, privar a agravante, terceira, supostamente adquirente de boa-fé, da posse do bem, em virtude do consignatário não ter procedido o repasse ao consignante (parte agravada) do valor concernente à venda do veículo. Com efeito, embora o quanto concluído em relação à agravante esteja limitado pelo início de conhecimento, fato é que as afirmativas feitas pela parte agravada relativamente à agravante não pesaram ao espírito deste julgador, a ponto de prevalecerem sobre eventuais hipóteses negativas. Logo, não há que se falar, por ora, em probabilidade. Destarte, incabível a antecipação de tutela, nos termos em que deferido. Realmente, como já assentado em iterativa jurisprudência, os pressupostos da tutela antecipada, consubstanciados no art. 300, do CPC, são concorrentes. Destarte, a ausência de um deles, inviabiliza a pretensão do autor. Recurso provido. (ESTADO DE SÃO PAULO, TJSP, 2020).

Essa circunstância demonstra que a relação jurídica estabelecida entre consignante e consignatário não se confunde com a relação concebida entre o consignatário e o eventual adquirente do bem objeto dessa figura negocial. São relações jurídicas distintas, de forma que igualmente não pode o adquirente do bem entregue ao consignatário em virtude do contrato estimatório, exigir ou demandar o consignante por qualquer razão que seja.

Para o consignante, em reciprocidade, uma vez que o contrato celebrado confere ao consignatário o poder de disposição do bem, não lhe é concedida nenhuma demanda em face do eventual terceiro adquirente desse bem. Como referido, o direito do consignante é de receber do consignatário o bem de volta em sua integridade ou o valor estimado. Nada além disso poderá exigir.

O “Código Civil y Comercial” argentino traz, em seu artigo 1.337<sup>14</sup>, que trata do contrato de consignação, previsão expressa acerca da inexistência de relação jurídica entre o consignante e as pessoas que celebrem negócios jurídicos com o consignatário, envolvendo o bem objeto do contrato em consignação.

María Eugenia Rodriguez Pería (2015), ao comentar o artigo 1335 do “Código Civil y Comercial” argentino - que inaugura o regime jurídico do contrato de consignação - explica que o desenvolvimento da atividade do consignatário é feito em nome próprio, que manifesta a vontade por ele mesmo frente aos terceiros, de forma que o “consignante no queda obligado frente a los

14 Art. 1337 do Código Civil y Comercial “El consignatario queda directamente obligado hacia las personas con quienes contrata, sin que éstas tengan acción contra el consignante, ni éste contra aquéllas.”

terceros, ni estos contraen obligaciones ni derechos directos a su favor o en su contra” (PERÍA, 2015, p. 68).

Outra questão que envolve o conjunto de obrigações do consignatário é aquela atinente à exposição do bem para a venda. A bem da verdade, sequer pode o consignante exigir do consignatário a exposição do bem para a venda, se as partes não pactuarem nesse sentido no momento da contratação. O modo de exibição da coisa e o lugar para isso ocorrer devem ser previamente estabelecidos no contrato (GARBI, 2018, p. 82), o que possibilitará ao *tradens* demandar o *accipiens* por inadimplemento contratual caso o bem não seja exposto para a venda.

Seguindo essa linha de raciocínio, a obrigação do consignatário é de meio e não de resultado, de forma que não poderá ser responsabilizado caso não consiga encontrar um comprador para o bem do consignante (GARBI, 2018, p. 83).

O nosso legislador de 2002, ao seguir o modelo italiano dessa figura negocial em debate - que destinou apenas três dispositivos em seu *Codice*, o que lhe rende críticas por parte da doutrina por não conseguir regulamentar, na integralidade, a essência do contrato estimatório (DABAH, 2014, p. 283) - foi tímido ao discipliná-la em apenas 4 (quatro) dispositivos, entre os artigos 534 a 537.

Consigne-se, nada obstante, que o sistema italiano inspirou, a partir da década de 40 do século passado, porquanto o seu atual código civil é de 1942, várias legislações de outros países no que tange ao contrato estimatório.

Isso ocorreu com os sistemas da Guatemala<sup>15</sup>, Honduras<sup>16</sup> e de El Salvador que, basicamente, copiaram, em seus respectivos Códigos Comerciais, o regramento italiano sobre essa figura contratual. O Código de Comércio de Colômbia, entre os artigos 1377 e 1381, traz a figura do contrato em consignação ou estimatório e prevê algumas poucas diferenças em comparação com o direito italiano. Uma delas já foi retratada acima e corresponde à responsabilidade civil do consignatário pela perda ou deterioração da coisa em seu poder que é subjetiva.

Outros países, de maneira um pouco diversa, afastaram-se do sistema italiano e trataram o contrato estimatório como uma espécie de mandato (DABAH, 2014, p. 283).

Foi o caso do sistema argentino, em que se verifica no artigo 1335 do *Código* “Civil y Comercial” que o contrato estimatório, denominado de contrato de consignação, surge como uma modalidade de mandato, nos seguintes termos: “Hay contrato de consignación cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles. Se le aplican supletoriamente las

15 Art. 713 do Código de Comercio de Guatemala: “El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas: 1º. El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución, aun por causas que no le sean imputables. 2º. El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero éstas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagado el precio. 3º. El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas, en tanto que no le sean restituidas.”

16 Art. 826 del Cód. Com. de la República de Honduras: “El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas: I. El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución aun por causas que no le sean imputables; II. El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero estas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagada el precio; y III. El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas en tanto que no le sean restituidas”.



disposiciones del Capítulo 8 de este Título<sup>17</sup>”.

O Código Comercial mexicano, por seu turno, entre os artigos 392 e 394, trata da “consignación mercantil” de maneira bem exauriente, prevendo, inclusive, no artigo 393, 4,<sup>18</sup> o prazo de 2 (dois) dias úteis para que o consignante, após a ocorrência da venda do bem objeto do contrato estimatório, receba do consignatário, o preço estimado, salvo disposição em contrário.

Assim, verifica-se que o sistema italiano exerceu grande influência em nosso e em vários países nessa modalidade contratual, nada obstante podermos observar que o tratamento da matéria, perante o Código Civil de 2002, em razão disso, ocorreu de maneira tímida, notadamente pelo fato de ser um contrato de elevada incidência prática, o que lhe poderia render uma quantidade maior de dispositivos, a exemplo do que se verifica no México que detalha essa figura contratual em vários textos normativos.

No entanto, uma circunstância verificada em todas as legislações acima pesquisadas é a existência de texto normativo específico, com exceção do sistema argentino, em que se determina a proibição da disposição do bem, na vigência do contrato em debate, por parte do *tradens*, ou a menção expressa à perda do seu poder de dispor da coisa durante o mesmo período, tema a seguir enfrentado.

### 3 DA PERDA DO PODER DE ALIENAÇÃO DO CONSIGNANTE DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO

Conforme referido anteriormente, o contrato estimatório, quando celebrado, transfere ao *accipiens* apenas o poder de disposição da coisa, mas não altera a titularidade do bem, que continua sendo do *tradens*. O próprio artigo 536, do CC/2002, deixa clara essa ideia de que a propriedade continua sendo deste último, ao afirmar que a “coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço”.

Destarte, não são todas as faculdades do domínio que permanecem com o consignante, uma vez que a tradição do objeto ocasiona a transferência do poder de disposição para o consignatário, com o escopo de que ele possa efetivar as operações de venda (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2020, p. 184).

Consigne-se que a posse da coisa, no momento da celebração do contrato estimatório, é desmembrada, o que faz com que o consignatário adquira a posse direta do bem, permanecendo o consignante com a posse indireta (DONDELLI, 2007, p. 6).

O consignatário, possuidor direto do bem, detém, na medida da sua disponibilidade, a pretensão de vendê-lo, tendo sido conferida a si esta prerrogativa, da qual o consignante, temporariamente, abre mão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 138). Neste sentido:

17 Tradução livre: Há contrato de consignação quando o mandato é sem representação para a venda das coisas móveis. Aplicam-se supletivamente as disposições do capítulo 8 deste título.

18 “Una vez verificada la venta del bien dado en consignación, el consignatario tendrá dos días hábiles para entregar la ganancia pactada al consignante, salvo pacto en contrario.”

Como acentuamos, é essencial que o *tradens* entregue a coisa móvel ao consignatário, bem como sua disponibilidade. No entanto, conserva a propriedade. Findo o prazo do contrato ou da notificação, conforme assinalado, terá ele direito ao preço ou à restituição da coisa. Outrossim, durante o lapso contratual, não pode pretender a restituição nem turbar a posse direta do consignatário, que pode opor-lhe os meios possessórios. Como mantém o *tradens* o domínio, pode prometer a venda da coisa para após o prazo de consignação, mediante a condição de re aquisição da disponibilidade. A esse respeito dispõe o art. 537 do vigente Código: ‘*O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída, ou de lhe ser comunicada a restituição*’. (VENOSA, 2020, p. 396).

O Código Comercial mexicano, ao apresentar esse tipo negocial com outra denominação, nada obstante, dispõe em seu artigo 392, expressamente, que “una persona denominada consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad de uno o varios bienes muebles, a otra persona denominada consignatário”. Vale dizer, o sistema mexicano preferiu deixar bem claro o fato de que com o aperfeiçoamento desse contrato, não há transmissão de titularidade do bem, somente o poder de disposição da coisa.

Dessa forma, ao transferir o poder de disposição do bem temporariamente ao *accipiens*, o *tradens* fica despojado dele até que o contrato estimatório seja extinto. O que significa afirmar que mesmo sendo proprietário do bem, não pode aliená-lo, nos termos do que dispõe, nessa linha de raciocínio, o artigo 537 do Código Civil de 2002, ao aduzir que: “O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição”.

Essa mesma vedação é encontrada no Código Civil italiano, artigo 1.558, no Código Comercial de El Salvador, artigo 1.051, III, no Código Comercial mexicano, artigo 393, 5 e no Código Comercial colombiano, artigo 1.381. Expressam a ideia de perda do poder de disposição do consignante quando celebrado o contrato estimatório os Códigos Comerciais de Guatemala, artigo 713, 3º e Honduras, artigo 826, III.

Questão interessante que surge é aquela atinente à consequência jurídica do eventual desrespeito do consignante ao contrato estimatório e a venda do bem a um terceiro, com inobservância do disposto no artigo 537 do CC. Ou seja, se antes de lhe ser devolvida a coisa ou comunicada a sua restituição o *tradens* vendê-la para uma outra pessoa, essa venda seria válida, inválida ou ineficaz?

Marco Aurélio Bezerra de Melo (2021) afirma que na vigência dessa espécie negocial, o objeto fica à disposição do *accipiens*, e infringiria o princípio da boa-fé objetiva, que se materializa na lealdade e confiança recíprocas, se o *tradens* pudesse dispor da mesma coisa para outras pessoas (MELO, 2021, p. 381). Apenas estará autorizado a tanto, legal e contratualmente, depois de regular comunicação do consignatário no sentido de que não pretende ficar com a coisa ou no momento da sua restituição. Qualquer alienação realizada de maneira diversa será considerada “ineficaz perante o consignatário, respondendo o consignante perante o terceiro pelos prejuízos que este experimentou ao confiar na seriedade do contrato” (MELO, 2021, p. 381).

Nesse mesmo sentido, de que a violação do artigo 537 do CC/2002, subsumiria em

hipótese de ineficácia do contrato celebrado pelo consignante, é a opinião de Nelson Rosenvald (2018), que visualiza uma verdadeira “venda a non domino”, o que tornaria ineficaz o negócio jurídico diante do consignatário, em sua opinião (ROSENVALD, 2018, p. 566).

A nosso ver, tratar-se-ia de uma hipótese de inadimplemento contratual (do contrato estimatório) bem como de nulidade absoluta do negócio jurídico de disposição da coisa pelo consignante a um terceiro, porquanto dispõe o artigo 166, VII, do Código Civil de 2002, ser nulo o negócio jurídico quando: “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção”.

A análise do artigo 537, do CC/2002, deixa evidente o fato de que o legislador, ao afirmar que o “consignante não pode dispor da coisa”, indica uma proibição da prática do negócio jurídico de alienação do bem transmitido, na vigência do contrato estimatório, o que nos leva à ilação de que o eventual contrato de compra e venda celebrado pelo consignante, com infringência a esse dispositivo, seria nulo.

Dispõe Paulo Lôbo (2020) que:

Há quem sustente que a violação da norma de vedação de dispor da coisa, pelo consignante, constituiria inadimplemento do contrato, mas produziria efeitos em relação a terceiro. Assim, a venda da coisa consignada, dentro do prazo ajustado, feita pelo consignante a terceiro, seguida da tradição, produziria os efeitos de transmissão da propriedade. O terceiro estaria legitimado a reivindicar a coisa do consignatário (Biscontini; Ruggeri, 1998, p. 31). Entendemos, contrariamente, que não se trata simplesmente de inadimplemento contratual. Não se estaria violando apenas o contrato. Está em jogo não apenas o ilícito relativo às partes do contrato, mas o princípio da boa-fé que tutela o interesse de todos aqueles que confiem na legitimidade do poder de disposição do consignatário. Nulo é o negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (CC, art. 166, VI). A nulidade decorre da violação da lei que atribui ao consignatário o poder exclusivo de disposição. (LÔBO, 2020, p. 334).

Como se revela da citação acima, referido autor também atribui peso ao princípio da boa-fé objetiva, premissa principiológica fundamental ao Código Civil de 2002 – elencando-se a eticidade, socialidade e operabilidade como seus princípios nucleares (DINIZ, 2019, p. 66) –, diploma que erigiu, pioneiramente nos sistemas jurídicos de direito privado ocidentais, a função social do contrato como limite à autonomia privada (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 633).

Nesse mesmo sentido, dispõe Alexandre Dartanhan de Mello Guerra (2019), ao aduzir que a parte inicial do artigo 537 do CC/2002 revelaria norma cogente e o seu desrespeito ocasionaria a nulidade absoluta, nos termos do artigo 166, VI, do CC/2002, do contrato entabulado entre o consignante e um terceiro (GUERRA, 2019, p. 861-862).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013) comungam do mesmo entendimento ao afirmarem que a inobservância desse regramento pelo *tradens*, por alienação do bem diretamente a terceiros, viola “o comando do CC 166 VI, causa de nulidade absoluta do negócio feito entre consignante e terceiro, tendo por objeto as coisas consignadas” (NERY

JUNIOR; NERY, 2013, p. 722).

O nosso pensamento diferencia dos referidos autores, apenas no que tange ao inciso do artigo 166 do Código Civil de 2002 que serve de fundamento para a alegação da nulidade do contrato celebrado sem o respeito ao artigo 537 do CC, uma vez que pensamos que seria a hipótese de se aplicar o inciso VII e não o VI daquele dispositivo, haja vista o fato de a lei proibir a prática de ato de disposição por parte do consignante na vigência do contrato estimatário.

## CONCLUSÃO

O contrato estimatário se revela como pertinente objeto de estudo, mormente em se considerando ter recibo tipificação e regramento próprios apenas a partir do Código Civil de 2002, situando-se dentre as inovações de referido diploma.

Respeitando os princípios informadores do vigente Código Civil, a boa-fé objetiva se revela intrínseca aos direitos e obrigações que informam a celebração e a execução do contrato estimatário, daí não se distinguindo das demais formas contratuais previstas e normatizadas pelo Código Reale.

É no Direito Romano que se reconhece a origem do contrato estimatário, uma vez que, a despeito de não nomeado a este título no Direito Clássico, nele foram reconhecidas ações próprias para a proteção da relação jurídica estimatória, pois que não idêntica, a despeito do compartilhamento de certas características, à locação, à compra e venda e ao mandato.

Merecem a devida abordagem os núcleos polêmicos que ainda envolvem o contrato estimatário, tendo se sustentado se tratar de obrigação alternativa (e não facultativa), em que, ainda que caiba a escolha ao devedor, há duas prestações que, alternativamente, podem satisfazer os pressupostos do adimplemento (entrega do preço ou restituição da coisa); contrato real, ao invés de consensual, pois que se aperfeiçoa mediante a tradição da coisa; e contrato aleatório, pois que revela incerteza acerca da prestação que será recebida pelo *tradens* e pelo *accipiens*.

Abordou-se a peculiar responsabilidade objetiva do *accipiens* (consignatário) na hipótese de perecimento do objeto cuja posse direta lhe foi transmitida, inafastável até mesmo frente às hipóteses de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro, excetuando as regras gerais de responsabilidade civil contratual subjetiva e de que a coisa “perece para o dono”.

Não obstante econômico em seu regramento, o Código Civil Brasileiro traz fundamentos bastantes para se reconhecer a autonomia entre a relação jurídica negocial do adquirente com o consignatário, de maneira a nada ter a exigir o adquirente do consignante e vice-versa, na hipótese de inadimplemento do consignatário.

Abordou-se, ao final, a relevante particularidade de que se reveste o direito de propriedade quando do contrato estimatário, uma vez que, a despeito de reservada a propriedade ao consignante enquanto não promovida a venda ou a aquisição própria pelo consignatário, há a restrição da potência de “dispor” por parte do consignante, que, em homenagem à boa-fé do consignatário e

de sua justa expectativa na promoção da venda da coisa, percebe peremptória vedação a qualquer ato de disposição por parte do *tradens*, já que referido direito de dispor sobre a coisa é transmitido ao consignatário enquanto vigente ou não resolvida a consignação, constituindo-se em hipótese de nulidade (invalidade absoluta: e não relativa ou mero inadimplemento contratual, tampouco apenas ineficácia) eventual disposição por parte do consignante.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o contrato estimatório previsto no Código Civil de 2002, embora seja uma novidade em relação ao Código Civil de 1916, já era uma realidade no País, e a sua previsão contribuiu para conferir maior segurança jurídica na efetivação das relações individuais e sociais, particularmente das relações privadas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: contratos típicos e atípicos. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Código Civil**, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF, 2002.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002a.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1, 11 jan. 2002b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 710.658/RJ**. Direito Comercial. Falência. Pedido de restituição de dinheiro. Alienação de mercadorias recebidas em consignação antes da quebra. Contabilização indevida pela falida do valor equivalente às mercadorias. Dever de a massa restituir ou as mercadorias ou o equivalente em dinheiro. Súmula n. 417 -STF. Relatora: Mini. Nancy Andriighi, 06 setembro 2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7196103/inteiro-teor-12944506>. Acesso em: 03 set. 2022.

CAIA, Maximiliano L. Sección 4ª: obligaciones facultativas. *In*: HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.). **Código Civil y comercial de la Nación comentado**: libro tercero artículos 724 a 1250. Buenos Aires: Infojus, 2015. (Tomo 3). p. 80-83. Disponível em: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_TOMO\\_3\\_FINAL\\_completo\\_digital.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf). Acesso em: 03 nov. 2022.

COLÔMBIA. **Código de Comercio de Colombia**. Decreto n.º 410 de 1971, 1971.

- D'ORS, Alvaro. Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. **Prudentia IURIS**, Buenos Aires, n. 51, p. 55-66, 2000. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2759/1/prudentia51.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.
- DABAH, Alejandro D. Contrato estimatorio. **Revista Pensar en Derecho**, Buenos Aires, v. 3, n. 5, p. 271-333, 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/contrato-estimatorio.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil. 36. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. v. 1.
- DONDELLI, Luís Vicente. Contrato estimatório. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 31, p. 147-167, 2007.
- EL SALVADOR. Código de Comércio de El Salvador. Decreto n.º 671, 1970.
- FARIA, Sebastião Soares de. Do contrato estimatório. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 372-387, 1941. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65944>. Acesso em: 3 nov. 2022.
- FIUZA, César. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 4.
- GARBI, Carlos Alberto. Contrato estimatorio (v em consignação). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Bevilacqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. v. 2.
- GUATEMALA. Código Comercial de Guatemala. Decreto n.º 2-70, 1970.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Comentários sobre o art. 537. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- HONDURAS. Código de Comércio de Honduras. Decreto n.º 73 del 17 de febrero de 1950, 1950.



ITÁLIA. Codice Civile. Régio Decreto 16 marco 1942, n.º 262, 1942.

ITÁLIA. **Codice Civile online**. [S. l.: s. n.], c2017. Disponível em: <https://www.codice-civile-online.it/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MELO, Marco Aurelio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz; TARTUCE, Flávio; SIMAO, Jose Fernando; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MÉXICO. Código de Comercio, 1889.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

PERÍA, María Eugenia Rodriguez. Contrato de consignación. *In*: HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.). **Código Civil y comercial de la Nación comentado**: libro artículos 1251 a 1881. Buenos Aires: Infojus, 2018. (Tomo 4).

ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2246237-16.2019.8.26.0000**. Relator: Neto Barbosa Ferreira, 17 novembro 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/243762287/processo-n-224XXXX-1620198260000-do-tjsp>. Acesso em: 03 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9179788.11.2006.8.26.0000/SP**. Relator: Amorim Cantuária, 05 maio 2010a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1108049640/inteiro-teor-1108049679>. Acesso em: 03 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9056696-59.2007.8.26.0000/Santo André**. Relator: Edgard Rosa, 10 novembro 2010b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1007873-94.20154.8.26.0006**. Relator: Kioitsi Chicuta, 10 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos de**

**Direito Civil:** contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

**Como citar:** RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O contrato estimatório no Código Civil de 2002: origens e aplicabilidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 122-144, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p122. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 09/09/2021.

Aprovado em: 26/09/2022.

**O COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO: MECANISMO DE PREVENÇÃO E  
REDUÇÃO DE CONDUTAS DESVANTAJOSAS  
PARA A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

COMPLIANCE IN LABOR RELATIONS:  
A MECHANISM FOR PREVENTING AND  
REDUCING DISADVANTAGEOUS BEHAVIOR TO  
GUARANTEE SOCIAL RIGHTS

**Simone Paula Vesoloski\***  
**Neuro José Zambam\*\***

\*Mestranda e bolsista PROSUP/CAPES em Direito (Atitus Educação/RS). Graduada em Direito (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI/RS). E-mail: simonels17@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2836-512X>

\*\*Pós-Doutor em Filosofia (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia (Mediterranea University of Reggio Calabria, URC/IT). Doutor em Filosofia (Pontifícia Universidade Católica, PUC/RS). Mestre em Filosofia (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS). Graduado em Filosofia (Universidade de Passo Fundo, UPF/RS). E-mail: neurojz@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5960-4237>

**Como citar:** VESOLOSKI, Simone Paula; ZAMBAM, Neuro José. O *compliance* nas relações de trabalho: mecanismo de prevenção e redução de condutas desvantajosas para a garantia dos direitos sociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 145-160, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p145. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O objetivo desta abordagem é fundamentar o *compliance* como estratégia de prevenção e redução das condutas que impedem as garantias dos direitos sociais. Entende-se que esta rotina beneficia o ambiente de trabalho nas empresas, contribui para o seu crescimento, fortalece a relação com a sociedade e a garantia dos direitos sociais dos trabalhadores. O problema que orienta a pesquisa é: O *compliance* é uma ferramenta que fomenta boas práticas de gestão e organização empresarial e contribui para a garantia dos direitos sociais? A metodologia de análise é a indutiva por priorizar referências à legislação, doutrinas e fontes indiretas. Demonstra-se que a partir da efetivação do *compliance* é possível manter um ambiente saudável, minimizando riscos, maximizando a gestão estratégica, a lucratividade, a satisfação individual e do grupo, reduzindo o passivo trabalhista, garantindo direitos sociais e a longevidade do negócio.

**Palavras-chave:** *Compliance*. Direitos Sociais. Gestão Estratégica. Vitalidade Empresarial.

**Abstract:** The objective of this approach is to base compliance as a strategy for preventing and reducing behaviors that impede the guarantees of social rights. It is understood that this routine

benefits the work environment in companies, contributes to their growth, strengthens the relationship with society and guarantees the social rights of workers. The problem that guides the research is: Is compliance a tool that encourages good management practices and business organization and contributes to guaranteeing social rights? The analysis methodology is inductive as it prioritizes references to legislation, doctrines and indirect sources. It is demonstrated that from the enforcement of compliance it is possible to maintain a healthy environment, minimizing risks, maximizing strategic management, profitability, individual and group satisfaction, reducing labor liabilities, ensuring social rights and business longevity.

**Keywords:** Compliance. Social rights. Strategic management. Business Vitality.

## INTRODUÇÃO

As inconstâncias e mudanças na sociedade seja na esfera tecnológica, nas relações humanas, corporativas, empresariais e legislativas exigem uma postura responsável e proativa das pessoas e das empresas para se manterem atualizadas e atentas às transformações cotidianas. A percepção prévia dessas mudanças auxiliam na detecção, na prevenção, na minimização dos riscos, conflitos, imprevistos e uma série de outros fatores indesejáveis, como exemplo, o stress, o transtorno psíquico, físico, emocional, que causam uma série de malefícios em todos os campos de atuação das pessoas.

Diante deste contexto, desde o momento em que as empresas que se preocuparem com a garantia de um ambiente laboral de qualidade, satisfatório, sadio e salubre, mantendo o cuidado com a cultura organizacional alinhada com a sua missão, os valores e os princípios, deixando-os conhecidos por todos, inaugura diferenciais no mercado empresarial e social. Com este objetivo surge o *compliance* trabalhista, ferramenta que visa auxiliar as empresas na criação e implementação de mecanismos e procedimentos de prevenção, de detecção e correção de condutas inaceitáveis e ilegais.

A problemática que orienta esta abordagem é: Como o *compliance* pode ser uma ferramenta que fomenta de boas práticas de gestão e organização empresarial por meio de estratégias de acesso e publicidade das informações pode contribuir eficazmente para uma cultura organizacional que beneficie a todos, por meio da garantia dos direitos sociais?

O objetivo geral é apresentar o *compliance* no âmbito trabalhista como uma ferramenta capaz de prevenir e reduzir condutas desvantajosas para a garantia dos direitos sociais dos trabalhadores. Os objetivos específicos são: a) pesquisar a conceituação, a finalidade e instrumentalidade do *compliance* trabalhista; b) averiguar como o *compliance* pode reduzir condutas desvantajosas, práticas discriminatórias e casos de assédio moral dentro das empresas; c) analisar quais os principais benefícios e desafios para a efetivação e implementação desta ferramenta.

A relevância desta temática seja para a empresa, seja para os atores envolvidos nos ambientes competitivos como das relações de trabalho torna-se estratégico por primar pela transparência. Essa é uma dimensão fundamental para sociedades marcadas pela corrupção endêmica que, normalmente, é alimentada por ações procedimentais do cotidiano. As mudanças institucionais quando acompanhadas pela discussão e transparência fomenta o bem-estar e a realização pessoal dos envolvidos e do seu entorno.

A construção desta investigação é orientada pelo método indutivo, tendo como referências principais a compreensão do *compliance* e a legislação em vigor, especialmente os princípios fundamentais. Esta estratégia demonstra como o *compliance* é uma ferramenta eficaz para a melhoria do ambiente de uma empresa reduzindo condutas desvantajosas em vista da garantia dos direitos sociais. As técnicas de pesquisa são as referências bibliográficas e fontes secundárias que auxiliam o esclarecimento de conceitos e a estruturação das justificativas.

Nesse contexto, que visa à possibilidade de projetar relações de trabalho equitativas

entre os envolvidos na dinâmica organizacional de uma empresa, especificamente, os gestores, empregados e beneficiados, acredita-se que, o *compliance* oferece essas condições de amplo conhecimento das normas trabalhistas e demais orientações em vista de metas comuns que, dependendo da capacidade dos líderes e das possíveis estratégias de cooperação por meio do acesso e da publicidade das informações, terão as condições para construir uma cultura organizacional alternativa com um cenário de benefícios e realizações para todos.

Assim, a efetivação do *compliance* contribui para manter um ambiente saudável, minimizando riscos, maximizando a gestão estratégica, a lucratividade, a satisfação individual e do grupo, reduzindo o passivo trabalhista, garantindo direitos sociais e a longevidade do negócio.

A abordagem desta temática está integrada às pesquisas realizadas pelos pesquisadores no Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen – CEPAS (@centropesquisas.sen)<sup>1</sup>, que reúne pesquisadores do Brasil, da América Latina e da União Europeia, com iminentes contribuições para diversos temas relevantes e atuais como democracia, participação, justiça, direitos sociais, desenvolvimento, políticas públicas e outros.

## 1 ABORDAGEM SOBRE O COMPLIANCE TRABALHISTA: CONCEITUAÇÃO, FINALIDADE E INSTRUMENTALIDADE

O termo *compliance* vem sendo utilizado para explicitar os esforços adotados seja pela economia privada, bem como pela esfera pública. Kruppa (2020) pontua que a premissa do *compliance* visa garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares, observando os princípios pautados na ética e na integridade. Ainda, a autora defende que o *compliance* em si tem a essência e o objetivo de criar e implementar mecanismos e procedimentos de prevenção, detecção e correção de comportamentos e ações desvantajosas, além de se demonstrar como uma ferramenta mitigadora de riscos e responsabilidades resultantes de desvios de comportamentos/condutas.

Segundo Santos (2019) no Brasil o *compliance* teve sua primeira aparição em 1992 por ocasião da abertura do mercado nacional conforme às empresas estrangeiras, naquela oportunidade o país necessitou se adequar aos padrões éticos de combate a corrupção. Contudo, no país o uso do *compliance* se intensificou a partir da promulgação da Lei nº 12.846/2013, conhecida como a Lei da Anticorrupção, a qual visa responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pelas práticas de atos contra a administração pública, seja nacional ou estrangeira. Desse modo, Kruppa (2020) sintetiza que essa lei responsabiliza pessoas jurídicas de forma objetiva (independentemente de culpa), mesmo que os atos sejam praticados por preposto ou por empregado, sem anuência ou participação da empresa, a pessoa jurídica será responsabilizada.

---

<sup>1</sup> Para esclarecimento, este é o nome do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen – CEPAS no *Instagram* para, caso houver interesse, acompanhar a atuação e as participações dos pesquisadores em pesquisas e eventos internos e externos.



Neste passo, Kruppa (2020) ressalta que o *compliance* deveria ser aplicado a todo o tipo de organização, instituição e empresa, pois envolve gestão estratégica; e o mercado em si exige cada vez mais condutas legais e éticas. Assim, o *compliance* no âmbito trabalhista pode ser implementado por empresas de qualquer segmento e de qualquer porte.

O *compliance* presa pelo cumprimento de regras estabelecidas de acordo com a vontade do empregador, deixando-as bem claras e conhecidas por todas pessoas com vínculo naquela empresa. De acordo com Piza e Mendes (2019) o conceito geral de *compliance* significa executar, satisfazer e realizar o que foi acordado. Nesse viés, ele é uma ferramenta que possibilita e vincula empregador *versus* empregados ao dever de cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades de uma empresa. Ainda, as autoras salientam que o *compliance* trabalhista é um programa voltado para a obediência a critérios legais, seja de contratações ou demissões de trabalhadores, normas de saúde e segurança do trabalho, terceirização de serviços entre outras possibilidades que a empresa considerar convenientes.

Desse modo, Piza e Mendes (2019) destacam que o *compliance* visa modificar a cultura organizacional da empresa, proporcionando a adoção de novas condutas que visam à regularidade das atividades e o comprometimento dos trabalhadores, gerando segurança jurídica para a empresa no momento da tomada de decisões.

Nesta senda, como o *compliance* é moldado em cada empresa de modo individual (*sui generis*)<sup>2</sup>, assim, Piza e Mendes (2019) salientam que o *compliance* é personalíssimo, pois é voltado exclusivamente para as necessidades da empresa conforme sua identidade e características. Sua aplicação se contextualiza de modo efetivo a partir do alinhamento entre as metas almejadas pela diretoria da empresa juntamente com o diagnóstico dos problemas a serem superados. Ainda, as autoras acreditam que o *compliance* trabalhista transcende as normas estabelecidas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pois amplia-se para uma gestão empresarial ética e sustentável, de modo a não anular qualquer direito trabalhista, viabilizando um ambiente saudável para o empregado e para o empregador, a fim de ambos prosperarem.

O *compliance* gera um ganho imensurável para a empresa, contudo, é imprescindível que seja efetivamente aplicado e haja comprometimento de todos para que as mudanças ocorram. Nessa linha, Rabelo (2018) ressalta que a partir da reforma trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/17, há previsão legal a respeito da possibilidade da empresa imputar dano de caráter extrapatrimonial ao seu empregado que, a partir da sua ação, venha ofender a moral ou a existência da empresa, o que demonstra e justifica a importância de implementar e efetivar o *compliance*, pois, a partir da efetivação é possível deixar claro e dar conhecimento dessas informações aos empregados, evitando transtornos futuros.

Nesse sentido, o Decreto nº 8.420/2015 que regulamenta a Lei nº 12.846/2013 traz no Art. 41<sup>3</sup> o programa de integridade que engloba uma série de mecanismos e procedimentos que visam

2 Segundo o dicionário da língua portuguesa, a palavra utilizada designa algo diferente, peculiar, original, particular ou único. No caso em tela, refere-se a um programa exclusivo, moldado de acordo com peculiaridade de cada empresa, é exclusivo, único.

3 BRASIL. Decreto nº 8.420/2015, “Art.41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e

minimizar, mitigar e denunciar irregularidades e práticas ilegais, sendo que tal programa deve ser reavaliado e aplicado de acordo com a necessidade e peculiaridade de cada pessoa jurídica.

O programa de integridade pode ser implementado por meio das ferramentas de *compliance*. Kruppa (2020) destaca alguns exemplos de medidas que podem ser adotadas pela empresa, quais sejam: a elaboração de códigos de ética e de conduta, verificação e avaliação de riscos, auditorias, ouvidorias para dirimir as denúncias recebidas, entre outras. Desse modo, a autora sintetiza que a essência do *compliance* trabalhista se fundamenta em evitar a responsabilização das empresas na esfera judicial. Tudo isso se dá, para que não haja prejuízo à imagem e reputação da empresa, recomendando que sejam realizadas auditorias internas permanentes para prevenir e apurar violações de direitos trabalhistas dentro da empresa.

O *compliance* estruturado, bem fundamentado e efetivado garantirá a empresa visibilidade positiva e contribuirá para mitigar uma série de fatores que poderiam prejudicar e fragilizar a empresa interna e externamente. Ventura (2018) salienta que o *compliance* acaba sendo um processo de maturidade empresarial, e que o sucesso na efetivação depende impreterivelmente do comportamento humano, pois, por mais que a empresa tenha processos e políticas implementadas, a sua plena efetividade dependerá do comprometimento de cada empregador e de cada empregado. Ainda, o autor acredita que a criação de parcerias internas é fundamental para fortalecer as relações entre as variadas áreas da empresa (recursos humanos, jurídicos e outros), sensibilizando para que todos busquem um ideal comum de integridade.

O fomento às boas práticas de gestão, em diferentes setores, seja público seja privado, tem forte repercussão no conjunto da organização de uma empresa, assim como, para o grupo diretamente envolvido e a comunidade sobre a qual a organização e as pessoas têm influência. Ao referir-se às deficiências da administração pública na solução de graves problemas sociais, como a distribuição de energia, Sen (2015, p. 104), desta a importância do controle e a boa condução da administração pelos gestores:

É muito fácil – a além de cômodo – pedir mais competência na gestão das empresas e do sistema de geração e distribuição de energia como um todo, mas a lacuna fundamental é a quase total ausência de responsabilidade atribuída às pessoas que tomam decisões e assumem o comando das operações, que não precisam enfrentar consequência nenhuma se e quando as coisas vão mal.

O processo de *compliance* ancorado num amplo sistema de controle das boas práticas de gestão conjugadas com a preocupação relacionada às estratégias de planejamento, preocupações com os recursos naturais e ambientais, qualificação das pessoas e correção de limitações ou qualificação de trabalhadores amplia a repercussão legal e as demais operações para a mudança

---

incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”.

da condição de vida das pessoas. O incentivo à educação formal progressiva, profissionalização das mulheres e gerenciamento dos orçamentos são indicativos simbólicos do quanto podem ser decisivas as boas práticas de gestão.

De acordo com a compreensão de Rabelo (2018), instrumentalizar e efetivar o *compliance* agrega credibilidade externa e interna às empresas e reflete ganhos não somente na área econômica, mas na imagem também. O autor destaca que o *compliance* é reconhecido no âmbito jurídico e corporativo, nacional e internacionalmente como uma ferramenta eficaz capaz de mitigar a corrupção nas empresas, conta com sistema de minimização de riscos, cria reputação e confiabilidade econômica e social, viabiliza a valorização da marca e da organização, entre outros benefícios.

Nessa linha, o *compliance* demonstra-se uma ferramenta aliada da empresa a fim de impulsioná-la a um patamar diferenciado, rumando para a satisfação dos empregados, das empresas parceiras e da sociedade. Ainda, na visão de Rabelo (2018) a finalidade das ferramentas criadas pelo *compliance* trabalhista intenta gerar uma blindagem ao risco trabalhista que a empresa possa vir a sofrer a partir das práticas e ações ilegais, visando abolir e minimizar os problemas dentro da empresa por intermédio da realização de treinamentos com os empregados, propondo medidas de punição aos infratores e adoção de medidas individuais para eliminar condutas desvantajosas nas dependências internas e que estejam em desconformidade com os princípios e valores da empresa.

Entretanto, a partir dos apontamentos, afirma-se a emancipação dos direitos sociais com a efetividade do *compliance*. Hullen (2018) ressalta que a Constituição Federal de 1988 elenca vários direitos sociais entre os Arts. 6º e 11º, e esses direitos sociais compreendem desde de um direito mínimo de bem-estar econômico, direito ao trabalho, a segurança, a proteção, entre outras prerrogativas para organizar a vida de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Nas entrelinhas do *compliance* trabalhista, compreender a funcionalidade se torna fundamental e é o ponto de partida para modificar e melhorar a empresa. O comprometimento de cada pessoa para efetivá-lo é imprescindível, haja vista trazer benefícios não somente para o empregador, mas para cada empregado, para o ambiente laboral e para a reputação social da empresa. Deste modo, na próxima seção será apresentado como podem ser banidas condutas desvantajosas e ilegais dentro da empresa por meio da adoção e da efetivação do *compliance* trabalhista.

## **2 REDUÇÃO DE CONDUTAS DESVANTAJOSAS; DE PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E DE CASOS DE ASSÉDIO MORAL POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DO COMPLIANCE**

Cuidar do ambiente laboral é responsabilidade de cada empregador e o *compliance* proporciona a perfectibilização dessa responsabilidade. Desse modo, Rabelo (2018) assevera que a inércia do empregador em adotar o *compliance* pode causar prejuízos não somente à imagem da empresa, mas poderá refletir em acréscimo do passivo trabalhista e infringir direitos sociais

inerentes a cada empregado. Ainda, ocasiona diminuição da produtividade operacional e no aumento da fiscalização por meios dos órgãos governamentais, como o Ministério Público do Trabalho (MPT) e da Superintendência Regional do Trabalho (SRT), sem contar outros riscos.

Rabelo explicita que o número de demandas judiciais no Brasil são significativamente superiores se comparadas com outros países, como exemplo, Japão e Estados Unidos; o brasileiro demanda muito do judiciário para resolver a maior parte dos conflitos. Assim, o autor salienta que muitas dessas demandas são oriundas de conflitos instaurados dentro da seara laboral que acabam não sendo solucionados pela via administrativa da empresa, o que poderia ser resolvido a partir da adoção de medidas assertivas formuladas de modo preventivo, eficaz e traçadas por meio da implementação do *compliance*.

Nesse passo, Rabelo (2018) compreende que o *compliance* trabalhista permite maior controle sobre a relação que envolve pessoas ligadas à empresa, possibilitando implementar sanções e medidas tangíveis, efetivando e desenvolvendo treinamentos eficazes em todos os níveis empresariais; visa abolir condutas discriminatórias, de corrupção, assédio moral e sexual, condutas que ofereçam riscos à saúde, entre outros fatores que possam favorecer o surgimento e a propagação de condutas desvantajosas dentro da empresa.

Além das variadas vantagens já mencionadas, é importante ressaltar que o *compliance* proporciona uma relação horizontalizada entre gestores, dirigentes, empregadores e empregados. Assim, Azevedo e Jahn (2020) reforçam que a partir da adoção e efetivação do *compliance*, a primeira medida a ser tomada ao contratar cada empregado é fornecer cópia do regulamento interno da empresa, coletar assinatura para comprovar o recebimento, deixar claro as regras e as normas internas a serem seguidas por todos, asseverando que o descumprimento pode incorrer em ato de indisciplina; a partir do momento que se tem um *compliance* trabalhista implementado e houver, por exemplo, indícios e/ou casos de condutas discriminatórias, de assédio moral ou sexual nas dependências da empresa todos devem saber claramente o que pode ocorrer.

Desse modo, Azevedo e Jahn (2020) salientam que quando houver vítimas de condutas lesivas deve ser viabilizado pela empresa meios facilitados para noticiar o ocorrido – seja por um canal de denúncia ou uma pessoa de confiança que vai receber essa denúncia, averiguar e tomar as devidas providências; apurando o que aconteceu, verificando a procedência da denúncia, se esta é verídica ou apenas foi feita para causar prejuízo a outrem. Nesse viés, os autores apontam que o empregador e os dirigentes devem saber lidar com a situação, cooperando com a redução dos prejuízos, reestabelecendo um ambiente laboral mais saudável possível e vindo a atuar de modo célere, exercendo efetivamente o poder patronal disciplinar.

O poder diretivo é uma prerrogativa do empregador e está ligada à subordinação, característica do vínculo empregatício. Nesse diapasão, o poder diretivo deve ser utilizado na investigação da empresa, investigação esta, que faz parte do *compliance* delineado pela empresa. Para tanto, a respeito de todo o procedimento investigatório, Costa (2019, p. 24) aduz que

[...] sob o olhar de *compliance*, é recomendável que a empresa tenha Processo ou Procedimento interno que, em linhas gerais, esclareça aos seus empregados como

funciona o procedimento investigatório interno, estabelecendo, por exemplo, as fases da investigação (recebimento da preocupação, informar caso ao Comitê, oitiva de testemunhas e etc.), assuntos que serão tratados internamente ou com auxílio de escritório externo, prazos para cada etapa e, em especial, prazo máximo para conclusão da investigação.

Desse modo, Costa (2019) compreende que existem vários meios de receber denúncias de modo efetivo, com baixo custo e sem acesso controlado; um exemplo disso seria disponibilizar uma urna em cada banheiro, pois proporciona segurança para que todos empregados possam expor suas preocupações e/ou casos de discriminação e de assédio moral. Ademais, a autora defende que para dirimir as denúncias, uma Comissão deve ser criada para responder os apontamentos, e as repostas devem ser expostas em murais da empresa, meios de comunicação interna, informativos, dentre outros.

Ainda, para a autora, todas as denúncias deverão passar por um comitê de apuração, com oitiva de testemunhas, com assinatura de termo de confidencialidade e cooperação, tendo o cuidado para não constranger os envolvidos. Quando houver indícios concretos que o empregado denunciado pode prejudicar a investigação, a empresa poderá optar pela interrupção do contrato de trabalho:

No caso de suspensão do contrato de trabalho, o ideal é que a empresa emita uma comunicação prévia para o empregado que será suspenso, com a assinatura colhida e arquivada na pasta do empregado, sendo recomendado que seja em prazo inferior a 30 dias. Após a conclusão da investigação, a empresa deve enviar comunicação de retorno ao trabalho, a qual deve ser assinada também, caso o empregado deva retornar ao trabalho. (COSTA, 2019, p. 29).

Todo o trâmite que envolve a investigação e as ações adotadas devem ser cautelosas para não causar nem dano, nem erro, seja para a vítima ou para o possível infrator. E em consonância com o entendimento da empresa em optar por suspender o contrato de trabalho, a CLT<sup>4</sup> no Art.

4 BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas, “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

482 traz uma série de condutas onde o empregador pode rescindir o contrato de trabalho por justa causa. Como o empregador tem o poder diretivo, cabe a ele fazer o uso da fiscalização e tomar as medidas adequadas para banir condutas inaceitáveis.

Ao final da investigação, o empregador deverá montar um dossiê com toda a documentação analisada e elaborar um relatório minucioso do ocorrido, e com a conclusão de improcedência ou procedência da denúncia. E será nesse momento que o empregador irá ponderar se cabe ou não a aplicação de medida disciplinar, quais sejam: advertência, suspensão ou justa causa (Artigo 482 da CLT). Como a justa causa é a medida mais grave aplicada ao empregado, com a extinção do contrato de trabalho, caso seja decidida pela sua aplicação e o empregado ainda não tenha sido ouvido durante o processo de apuração, é importante que haja a oitiva com o intuito de resguardar seu direito ao contraditório e ampla defesa. (COSTA, 2019, p. 30-31).

Neste sentido, em vista de minimizar condutas desvantajosas dentro das empresas, Nicolosi (2019) compreende ser importante que empregador e empregado estejam engajados e preocupados, ambos agindo com cuidado e diligência quanto ao programa de integridade; possibilitando que todos conheçam e cumpram com os deveres, com a função social contratual, e por consequência, efetivem o *compliance* trabalhista.

Com o intuito de minimizar e banir condutas desvantajosas e ilegais, França (2018) destaca que por meio do *compliance* as empresas podem promover palestras que podem ser ministradas por advogados e profissionais da saúde conforme a preferência e a demanda da empresa. E o que se espera com o investimento destinado em informação por meio dessas palestras, é alertar e orientar os empregados sobre os efeitos jurídicos, físicos e psicológicos da vítima que sofreu a conduta reprovável pela empresa, sensibilizando e conscientizando a mitigação.

Resta cristalino que o *compliance* auxilia a empresa em todas as searas, mas especialmente na mitigação de condutas desvantajosas e ao mesmo tempo frágeis; como atos de discriminação, assédio moral e/ou sexual que são condutas graves e causam danos imensuráveis.

A relação entre a necessidade de sistemas que auxiliem o desenvolvimento de boas práticas administrativas, de comportamento, de cooperação e de outros benefícios e direitos é progressiva, envolvente e cuidadosa. Os gestores, dirigentes até os trabalhadores cuja função não exige forte responsabilidade são oriundos e pertencem a contextos concretos com tradições e culturas próprias. O *compliance* é uma referência importante, mas não a solução para todos os problemas.

A compreensão realista que as pessoas são beneficiadas por boas práticas de gestão não inibe o cuidado e a certeza que não existem “soluções mágicas” para situações normais que são consequência de comportamentos das pessoas e estruturas que, também, são normais. O *compliance* não é um “conto de fadas, mas uma estratégia que precisa ser mediada e atualizada contemplando diferentes realidade e situações normalmente conflitivas e pautadas pelo autointeresse.

O *compliance* trabalhista se mostra muito benéfico, sendo aconselhável que todas



as empresas adotem e implementem o programa. A próxima seção se preocupa em explicitar e aclarar ainda mais o *compliance* no âmbito trabalhista com o objetivo de demonstrar com mais detalhes outros benefícios a partir da efetivação do *compliance* e alguns desafios a serem geridos e superados.

### **3 BENEFÍCIOS E DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS A PARTIR DA IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE TRABALHISTA**

Em decorrência da constante evolução das relações humanas e o próprio avanço na esfera tecnológica, corroboram e exigem que a gestão empresarial se torne cada vez mais proativa, visionária e atenta às transformações cotidianas e às mudanças legislativas, tendo cuidado também com as reações do mercado. Desse modo, diante de todas as mudanças, Rabelo (2018) frisa que o *compliance* trabalhista é essencial e tem um papel importante nesta nova fase, pois cada vez mais é notado a necessidade de manuais e programas de integridade.

Conforme foi destacado nas seções anteriores, os apontamentos dos autores mencionados aduzem que a partir da efetivação do *compliance* são minimizados riscos de que alguma norma seja inobservada por algum empregado direto ou indireto; se todas as diretrizes são claras, de fácil acesso, observadas com frequências, respeitadas e inseridas na cultura empresarial, restará evidente que inexistirá atos ou fatos que causem prejuízos materiais e imateriais para as empresas, fazendo com que haja redução de demandas judiciais, ampliando positivamente a imagem das empresas, conseqüentemente, serem vistas como conscientes, preventivas e responsáveis frente a visão, missão e valores que a caracterizam.

Nesse compasso, a adoção, a efetivação e a boa implementação do *compliance* resultam em uma série de fatores e efeitos benéficos. Azevedo e Jahn (2020) salientam que a sua implementação agrega valor ao negócio, deixa claro os valores e os princípios que devem ser seguidos por todos, garantindo a minimização de conseqüências indesejadas e desvantajosas para a empresa.

O *compliance* vem se revelando como um mecanismo atrativo e apto para mitigar riscos empresariais. Destarte, Azevedo e Jahn (2020) destacam que a empresa que instituir programas sérios e eficazes de *compliance* trabalhista, comprometidos com o combate às práticas e condutas desvantajosas que permeiam as relações de trabalho; pautadas na tutela dos direitos sociais e de personalidade do ofendido; visando a prevenção, a célere punição e que repare o dano causado, além de estabelecer preventivamente medidas para mitigar o surgimento dessas condutas reprováveis, eleva a empresa para um patamar destacado.

Para Ventura (2018) uma gestão inteligente se baseia e aborda as incertezas e não apenas os riscos; adotando uma postura mais proativa do que reativa no que tange às possíveis ameaças. Assim, o benefício de uma cultura voltada para o *compliance* trabalhista maximiza a qualidade de informações, aperfeiçoa a otimização de processos, gera ganho e vantagens na efetivação das soluções de integridade e, por conseguinte, resulta na melhora da alocação dos recursos e retornos

financeiros, aumentando a reputação da empresa.

Nessa circunstância, para efetivar de modo eficaz o *compliance* trabalhista, deve haver planejamento iniciando por um diagnóstico adequado dos objetivos corporativos juntamente com a identificação dos procedimentos e dos processos praticados na empresa. Avaliando, auditando e modificando sempre que necessário toda essa conjuntura organizacional e laboral de modo a antecipar a incidência de alguma assintonia.

Desse modo, para Azevedo e Jahn (2020) é necessário um levantamento prévio, uma espécie de radiografia empresarial. Diante dessa particularidade, um dos desafios decisivos para instrumentalizar com ênfase e eficiência o *compliance* se concentra em manejar os riscos e as responsabilidades por meio dessa sondagem inicial que pode ser obtida com a realização das *due diligences*, ou seja, trata-se de um processo de busca detalhada de informações de uma empresa, e o levantamento de obrigações, dos dados pertinentes à empresa e a todas as pessoas envolvidas no âmbito laboral.

Nesta mesma prerrogativa, Piza e Mendes (2019) consideram que o *compliance* trabalhista é sustentado por pilares que tem o propósito de conferir vários benefícios como a efetividade, solidez e perpetuação do programa em si pela empresa. São destacados nove pilares benéficos, o primeiro é o suporte da alta administração que é um alinhamento entre a decisão da empresa a respeito do que pretende perquirir e as metas a serem alcançadas através do *compliance*. O segundo pilar está relacionado com a avaliação de riscos onde são delineadas as metas, faz-se o mapeamento dos riscos internos e externos que a empresa está exposta, considerando a legislação e as normas internas da empresa, com esse levantamento é plausível conhecer os obstáculos antecipadamente e conceber medidas para evitá-los, mitigá-los e construir soluções. Já o terceiro pilar vislumbra o código de conduta, o regulamento interno e as políticas da empresa como percursos e guias para efetivar e cumprir o *compliance*, trazendo e aclarando princípios e valores adotados pela empresa. O quarto pilar esta conexo com os controles internos, dando ênfase aos controles de prevenção e detecção, onde ambos objetivam reduzir riscos mapeados e onde são adotadas medidas que garantam a segurança nas relações de trabalho.

Por conseguinte, o quinto pilar pauta o treinamento periódico da equipe, que tem o objetivo de difundir a cultura de ética nos negócios e nas atividades executadas pelos empregados, instituindo novas condutas. O sexto pilar está correlatado aos canais de denúncia, pois é através desses que os relatos, os desvios de condutas, as violações da legislação e das normas e regulamentos internos serão explicitados e investigados e, a partir dos fatos apurados, medidas corretas e plausíveis deverão ser tomadas.

O sétimo pilar esta associado com as investigações internas, tratando-se de um procedimento de averiguação eficaz capaz de identificar com confiabilidade se houve ou não conduta inaceitável, qual a circunstância, quem está envolvido e se a situação fática enseja violação de lei ou política da empresa. O oitavo pilar se articula com o *due diligence*, que é uma diligência prévia entre as pessoas interligadas às empresas (parceiros, representantes, revendedores, etc.) a fim de promover um processo de avaliação desses terceiros se estão em harmonia com as

regras e culturas da empresa, não tendo histórico de condutas trabalhistas contrárias a ética e a legislação com o propósito de evitar que a empresa seja exposta a riscos legais. Por fim, o nono e último pilares estão correlacionados com a auditoria e monitoramento para avaliar a efetividade e implementação do *compliance* trabalhista, o qual visa identificar como a empresa e os empregados estão seriamente comprometidos e seguindo os objetivos traçados, averiguando se as expectativas estão sendo atendidas e se os riscos estão sendo evitados.

A partir dos pilares explanados que sustentam o *compliance* trabalhista, se percebe que os ganhos que a empresa tem na implementação são imensuráveis. Com o *compliance* a empresa engloba uma série de medidas que garantem uma sustentabilidade empresarial segura e duradoura. É possível alinhar, avaliar, controlar, treinar, averiguar, investigar, diligenciar e monitorar todos os segmentos e todos os passos da empresa, rumando e se consolidando como uma empresa cada vez mais séria, sólida e humanizada.

Nesse diapasão, pontua-se que a implementação gera inúmeros benefícios e vem se demonstrando como uma significativa ferramenta de fiscalização e controle no comprimento da política organizacional; auxiliando na inspeção de todas as etapas produtivas da empresa, permitindo a redução de custos; assim, a empresa adere a uma postura transparente, cumprindo a legislação, minimizando a incidência do passivo trabalhista e a aplicação de autos de infração.

Em relação aos benefícios do *compliance*, Kruppa (2020) ressalta que a utilização além de prevenir diversos riscos, possibilita que as empresas estejam em conformidade com todas as normas vigentes as quais devem seguir, fazendo com que contratem empregados, empresas parceiras, representantes e outros alinhados com a missão, com a visão e os valores da empresa.

O *compliance* é plausivelmente aplicável na esfera trabalhista, adéqua e alinha a empresa de acordo com a legislação trabalhista, previne riscos, reduz ações trabalhistas, ajuda a dirimir conflitos e diminuir o prejuízo das empresas, proporcionando maior satisfação dos empregados, auxiliando na expansão das atividades e maximizando aumentos dos lucros. Assim, França (2018) salienta que a implantação e efetivação faz com que os empregados se sintam mais satisfeitos, seguros e acolhidos pelo empregador, isso porque, eles têm consciência de que trabalham em uma empresa íntegra, séria, responsável e comprometida não só com o lucro mas com o ambiente laboral; com as questões internas e principalmente em propiciar ferramentas capazes de dar voz ao empregado. Além desses pontos positivos, a autora destaca que a empresa, a marca em si é reconhecida e vista no mercado de trabalho sob um aspecto positivo e enaltecido.

Para Lima (2020) os benefícios do *compliance* trabalhista são inúmeros, mas, a empresa deve aplicá-lo adequada e efetivamente. Esse é o maior desafio, pois aplicar de fato refletirá na mitigação de problemas, bem como a extirpação de práticas danosas e inaceitáveis, além de fomentar a gestão estratégica, aumentar a lucratividade, reduzir o passivo trabalhista, proteger a imagem e garantir a perenidade da empresa.

As repercussões operadas pela implementação de sistemas de *compliance* nas relações de trabalho atingem dimensões sensíveis e estratégicas da rotina das pessoas e do seu ambiente social, especificamente a autoestima e a atuação pública e junto ao público. Nesse sentido, destaca-se a

afirmação de Sen (2015, p. 124): “Os seres humanos respondem a incentivos. [...] Os incentivos incluem não apenas os ganhos financeiros e lucros, mas também a admiração e o louvor público como uma influência positiva, a denúncia e a execração pública como um impedimento potencial”.

Com o *compliance* é possível detectar e remediar eventuais riscos e conflitos a tempo de resolvê-los pela via extrajudicial; a implementação impacta na redução de riscos de acidentes e de doenças profissionais, corroborando para uma cultura organizacional diferenciada, onde os empregados têm clareza quanto às condutas desvantajosas e antiéticas. Com o *compliance* a empresa eleva a sua marca num patamar de reconhecimento e valorização.

Em suma, adotar e implementar o *compliance* trabalhista melhora todo o ambiente laboral, a esfera econômica, mercadológica, social e trabalhista; aumenta a produtividade e visibilidade da empresa ao ser vista de modo altamente positivo e engajada com premissas íntegras, sérias, com valores e princípios claros e bem fundamentados.

## CONCLUSÃO

Adotar e implementar o *compliance* trabalhista gera ganho em diversos segmentos da empresa, pois melhora todo o ambiente laboral, a esfera econômica, mercadológica, social e trabalhista, além de aumentar a respectiva produtividade e visibilidade. A empresa é, então, vista diante da sociedade como uma empresa engajada, responsável, com premissas sérias, integradas, a missão e a visão voltadas não só para o lucro, mas para o ser humano, pois efetiva os direitos sociais e a cidadania de cada empregado, possui preocupação com a geração de um ambiente propício para estimular o bem-estar e um ambiente laboral benéfico aos empregados, além de deixar os valores e princípios da empresa explícitos e bem fundamentados.

É imprescindível salientar que o programa isoladamente não produz os efeitos esperados, é preciso ativismo do empregador, do gerente, do dirigente, de cada empregado, de cada pessoa que tenha vínculo com a empresa na observação do programa e no respeito ao cumprimento do que foi elaborado no programa, efetivando-o de fato.

Diante dessa percepção, para incentivar o *compliance* trabalhista para ser conhecido e difundido, é fundamental criar alternativas para alavancar a visibilidade, importância e aplicabilidade, seja por meio da propagação de informações a respeito do *compliance* trabalhista em meios digitais, físicos, e-books, seja a própria divulgação por meio de profissionais interessados em atuar nesta área, e até mesmo da área científica em propor projetos que esclareçam sobre o tema objeto desta pesquisa.

A partir deste estudo considera-se totalmente plausível a aplicabilidade e instrumentalização por qualquer empresa, independentemente do porte, pois, implementá-lo gera inúmeros benefícios. A efetivação e o respeito ao programa garante a viabilidade para a empresa ser competitiva, diferenciada e com preocupação recíproca, tanto pelo empregador, bem como pelo empregado na efetivação do programa.

O *compliance*, com igual teor de repercussão pode influenciar positivamente na expressão

de conflitos no ambiente de trabalho que impedem o crescimento individual, da empresa e dificulta as relações com responsabilidade entre os diversos atores – gestores, direção e outras escalas na empresa. Para tais situações é essencial, conforme destacado, a criação de eficazes ferramentas de comunicação, debate e solução de problemas, além daqueles que interessam à gestão. Nessa abordagem, destaca-se a compreensão de pessoa como sujeito de direitos e das responsabilidades. As pessoas não agem apenas motivadas pelo autointeresse que gera o individualismo exacerbado, mas também, por sentimentos de cooperação, entreatajuda e solidariedade.

O *compliance* é voltado para que empresa e empregados prosperem e mantenham um ambiente saudável, com amplificação do bem-estar social e empresarial, mitigando riscos inesperados, danosos e desvantajosos, maximizando a gestão estratégica e visibilidade empresarial. Aumentando não só a lucratividade, mas a satisfação dos trabalhadores, reduzindo o passivo trabalhista, viabilizando a efetivação dos direitos sociais, garantindo a perenidade e longevidade do negócio.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. **Compliance trabalhista: a mitigação da responsabilidade patronal em casos não repostado**. Disponível em: [http://www.andt.org.br/f/Compliance%20Trabalhista%20-%20Azevedo%20e%20Jahn%20\(Versa%CC%83o%20Final\).docx.pdf](http://www.andt.org.br/f/Compliance%20Trabalhista%20-%20Azevedo%20e%20Jahn%20(Versa%CC%83o%20Final).docx.pdf). Acesso em 16 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm). Acesso em 15 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL, Michele. **Você sabe o que é compliance trabalhista e os benefícios para as empresas?**. Disponível em: <https://michelevbr.jusbrasil.com.br/artigos/606161531/voce-sabe-o-que-e-compliance-trabalhista-e-os-beneficios-para-as-empresas>. Acesso em: 19 fev. 2021.

COSTA, Beatriz Angela Gimenez. Investigações internas de *compliance* e seus limites pela ótica trabalhista. In: KLEINDIENST, Ana Cristina. (Org.) **Grandes temas de direito brasileiro:**

*compliance*. São Paulo: Almeidina Brasil, 2019, p. 15-34.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revise/article/view/5090/3148>. Acesso em 19 fev. 2021.

HULLEN, Angélica Cristina Nagel. **Cidadania e direitos sociais no Brasil: um longo percurso para o acesso aos direitos fundamentais**. Disponível em: [http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-78872018001100213](http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872018001100213). Acesso em: 02 jun. 2021.

KRUPPA, Roberta Potzik. **Compliance trabalhista**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/compliance-trabalhista/>. Acesso em 22 fev. 2021.

LIMA, Andressa Ramos de. **Os benefícios da implementação de um programa de compliance trabalhista eficaz**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/andresa-lima-beneficios-compliance-trabalhista-eficaz>. Acesso em 19 fev. 2021.

NICOLOSI, Marina Foltran. O dano moral decorrente de atos ilícitos previstos na lei anticorrupção: o dever de boa fé do contrato entre empresas. In: KLEINDIENST, Ana Cristina. (Org.) **Grandes temas de direito brasileiro: compliance**. São Paulo: Almeidina Brasil, 2019, p. 127-157.

PIZA, Bruna; Larissa Mendes. **Os pilares do compliance trabalhista**. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e-noticias/1445-os-pilares-do-compliance-trabalhista>. Acesso em 15 fev. 2021.

RABELO, Felipe Cunha Pinto. **A importância do compliance trabalhista nas empresas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69188/a-importancia-do-compliance-trabalhista-nas-empresas>. Acesso em 16 fev. 2021.

SANTOS, Leon. **Trajetória do compliance**. Disponível em: <https://cfa.org.br/como-e-quando-surgiu-o-compliance/>. Acesso em 26 mai. 2021.

SEN, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Rivardo Doninelli Mendes e Laura Coutinho. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. **A gestão moderna dos controles internos e o compliance**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67024/a-gestao-moderna-dos-controles-internos-e-o-compliance>. Acesso em 22 fev. 2021.

**Como citar:** VESOLOSKI, Simone Paula; ZAMBAM, Neuro José. *O compliance nas relações de trabalho: mecanismo de prevenção e redução de condutas desvantajosas para a garantia dos direitos sociais*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 145-160, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p145. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 05/07/2021.

Aprovado em: 20/09/2022.



## MICROBEM AMBIENTAL E A PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

### ENVIRONMENTAL MICROPROPERTY AND THE PRESCRIPTION OF ENVIRONMENTAL CIVIL RESPONSIBILITY

Viviane Kelly Silva Sá\*  
Elcio Nacur Rezende\*\*  
Lorena Dolabela\*\*\*

**Como citar:** SÁ, Viviane Kelly Silva; REZENDE, Elcio Nacur; DOLABELA, Lorena. Microbem ambiental e a prescrição da responsabilidade civil ambiental. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 161-181, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p161. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** Os Danos Ambientais são um dos maiores que uma sociedade pode ser vitimada, pois são especialmente gravosos à sadia qualidade de vida. Por corolário, incumbe ao Direito estimular formas de evita-lo e sancionar o degradador. Este texto objetiva demonstrar que o estudo da Prescrição tem um importante desiderato na proteção ambiental. O resultado obtido foi que não se pode tratar da mesma forma a Prescrição no macro e no microbem ambiental. Foi utilizada a metodologia hipotética dedutiva com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A conclusão foi que o dano ao microbem pode estar sujeito à Prescrição ao contrário do macrobem.

**Palavras-chave:** Dano ambiental. Microbem ambiental. Prescrição. Responsabilidade civil.

**Abstract:** Environmental damage is one of the greatest that a society can be victimized, as it is especially serious to the healthy quality of life. As a corollary, it is incumbent upon the Law to encourage ways to avoid it and sanction the degrader. This text aims to demonstrate that the study of Prescription has an important aim in environmental protection. The result obtained was that prescription in the macro and in the environmental microbem cannot be treated in the same way. The hypothetical deductive methodology was used with bibliographic and jurisprudential research. The conclusion was that damage to the micro property may be subject to the Prescription as opposed to the macrobem.

**Keywords:** Civil responsibility. Environmental damage. Micro property. Prescription.

\*Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC/MG). Graduada em Direito (Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC/MG). E-mail: vivianesa.adv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7637-3087>

\*\*Pós-Doutor em Direito (Universidade de Messina, UNIME/IT). Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Especialista em Direito (Universidade Gama Filho, UGF/MG). Graduado em Direito (Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG/MG). Graduado em Administração (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>

\*\*\*Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC/MG). Pós-graduanda em Direito Processual (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Graduada em Direito (Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC/MG). E-mail: lorenadolabela@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2957-318X>

## INTRODUÇÃO

O dano ao meio ambiente é, indubitavelmente, um dos mais preocupantes a todos que lucidamente se preocupam com a vida. A qualidade de vida de todos depende, essencialmente, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípio, inclusive, constitucionalmente estabelecido.

Em razão de suas características tais como a natureza difusa, a dificuldade de reparação e da demonstração do nexo causal, a difícil tarefa de mensuração, a possibilidade de ser transfronteiriço, a cumulatividade, dentre outros, exigem do Direito um tratamento do Dano Ambiental de forma especial do que o Dano Civil comum.

Efetivamente, tratar um dano comum como, por exemplo, um acidente automobilístico que teve por consequência apenas dano patrimonial da mesma forma que uma tragédia ambiental que degrada espécies animais e vegetais, aniquilando um bioma, é um sério equívoco jurídico.

Nesse diapasão, o instituto jurídico da Prescrição é, inexoravelmente, ligado à Responsabilidade Civil, vez que concomitantemente tem por origem o Princípio da Segurança Jurídica, acarretando, pois, a pacificação social na medida em que o tempo transcorrido entre o ilícito perpetrado por alguém não pode perpetuamente perturbar as relações humanas e, por outro lado, não se pode olvidar que simplesmente por ter passado algum tempo aquele degradador reste ileso de sanções o que, poderia, em tese, incentivar ou não desestimular o comportamento repugnante.

O problema que ora se enfrenta é se a Prescrição decorrente do Dano Ambiental deve ser tratada de forma idêntica para todas as situações em que se verificar degradação do meio ambiente. Vale dizer, independentemente se houve deterioração difusa de um bem (macrobem), prejudicando a todos indistintamente ou quando uma pessoa identificada e, somente ela, sofre o dano em um bem ambiental de sua propriedade, gerando, pois, um prejuízo exclusivamente pessoal (microbem), deve-se tratar o prazo prescricional identicamente?

A hipótese levantada é a de que a imprescritibilidade não será aplicada de maneira irrestrita, e que, portanto, haverá uma separação quanto ao tipo de bem ambiental para que se possa exercer uma aplicação condizente com as normas brasileiras, adequando a aplicação da prescrição a casos específicos.

O tema central escolhido foi o estudo da Prescrição quando o microbem ambiental é degradado, ou seja, qual o prazo para a propositura de uma Ação de Responsabilidade Civil quando se verifica que uma pessoa identificada alega que um bem ambiental de sua propriedade foi degradado.

O objetivo deste estudo é demonstrar que não se pode tratar a Responsabilidade Civil Ambiental decorrente da deterioração do microbem, embora situação excepcional, da mesma forma que no macrobem ambiental, pois possuem características diversas e, por consequência, o aspecto temporal entre o ilícito e o exercício da pretensão devem, pois, serem estudadas de forma diversa.

Justifica-se a pesquisa vez que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, fixou entendimento pela imprescritibilidade do dano ambiental, sem, contudo, estipular de forma expressa que existe mais de uma modalidade de bem ambiental.

O método de pesquisa utilizado foi a hipotética dedutiva com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, atentando para os diversos entendimentos fixados antagonicamente e, sobretudo, fazendo uma análise crítica dos textos.

O referencial teórico consubstancia-se na ideia que o microbem ambiental, por possuir característica excepcional no estudo do Direito Ambiental deve, no concernente à Prescrição, ter tratamento jurídico diverso do macrobem, como sustentado por José Rubens Morato Leite (2003) e Annelise Monteiro Steigleder (2011).

## 1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Primordialmente, para tratar o tema de forma ordenada, é importante trabalhar conceitos fundamentais relativos à prescrição ambiental, com vistas a amparar a base de conhecimento estabelecida e, assim, elucidar o entendimento final do assunto.

Nesse diapasão, serão tratados nesse capítulo, conceitos importantes, não somente para o tema, mas para o direito ambiental como um todo, partindo de uma visão geral para a específica.

Desse modo, tratar-se-á sobre a responsabilidade civil no direito ambiental, bem como, perpassará pela teoria do risco integral, adotada hoje, tacitamente, pela jurisprudência, com o intuito de introduzir o assunto e entender a caracterização do dano e a imputação da responsabilidade.

Ainda com esse propósito, será tratado o conceito de microbem ambiental, fazendo um paralelo com a visão de macrobem ambiental, se estabelecendo a conceituação do dano ambiental subjetivo.

### 1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Segundo Annelise Steigleder, a responsabilidade civil ambiental tem por escopo a proteção do meio ambiente, como direito protegido pela Constituição Federal de 1988, servindo de reparação a um dano ambiental autônomo: Art. 225 [...] § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (STEIGLEDER, 2011).

Essa responsabilização excederia a mera função punitiva contra o dano, mas possuiria também um caráter social, resultando em uma função preventiva e reparatória, Steigleder cita Sendim que traz que “o conceito de restauração e prevenção do dano ecológico é a ideia diretriz do direito de responsabilidade ambiental. Ou seja: o sistema de responsabilidade por danos ao meio ambiente adquire uma função específica: garantir a conservação dos bens ecológicos

protegidos”(STEIGLEDER, 2011).

Importa salientar que, quaisquer aspectos alheios ao dano não inferem na responsabilização, desse modo, a forma como o dano foi causado, o fato gerador do dano, a licitude ou não da atividade e uma prevenção infrutífera não são passíveis de serem tratados quando se fala na reparação e prevenção do dano ambiental (STEIGLEDER, 2011).

Segundo Steigleder, a responsabilidade observa os princípios da responsabilidade social e da solidariedade social, não se restringindo a dignidade da pessoa humana e o bem social, toda essa interpretação traz a ideia de que o meio ambiente não pode ser suprimido por interesse de terceiros, devida a proteção que deve lhe ser conferida (STEIGLEDER, 2011).

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva, no que concerne o direito ambiental essa será objetiva, dessa forma o aspecto da culpa não será observado para fins de imputação da responsabilidade.

Esse tipo de responsabilidade, segundo Reale, foi adotado pelo Código Civil em decorrência do princípio da, chamado por ele de sociabilidade, nesse a responsabilização objetiva seria adequada, porque pelo desencadeamento de uma “estrutura social” poderia se por em risco os interesses e os direitos alheios (STEIGLEDER, 2011).

Essa modalidade de responsabilidade está fundada nas teorias do risco, e nesse artigo cabe trabalhar as duas mais discutidas pela doutrina, sendo elas a teoria do risco criado e a teoria do risco integral.

Na teoria do risco criado podem ser invocadas as excludentes de culpabilidade, ou seja, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, já na teoria do risco integral, não se vislumbra nenhuma excludente, cabendo a imposição da responsabilidade de forma imediata, cumpre salientar, que não há previsão legal sobre qual a teoria adotada no ordenamento jurídico, cabendo assim observar o entendimento jurisprudencial do tema.

Apesar de haver uma divergência doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça se alinha a concepção da adoção da teoria do risco integral, conforme REsp 442586/SP, Min. Luiz Fux - Primeira Turma, DJU 24/02/2003:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL. (...) 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - “sem obstar a aplicação das penalidades administrativas” é obrigado, “independentemente da existência de culpa”, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, “afetados por sua atividade”. 4. **Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral**, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e do Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever self-executing, sem acesso à justiça, quantum indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. 6. In

casu, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ. 5. Recurso improvido (BRASIL, 2003, online). (Grifo nosso).

Assim temos que a responsabilidade civil, no direito ambiental, é objetiva e fundada na teoria do risco integral, visando proteger o meio ambiente e demais lesados na esfera civil. Isso porque a determinação da responsabilidade observando a culpa do agente, e a grande complexidade na relação de causalidade podem, por muitas vezes, impedir a reparação do dano, e consequentemente a restauração do meio ambiente.

## 1.2 MICROBEM AMBIENTAL

A concepção de meio ambiente foi com o tempo dividida, juridicamente, em macrobem ambiental e microbem ambiental, o primeiro traz um conceito amplo, abordando todo o conjunto de elementos que compõe o meio ambiente, oferecendo desse modo, uma maior proteção ao equilíbrio ecológico e, também, a vida humana.

Em uma concepção reduzida têm-se o microbem ambiental, essa visão abrangeria todos os elementos de forma individual, e que ao sofrerem suas interações formariam o meio ambiente, na visão de Antônio Herman V. Benjamin, microbem ambiental seria termo menos amplo e mais material, sendo “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora” (BENJAMIN,1993).

Conforme entendimento de Édis Milaré esses microbens se classificam como “patrimônio ambiental natural e patrimônio ambiental artificial e cultural”, de modo que cada bem possuiria sua própria legislação (MILARÉ,2003).

No que se refere ao dano ambiental, significaria dizer que, um dano que atinja o meio ambiente como um todo, atingirá o macrobem ambiental, incidindo sobre interesses difusos ou coletivos), por outro lado, quando o bem atingir interesses individuais, por meio do dano ao meio ambiente, atingiria o microbem ambiental.

O macrobem ambiental é entendido como bem incorpóreo e imaterial, visto: “[..]que a lei não apontou os elementos corpóreos, e logo conclui por ser um bem incorpóreo e imaterial” (COSTA e REZENDE, 2011, p.57), possuindo natureza jurídica de interesse público para parte da corrente doutrinária, isso porque. Nas palavras de Benjamin:

Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo como esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados e compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é

incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável (BENJAMIN, 1993, p 75).

Essa parte da doutrina concebe o microbem ambiental, corpóreos e materiais, como bens passíveis de possuírem regime de propriedade privada ou pública:

Na concepção de microbem ambiental, isto é, dos elementos que o compõe (florestas, propriedade e valor paisagístico etc.), o meio ambiente pode ter o regime de sua propriedade variado, ou seja, pública e privada, no que concerne à titularidade dominial. Na outra categoria, ao contrário, é um bem qualificado como de interesse público; seu desfrute é necessariamente comunitário e destina-se ao bem-estar individual (LEITE e AYALA, 2012, p. 87).

Ao se falar em microbem ambiental, deve-se entender os danos extrapatrimoniais subjetivos, nesse diapasão, Barbosa diz que versa sobre um “dano não patrimonial, reflexo, personalíssimo. Afetando um ou poucos sujeitos determinados com interesses divisíveis”. (BARBOSA, 2010, p. 145)

Segundo Leite, esse aspecto subjetivo ocorre porque se trata de um dano ambiental individual, e nesse caso o objetivo principal não é a tutela de valores ambientais, e sim dos interesses particulares do lesado, relacionados ao microbem ambiental (LEITE, 2003, p.96).

Quer-se dizer que, nesse tipo de dano ambiental, o bem atingido foram valores ou bens particulares de um indivíduo, isso, através de uma lesão ao meio ambiente.

## 2 (IM)PRESCRITIBILIDADE DO DANO AMBIENTAL

Para tratar a imprescritibilidade do dano ambiental, é importante tratar o instituto da prescrição em âmbito ambiental, para assim, adentrar ao tema e estabelecer a posição doutrinária e jurisprudencial.

Para Clóvis Beviláqua a “Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo” (BEVILÁQUA, 2004, p.205). Tem-se, na concepção de Orlando Gomes que a prescrição seria uma sanção imposta àquele que permaneceu inerte quanto ao exercício de um direito (GOMES,2002,p.497).

O instituto da prescrição serve a fins sociais, vez que consolida situações jurídicas através do decurso do tempo, o que garante estabilidade e promove a segurança jurídica, nesse pensamento, Carlos Roberto Gonçalves afirma que: “O instituto da prescrição é necessário, para



que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos. Dispensa a infinita conservação de todos os recibos de quitação, bem como o exame dos títulos do alienante e seus sucessores, sem limite no tempo” (GONÇALVES,2009, p.472).

Quer-se com essa aplicação, reequilibrar as relações jurídicas, por isso, a prescrição é estabelecida como a regra geral, conforme diz Pontes de Miranda:

A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional. À prescrição submetem-se todas as pretensões, inclusive as que correspondem a direitos reais, ao direito de família e ao direito de sucessões. As relações jurídicas e os direitos mesmos não prescrevem; razão por que não se pode pensar em prescrição da locação ou da sociedade (MIRANDA,1983, p. 127).

No que se refere ao direito ambiental, a questão da prescritibilidade se pauta, em muitos momentos, em uma dicotomia constitucional, onde há um conflito entre princípios, o princípio da segurança jurídica e a própria justiça, e o princípio que ampara o meio ambiente, considerado um direito fundamental, que objetiva a proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Outro aspecto tratado é a característica do dano ao microbem ambiental, que traz que como sujeito lesado um particular, logo, há divergências, uma vez que a imprescritibilidade, tratada no macrobem ambiental, se faz necessária por atingir interesses difusos e coletivos, uma vez que a falta da capacidade de identificar o titular do direito faz com que não se consiga atribuir a prescritibilidade.

Uma visão, trazida por Marcelo Kokke, baseado no rompimento da barragem de Mariana é:

Em face do entendimento que sustenta a prescrição, alguns juristas, a partir de uma leitura ilimitada do dano ambiental, sustentam a imprescritibilidade. A argumentação da imprescritibilidade em relação a danos individuais é frágil, pois olvida que o caráter intergeracional e fundado na dimensão difusa do dano é o núcleo que arregimenta a imprescritibilidade do dano ambiental. Não se pode confundir o dano em seu caráter ambiental difuso para com os prejuízos privados advindos do dano.

A tese consagraria um direito privado imprescritível. Por mais angustiante que seja do ponto de vista social cravar a prescritibilidade de danos individuais decorrentes de desastres, não há sustentação jurídica para caminhar em sentido inverso sem que disso resulte uma total distorção dos limites que separam a reparação do dano ambiental da reparação dos danos privados decorrentes de um desastre ambiental (KOKKE, 2018).

Há posicionamentos a favor da prescritibilidade e a favor da imprescritibilidade, deve-se passar, de modo a identificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, a análise deles.

## 2.1 O QUE ENTENDE A DOCTRINA

Há, como visto, divergências doutrinárias quando se fala de imprescritibilidade dos danos ambientais individuais, porém, pode-se inferir que os danos ambientais individuais são cobertos pelo instituto da prescrição no entendimento doutrinário. Nessa posição da doutrina, se encontram diversos doutrinadores, dentro eles, José Rubens Morato Leite (2003), Annelise Monteiro Steigleder (2004, p. 158), Édis Milaré (2005, p. 964) e Paulo de Bessa Antunes (2011, p. 969) (REZENDE, HENKES).

Conforme Milaré (2005, p. 964) quando houver um “[...] dano reflexo ou infligido ao microbem ambiental, aí sim, estarão definidas as regras de prescrição pelos ditames do Código Civil, pois tem titulares determinados”.

Conforme salientamos alhures, o Direito enxerga o dano ambiental sob dois aspectos distintos: a) o dano ambiental coletivo, dano ambiental em sentido estrito ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo, e b) o dano ambiental individual ou dano ambiental pessoal, sofrido pelas pessoas e seus bens. Assim é porque um mesmo fato pode ensejar ofensa a interesses difusos e individuais, como ocorre, por exemplo, com a contaminação de um curso d’água por carreamento de produto químico nocivo. Ao lado do dano ecológico puro ou coletivo identificado, poderão coexistir danos individuais em relação aos proprietários ribeirinhos que tenham suportado a perda de criações ou se privado do uso da água comum contaminada (...). De fato, o estabelecimento de um prazo para o ajuizamento da ação tendente à composição da lesão ambiental resulta por completo inadequado para o sistema de prescrição. (MILARÉ, 2005)

Ainda segundo Milaré:

Assim é porque um mesmo fato pode ensejar ofensa a interesses difusos e individuais, como ocorre, por exemplo, com a contaminação de um curso de água por carreamento de produto químico nocivo. Ao lado do dano ecológico puro ou coletivo identificado, poderão coexistir danos individuais em relação aos proprietários ribeirinhos que tenham suportado a perda de criações ou se privado do uso comum da água contaminada. (MILARÉ, 2005, p. 962-963)

Observa-se o pensamento de que, pela falta da titularidade é aplicável a prescrição em casos de danos ambientais difusos e coletivos, esse entendimento está amparado por Nelson e Rosa Nery: “Como os direitos difusos não tem titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema da indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil” (NERY, 1993).

Ainda se utilizando de um critério contrário a imprescritibilidade de danos ao microbem ambiental, afirma Bessa Antunes:

O importante da manutenção da possibilidade teórica da ocorrência da prescrição é assegurar que o equilíbrio jurídico não seja quebrado, garantindo a existência do preceito de justiça que, ante a existência da responsabilidade objetiva, sofre uma transmutação significativa. Romper a barreira prescricional seria, no caso concreto, estabelecer um nível insuportável de falta de isonomia, com graves reflexos para a vida do direito e, reflexamente, para a atividade econômica (BESSA, 2011, p. 969).

Através da análise, pode-se entender que a principal fundamentação para defender a prescritibilidade dos danos ambientais individuais, é a presença da titularidade, prevista no Código Civil, porque, dessa forma, poderia se atribuir ao sujeito o direito de intentar uma ação, para que busque seus direitos, o que não aconteceria no caso de um dano ambiental difuso ou coletivo, onde os afetados não são individualizados, não observando aqui a titularidade, e por isso, caberia a imprescritibilidade.

Com pensamento contrário têm-se a explanação de Haroldo Camargo Barbosa que vai defender a incidência da imprescritibilidade dos danos extrapatrimoniais reflexos, para isso, o autor sustenta que essa imprescritibilidade na pretensão de reparação do dano ambiental seria justificada pelas normas constitucionais que tratam os bens da coletividade e bens individuais extrapatrimoniais. Fala ainda que, existem casos em que ocorrem danos ou lesões ambientais que afetam a saúde humana que só apareceram após uma exposição contínua, ou ainda pelos avanços na ciência em procedimento que analisem os resíduos (BARBOSA, 2010, p. 143 e 147).

Ainda na concepção desse autor, o dano extrapatrimonial é considerado uma agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que versa acerca dos direitos relacionados à saúde, a vida, a integridade física, entre outros desdobramentos. Portanto, para o autor, quando um dano ambiental resultar em perda da qualidade de vida, ou a sensação de perda, bem como atingir de forma reflexa os valores morais da vítima, não há que se falar em prescrição, uma vez que os danos atingiriam os direitos da personalidade, mesmo não atingindo a coletividade, e mesmo que não seja possível avaliar um sofrimento intenso na natureza interna e direta da pessoa lesada (BARBOSA, 2010, p. 148).

Conforme o estudo, nota-se ainda, uma divergência entre pensamentos, entretanto, tem prevalecido a não aplicação da prescrição apenas em casos de danos ambientais coletivos e difusos, pela ausência de titularidade. Desse modo, importante preponderar o entendimento da jurisprudência brasileira.

## 2.2 O QUE ENTENDE A JURISPRUDÊNCIA

Após aclarado o entendimento doutrinário quanto a prescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental, passa-se à análise do entendimento jurisprudencial hodierno sobre o assunto. Para tanto, apresenta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de demonstrar como o poder judiciário tem interpretado a previsão legal referente à prescrição.

Em se tratando de Direito Ambiental, é certo que se faz necessário um diálogo de fontes, tendo em vista que, apesar de ser avançado, o seu aparato legal por vezes é insuficiente, especialmente quando se refere ao processo ambiental. Nesse sentido, podemos destacar algumas previsões legais que abordam a prescrição da pretensão de reparar um dano como o artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil brasileiro (Lei 10.406/02), o qual afirma que a prescrição da pretensão da reparação civil ocorre em três anos (BRASIL, 2002); e o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que assim leciona: “Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria” (BRASIL, 1990).

As previsões não se limitam às citadas acima, havendo inclusive entendimento do STF sobre tempo de prescrição na Ação Civil Pública (ACP), dentre outras previsões normativas sobre o tema. Contudo, sendo essas as principais previsões legislativas sobre prescrição passíveis de aplicação em litígios ambientais e que afirmam tempos distintos para a mesma finalidade, é possível que a haja entendimentos divergentes sobre o assunto. Certo é que a previsão do Código Civil é genérica, enquanto que a do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aplica-se aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, quando caracterizada a relação consumerista.

Quanto à previsão do Código Civil brasileiro, há que se considerar, para fins de imputação de responsabilidade civil, o disposto no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, que assim dispõe a prescrição da pretensão da reparação civil em 3 anos (BRASIL, 2002). Mas muitas são as divergências sobre o tema, como é possível perceber da análise das jurisprudências.

Antes, porém, de adentrar nos referidos entendimentos, há que se fazer um destaque para a relevância da aplicação do CDC em litígios ambientais. Instaura-se o diálogo de fontes entre direito ambiental e CDC justamente porque este é o principal instituto legal brasileiro que ampara direitos difusos e coletivos. É o Direito Ambiental eminentemente difuso, protegendo, por vezes, uma coletividade e por mais raras vezes direitos individuais, os quais são tratados neste artigo. Estes últimos são os chamados microbens ambientais. É, portanto, legítima, a adoção dos dispositivos do CDC em esfera ambiental, especialmente quando se trata de direitos difusos e coletivos. Entretanto, não se excluem da aplicabilidade os direitos individuais, desde que comprovada a relação de vulnerabilidade.

O STJ concorda com a aplicabilidade do CDC em matéria ambiental, inclusive quando o dano é causado à pessoa determinada, desde que configurada a relação de consumo entre a vítima de dano ambiental e o agente causador. Foi o que entendeu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

ao julgar um Recurso Especial no qual era questionada a relação de consumo entre a vítima de certo dano ambiental e a empresa de energia elétrica causadora do dano:

Se o dano sofrido pelos consumidores finais fosse um choque provocado por uma descarga elétrica, não haveria dúvida acerca da incidência do CDC. Ocorre que a regra do art. 17 do CDC, ampliando o conceito básico de consumidor do art. 2º, determina a aplicação do microssistema normativo do consumidor a todas as vítimas do evento danoso, protegendo os chamados “bystanders”, que são as vítimas inocentes de acidentes de consumo, como recentemente decidiu esta Terceira Turma no julgamento do Recurso Especial nº 1.288.008, da minha relatoria [...] (BRASIL, 2013, on-line).

É, portanto, aplicável o CDC quando o dano ambiental, ainda que causado a uma pessoa e não a uma coletividade ou de maneira difusa, tenha sido derivado de uma relação de vulnerabilidade, mesmo que o resultado danoso não seja derivado de uma relação direta de consumo.

Ainda sobre o tempo de prescrição, o STJ entendeu que deve começar a ser contado quando da ciência do dano, como entendeu o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no mesmo processo anteriormente mencionado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO DO SOLO E DO LENÇOL FREÁTICO POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. PRECEDENTES.

[...]

3. Não há como se presumir que, pelo simples fato de haver uma notificação pública da existência de um dano ecológico, a população tenha manifesto conhecimento de quais são os efeitos nocivos à saúde em decorrência da contaminação.

4. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

[...] (BRASIL, 2013, on-line).

Mas, para além de se saber qual dispositivo legal deve ser aplicado no que tange ao tempo de prescrição, faz-se relevante questionar: é, de fato, prescritível a pretensão de reparação do dano ambiental? O STJ também se posiciona sobre o assunto, o que será demonstrado adiante.

O primeiro julgado do STJ refere-se a um Recurso Especial impetrado com a finalidade de reformar decisão que condenou o recorrente ao pagamento de indenização à determinada comunidade indígena, tendo em vista serem os danos morais e materiais causados por ele “decorrentes de extração ilegal de madeira da área indígena” (BRASIL, 2009, on-line), demonstrando o caráter iminente de reparação civil por dano ambiental.

O primeiro destaque feito pela Relatora, antes mesmo de decidir sobre o tema, diz respeito às condições de aplicação da tese que virá a defender. Assim afirma a Ministra: “Podemos dizer

que, nesse caso, a prescrição tutela interesse privado, podendo ser compreendida como mecanismo de segurança jurídica e estabilidade” (BRASIL, 2009, on-line). Ou seja, a Relatora demonstra que o precedente que virá a seguir é aplicável em litígios ambientais, ainda que o dano seja causado a determinada pessoa ou coletividade, neste caso, à comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia.

Após fundamentar os conceitos de dano ambiental e responsabilidade civil por dano ambiental, a Ministra passa à sua argumentação em relação a prescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental, e assim leciona:

[...] o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.

[...]

No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental [...] (BRASIL, 2009, on-line).

Não é, portanto, recente, o entendimento da Corte Superior brasileira a favor da imprescritibilidade do dano ambiental, ainda que se refira à determinada coletividade ou única pessoa, fundamentada na previsão do artigo 225 da Constituição Federal. A referida decisão ensejou recurso extraordinário posteriormente, ao qual foi dada repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, decisão que será avaliada ao final deste tópico.

Não obstante o conservado entendimento, ele tem se mantido na Corte, como é possível notar pelo recente posicionamento do Ministro Herman Benjamin. O Relator, em decisão monocrática que decidiu por não conhecer agravo em recurso especial, entendeu pela imprescritibilidade de pretensão de reparação de dano ambiental alegada em ACP (BRASIL, 2016, on-line). Fundamentou a sua decisão afirmando: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis” (BRASIL, 2016, on-line). Concordou, portanto, com o tribunal de origem que já havia decidido de acordo com o entendimento do STJ, e por isso negou conhecimento ao recurso.

Defendeu-se naquela Corte, ainda em 2014, a tese de que também é imprescritível a ação que pretende a cessação de dano ambiental, conforme decisão do Ministro Humberto Martins, da Segunda Turma do STJ, no julgamento de um agravo regimental em recurso especial:

Conforme consignado na decisão agravada, a ação civil pública visa discutir não só a obrigação de reparação do dano, mas a de não degradação da área de preservação.



O pedido inicial abrange não só a cessação dos atos, mas a elaboração de plano de recuperação e sua execução, após a demolição do empreendimento existente no imóvel situado à área de proteção. A tese recursal de que a imprescritibilidade é única e exclusivamente para reparação do dano e não para as demais questões enfrentadas numa ACP não deve prosperar. As infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis (BRASIL, 2014, on-line).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre o tema, reconhecendo por maioria – mas não unanimidade – ser constitucional a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental. O entendimento se deu em um recurso extraordinário interposto em face da decisão do STJ já comentada anteriormente, que determinou a reparação dos danos morais e materiais causados à comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia.

Superadas todas as questões processuais e analisando o mérito, a Suprema Corte fixou a seguinte tese em recente julgamento, datado de 17 de abril de 2020: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental” (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, é certo afirmar que, do ponto de vista jurisprudencial brasileiro, não restam dúvidas sobre a imprescritibilidade da pretensão de reparação de dano ambiental, sendo inquestionável o referido posicionamento após a repercussão geral concedida pelo Supremo Tribunal Federal ao tema. Destaque-se, ainda, que a decisão, tanto do mérito, quanto da atribuição de repercussão geral, não foi unânime, o que ressalta a divergência de entendimentos existentes, até então, quanto ao tema debatido.

Vale ainda ressaltar que, em se tratando de dano causado a um microbem ambiental, prevalece a previsão do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil, o qual prevê a prescrição em 3 (três) anos, para pretensão de reparação civil. Esse tempo deve observar a teoria da *actio nata*, que considera o início da contagem do tempo quando da ciência do dano. Foi o que entendeu o STJ na seguinte decisão:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESMATAMENTO DE ÁREA OBJETO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO IMÓVEL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DA ACTIO NATA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Conforme o princípio da *actio nata*, o curso do prazo prescricional do direito de postular a reparação de danos somente se inicia quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências.

[...]

2. Hipótese em que, de acordo com as instâncias ordinárias, somente se pode atestar a ciência inequívoca da autora quanto aos atos lesivos que são objeto da demanda a partir da notificação extrajudicial da ré para a desocupação do imóvel, promovida em 19/02/2013, não estando prescrita, portanto, a ação ajuizada em 24/04/2013, dentro do triênio (CC/2002, art. 206, § 3º, V). 3. Agravo interno não provido (BRASIL, 2018, on-line).

Compreendido o posicionamento das principais cortes brasileiras sobre a imprescritibilidade da pretensão de reparação civil por dano ambiental, faz-se necessário um entendimento mais denso sobre o tempo do dano. É a partir da compreensão do que é e como corre o tempo do dano que se fundamenta a necessidade da manutenção da imprescritibilidade do processo ambiental, com vistas a garantir a imputação de responsabilidade a longo prazo.

### 3 O TEMPO DO DANO

Para que se possa compreender de que se trata o tempo do dano e a relevância do seu correto entendimento para as disciplinas que se debruçam sobre o tema “meio ambiente”, Steigleder assim o definiu:

O tempo do dano ambiental é o longo prazo que pauta as modificações ecológicas. Em virtude disso, a tensão entre o Direito e os demais ramos da ciência torna-se ainda mais evidente, impondo uma reformulação dos critérios jurídicos para a reparação do dano, pois geralmente os efeitos de uma ação contra o meio ambiente não são imediatamente aparentes (STEIGLEDER, 2011, p. 120).

É possível perceber nos litígios ambientais, inclusive naqueles apresentados no último tópico, a ocorrência desses danos ambientais a longo prazo e a dificuldade que, por vezes, se impõe à imputação de responsabilidade aos verdadeiros causadores do dano resultante da intervenção no meio ambiente. Nos casos citados acima ainda foi possível identificar e punir os agentes degradadores. Contudo, nem sempre isso se torna viável, considerando que alguns danos serão conhecidos muitas décadas depois da ação ou omissão do agente.

Desperta então a necessidade de uma revisão sobre o tempo do dano, incluindo uma perspectiva interdisciplinar, tanto para fins de possíveis responsabilizações, quanto para mudanças de paradigmas e princípios próprios do direito ambiental que se estruturam a partir do conceito do tempo do dano, como os princípios da precaução e da prevenção (STEIGLEDER, 2011, p. 120).

Antes de uma análise do tempo entre uma perspectiva entre passado e futuro, é válido compreender como a legislação se construiu, tendo como ponto de vista o tempo do dano. As normas de responsabilização civil ambiental estão dispersas em várias legislações como a Política Nacional do Meio Ambiente, o Código Civil, o CDC, mas elas se desenvolvem na mesma perspectiva: da responsabilização objetiva pelo dano causado.

Tais normas por vezes são interpretadas com base na teoria do risco integral e por outras na teoria do risco criado. Independentemente do paradigma adotado quanto a culpa ou dolo, certo é que se faz necessária, sempre, a comprovação do nexos causal existente entre o dano e o ato, fato ou omissão que gerou o referido dano. É neste ponto que o tempo do dano exhibe a sua relevância.

Para que se comprove o nexos entre um dano e a ação antrópica no meio ambiente que o causou é, por vezes, necessária uma análise técnica, científica do dano – e aqui se destaca a

relevância da interdisciplinaridade para o tempo do dano – para que seja apresentado um laudo que comprove a referida relação. É o que acontece, por exemplo, quando um profissional devidamente qualificado atesta a qualidade da água derivada de um rio que já sofreu contaminação química anteriormente.

Nem sempre essa identificação do dano pode ser feita imediatamente após a ocorrência do dano, especialmente quando esse dano acontece de maneira contínua e imperceptível. A demonstração do nexo causal exigida pela legislação para imputação de responsabilidade civil se torna, nesse espectro, inviável, havendo uma incompatibilidade legislativa entre o que pretendeu o legislador – a imputação de responsabilidade civil por dano ambiental – e o que se pode alcançar no que tange a tecnicidade da prova do nexo.

Steigleder ressalta a importância dessa identificação do dano em tempo hábil para a vítima individualizada, ou seja, para além do dano ambiental coletivo ou difuso:

Na perspectiva do dano individual, a atenção incide sobre a vítima, pelo que os impactos futuros têm um limite determinado pela vida da pessoa humana. Ou seja, a ingestão de água contaminada poderá determinar, a longo prazo, a formação de um câncer, estabelecendo-se inúmeras discussões sobre o nexo de causalidade entre doença futura e a poluição pretérita (STEIGLEDER, 2011, p, 121).

Vale destacar que, não obstante a relevância dos princípios ambientais da prevenção e da precaução, na forma com que hoje são estabelecidos não são capazes de amparar o dano a longo prazo, tendo em vista que se dedicam a evitar o dano, seja ele previsível ou não. Quando da necessidade de imputação de responsabilidade civil, o dano é inevitável, visto que ele já ocorreu, não mais é factível, mas já existe e almeja reparação ou indenização.

Por esse motivo se faz necessária a alteração do paradigma do tempo no que tange ao dano ambiental: para que as normas e princípios não se limitem a evitar o dano, mas, de fato, alcancem a sua reparação. Afinal, certos danos já são inevitáveis, considerando o modelo econômico e social instaurado hodiernamente, com bases essencialmente capitalistas. É o que defende Carvalho quando afirma: “Não obstante a existência de previsões doutrinária ou mesmo legais, o dano ambiental, em sua dimensão futura, carece de descrições caracterizadoras, bem como de uma teoria jurídica de base que lhe dê sustentação, aplicabilidade e operacionalidade” (CARVALHO, 2006, p. 197).

Essa necessidade de ampliar a aplicabilidade da responsabilidade civil foi percebida por Carvalho (2006) quando da análise do conceito de danos ambientais futuros. Em sua análise apresenta dois conceitos para o termo, quais sejam:

[...]

(1) *danos ambientais futuros propriamente ditos ou ‘strictu sensu’* e (2) *as consequências futuras de danos ambientais já concretizados.*

Destarte, podemos observar que a primeira espécie do dano ambiental futuro caracteriza-se pela existência de alta probabilidade ou de uma probabilidade

determinante acerca da ocorrência futura de danos ambientais em virtude da existência de uma determinada conduta, ou seja, o risco do dano em momento futuro. Já na segunda espécie, pode ser dito que, no momento da decisão jurisdicional, já há a efetivação do dano, contudo, a avaliação dos riscos deverá dizer respeito às consequências futuras deste dano atual em sua potencialidade cumulativa e progressiva. (CARVALHO, 2006, p. 204) (Grifos do autor).

Em ambos os conceitos, pretende-se criar um novo paradigma para a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil para danos não imediatos. Para alcançar esse objetivo, o autor desenvolve algumas soluções que considera viável, como a utilização da teoria do risco abstrato a fim de condicionar essa responsabilização (CARVALHO, 2006, p. 208), desenvolvida a partir da teoria do risco de Ulrich Beck.

Trata a teoria do risco abstrato da superação da teoria do risco concreto para que seja possível, mais que imputar responsabilidades, impor “obrigações preventivas a agentes que estejam produzindo riscos intoleráveis” (CARVALHO, 2006, p. 211). Nesse sentido, seria possível ampliar, tanto o conceito de responsabilidade civil, quanto o paradigma dos princípios da prevenção e precaução.

A forma com que essa antecipação de responsabilização deve se dar varia, mas há que se destacar um instituto que vem se desenvolvendo dentro da doutrina ambientalista, qual seja, o seguro ambiental. Com o intuito de garantir a plena efetivação da reparação do dano, os seguros se tornam um instrumento de prevenção, disponível especialmente a grandes empresas potencialmente degradadoras.

Os mercados, ao longo dos últimos vinte anos, vêm acobertando o risco de natureza ‘súbita’ e ‘acidental’ – para os danos ambientais – cujos eventos trazem consigo o caráter repentino, inesperado – ocorridos durante a vigência da apólice. A poluição ‘gradual’ – de natureza paulatina, de longa latência – onde entre o fato gerador ou a causa primeira e a real manifestação do dano ambiental – muito tempo pode transcorrer, não encontra cobertura facilitada nos mercados internacionais e também no Brasil (POLIDO, 2004, p.140).

É um instituto ainda tímido no Brasil, mas os seguros ambientais já ganharam espaço na esfera internacional, tendo os Estados Unidos um maior destaque no setor, como menciona Polido:

Os norte-americanos, até mesmo pelo regime jurídico da common law – sempre foram mais arrojados em matéria de responsabilização por danos ambientais e, por isso mesmo, existem naquele país clausulados de coberturas de seguros bastante amplos, abrangendo inclusive os chamados danos ecológicos puros – pois que garantem textualmente a perda de uso de determinado local atingido pelo desastre ecológico. Tal mercado, sendo o mais desenvolvido nesta área especial de seguros, uma vez iniciadas as operações neste segmento nos anos oitenta, certamente deverá ser copiado pelos demais países do mundo (POLIDO, 2007, p. 14).

O tema merece um destaque específico, não cabendo a sua exaustão no desenvolvimento deste trabalho. Contudo, por meio da doutrina apresentada e tendo em vista os casos concretos mencionados no tópico anterior, sanam-se as dúvidas quanto a emergente necessidade de alteração do paradigma do tempo do dano. A certeza que se tem é que os chamados “danos futuros” já são uma realidade no presente e demandam garantia da correta imputação de responsabilidade civil.

## CONCLUSÃO

Indiscutivelmente a preservação do Meio Ambiente é uma preocupação de todas as pessoas lúcidas deste planeta, na medida em que já se tem consciência que nossa qualidade de vida está intimamente ligada a um ambiente ecologicamente equilibrado.

Não se tem dúvida que a Ciência Jurídica tem importante desiderato na proteção ambiental, pois incumbe ao Direito construir uma doutrina cientificamente robusta capaz de proporcionar aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, uma produção de normas, uma gestão e uma aplicação do Direito inteligente, proporcionando a inibição de qualquer comportamento danoso ao meio ambiente e, portanto prejudicial à vida, bem como, sancionando pelo instituto da responsabilização de forma séria e implacável às pessoas que, infelizmente, degradam o Meio Ambiente.

Umbilicalmente ligado à Responsabilidade Jurídica encontra-se o instituto da Prescrição que tem, axiologicamente, o papel de proporcionar paz social, na medida em que prescreve que o transcorrer do tempo deve ter por consequência a impossibilidade de se exercer a pretensão de se exigir em juízo a reparação em desfavor do degradador, evitando a perpetuação da incerteza sancionatória.

Por outro lado, o dano ambiental graças às suas características não pode restar, simplesmente em razão do transcurso do tempo, sem reparação, acarretando eventualmente que o degradador saia ileso do seu repugnante comportamento lesivo e, outrossim não desestimulando, pedagogicamente, novos comportamentos danosos.

Em resposta ao problema apresentado afirma-se que existe mais de uma espécie de bem ambiental e a prescrição não pode ser estudada de forma idêntica para todos. Embora se afirme, sem medo de errar, que o dano ambiental é difuso, ou seja, as vítimas são pessoas indefinidas, excepcionalmente pode ocorrer um dano ambiental cuja pessoa prejudicada é facilmente identificada e, somente esta, foi vitimada pelo degradador. Esta hipótese é chamada de degradação a um microbem ambiental.

Desse modo, restou confirmada a hipótese de que a imprescritibilidade, apesar de garantir uma maior proteção ao bem ambiental, não deve ser aplicada de forma irrestrita, isso porque, se por um lado o dano ambiental gera imprescritibilidade como regra, não se pode afirmar que todo e qualquer dano a um meio ambiente é perpetuamente sujeito a atuação sancionatória do Poder Judiciário.

Alcançando o objetivo proposto, conclui-se que quando um microbem ambiental é

afligido, repita-se, situação excepcional do Direito Ambiental, o instituto da Prescrição deve ser homenageado, gerando, pois, à vítima a obrigação de mover uma Ação de Reponsabilidade Civil dentro do prazo 3 (três) anos, considerando que a situação se enquadra na previsão ordinária do Código Civil em seu artigo 206, § 3º inciso V. Esse prazo se estende para 5 (cinco) anos quando o dano ambiental deriva de uma relação de consumo, situação que será amparada pelo artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, P de B. Direito ambiental. 11. ed. Rio de Janeiro: **Lúmen Juris**, 2008.
- ARAUJO JUNIOR, M. E.; MARTINS, L. G. C. Indivíduo, sociedade e direitos humanos: a sustentabilidade integrada à ideia de bem viver e sua relação com os negócios jurídicos no mundo globalizado. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 169-190, jan.-abr. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1566>. Acesso em: 25 mai. 2020.
- BARBOSA, Haroldo Camargo. O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais. In: **Revista de Direito Ambiental**. Coord. Eladio Luiz da Silva Lecey e Silvia Cappelli. São Paulo, vol. 15, n. 58, p. 124-149, jul.-set/ 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, n. 9, p. 44; TEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. **Ed. Servanda**. São Paulo, 2007.
- BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 209-242, set./dez. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i33.1242>. Acesso em: 04 ago. 2019.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 21 mai. 2020.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 21 mai. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do agravo regimental em recurso especial nº 1.421.163/SP** (2013/0265458-3). DJ: 06 nov. 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271421163%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271421163%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271421163%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271421163%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 21 de maio de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do recurso especial 1.120.117** (AC



2009/0074033-7). Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ: 10 nov. 2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900740337&dt\\_publicacao=19/11/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900740337&dt_publicacao=19/11/2009). Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do agravo interno no agravo em recurso especial 1.167.724 (PR 2017/0229597-1)**. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. DJ: 14 ago, 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRESCRICAO+AMBIENTAL+TRIENIO&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRESCRICAO+AMBIENTAL+TRIENIO&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do recurso especial 1.365.277/RS (2011/0211109-8). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 02 dez. 2013. **Informativo de Jurisprudência de 2014**, Superior Tribunal de Justiça: Brasília, 19. ed., p. 138-139. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/ramosdedireito/informativo\\_ramos\\_2014.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2014.pdf). Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática do agravo de Recurso Especial nº 928.184/SP (2016/0142210-0)**. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 09 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/a/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01333804720088260000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão da repercussão geral do tema 999 em recurso extraordinário nº 654.833**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 28 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais. 2006. 255 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/Dano%20ambiental%20futuro.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

COSTA. Beatriz Souza; REZENDE, ElcioNacur. O bem sob a ótica do direito ambiental e do direito civil: uma dicotomia irreconciliável? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 1. n. 3, p. 43-77, dez 2011.

GOMES, Daniela. ARTUZI, Vinícius. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público por ação ou omissão em decorrência de impactos e/ou danos ambientais. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, a. 3, n. 5, p. 57-78, jan/jun 2012. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/196/178>. Acesso em: 22 mai. 2020.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 18ª ed. Rio de Janeiro : **Forense**, 2002. p.497

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Parte Geral. 7ª ed. Rio de Janeiro : **Saraiva**, 2009. p.472

KOKKE, MARCELO. Prescrição da reparação do dano ambiental e o desastre de Mariana. *Conjur*, 21 de set. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/kokke->

prescricao-reparacao-dano-ambiental-mariana>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MILARÉ, E. Direito do ambiente: doutrina. prática., jurisprudência.glossário. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2001.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. B. B. de A. Responsabilidade civil. Meio-ambiente e ação coletiva ambiental. in: BENJAMIN. A. H. V.(coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**. 1993. p. 278-394.

POLIDO, Walter Antonio. Seguros para Riscos Ambientais. **Revista Brasileira de Risco e Seguro**, v. 1, n. 0, p. 136-143, dez. 2004. Disponível em: [http://www.rbrs.com.br/arquivos/rbrs\\_0\\_8.pdf](http://www.rbrs.com.br/arquivos/rbrs_0_8.pdf). Acesso em: 22 de maio de 2020.

POLIDO, Walter Antônio. Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos. **Revista de Direito Ambiental**, n. 45, jan/mar 2007, São Paulo: RT. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/base/wp-content/uploads/2018/04/contrato-de-seguro-ambiental.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, Tomo VI – 4. Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1983, p. 127

RUSSO, Marília Rezende; HENKES, Silvana L. A prescrição dos danos ambientais extrapatrimoniais da sociedade de risco. **Revista Eletrônica do Curso de Direito-UFSM**. [s.d].

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: **Livraria do Advogado Editora**, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

THOMÉ, Romeu; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A descaracterização de barragens de rejeito e o plano de fechamento de mina como instrumentos de mitigação de riscos na mineração. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 63-85, out. 2019. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1567>>. Acesso em: 27 Mai. 2020.

**Como citar:** SÁ, Viviane Kelly Silva; REZENDE, Elcio Nacur; DOLABELA, Lorena. Microbem ambiental e a prescrição da responsabilidade civil ambiental. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 161-181, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p161. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 08/06/2020.

Aprovado em: 26/09/2022.

**ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DA  
SERVENTIA EXTRAJUDICIAL: ENTRAVE  
DA RESOLUÇÃO Nº 35/2007 DO CONSELHO  
NACIONAL DE JUSTIÇA QUANTO À SUCESSÃO  
DO COMPANHEIRO**

ACCESS TO JUSTICE THROUGH EXTRAJUDICIAL  
NOTARY'S OFFICE: OBSTACLE OF RESOLUTION  
Nº 35/2007 OF THE NATIONAL COUNCIL OF  
JUSTICE AS REGARDS THE SUCCESSION OF THE  
PARTNER

**Rosana de Cássia Ferreira\***  
**Ricardo Goretti\*\***

\*Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Mestre em Direito (Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC/SC). Graduada em Direito (Faculdade Milton Campos, FDMC/MG). E-mail: rosanafer@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4385-5119>

\*\*Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Especialista em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Graduado em Direito (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). E-mail: ricardogoretti@fdv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1933-0507>

**Como citar:** FERREIRA, Rosana de Cássia; GORETTI, Ricardo. Acesso à justiça pela via da serventia extrajudicial: entrave da resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça quanto à sucessão do companheiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 182-198, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p182. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988 protegeu novos núcleos familiares. O art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar. Por causa dos debates quanto à sucessão do companheiro, diferenciando-a da sucessão do cônjuge, houve o julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) nº 646.721 e 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Porém, o processo de inventário extrajudicial, tratado pela Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), prevê diferenças para o acesso à justiça do companheiro perante as Serventias Extrajudiciais, quando este é o único herdeiro. Questiona-se os motivos de se manter a limitação contida no art. 18 da Resolução nº 35/2007 do CNJ quanto ao inventário extrajudicial do companheiro quando este for o único herdeiro. Perquire-se se há fundamento legal ou jurisprudencial que justifique a exigência do ajuizamento de ação judicial pelo companheiro na ausência de outros sucessores do autor da herança; ou se isso é um obstáculo à efetivação do acesso à justiça. Pautou-se no método dedutivo, nos estudos de Cappelletti e Garth, nas análises dos Recursos Extraordinários e da Resolução nº 35. Portanto, vê-se a necessidade de alteração do art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. União Estável. Sucessão.

Serventias Extrajudiciais. Inventário.

**Abstract:** The Federal Constitution of 1988 protected new family nuclei. The art. 226, § 3, recognized the stable union as a family entity. Because of the debates regarding the succession of the partner, differentiating it from the succession of the spouse, there was the judgment of Extraordinary Appeals (RE) No. 1790 of the Civil Code. However, the extrajudicial inventory process, dealt with by Resolution No. 35/2007 of the National Council of Justice (CNJ), provides for differences for the partner's access to justice before the Extrajudicial Services, when he is the only heir. The reasons for maintaining the limitation contained in art. 18 of Resolution No. 35/2007 of the CNJ regarding the extrajudicial inventory of the partner when he is the only heir are questioned. It is investigated whether there is a legal or jurisprudential basis that justifies the requirement of filing a lawsuit by the partner in the absence of other successors of the author of the inheritance; or if this is an obstacle to effective access to justice. It was based on the deductive method, on studies by Cappelletti and Garth, on the analysis of Extraordinary Resources and Resolution n° 35. Therefore, there is a need to change art. 18 of Resolution no. 35 of the CNJ.

**Keywords:** Access to justice. Stable Union. Succession. Extrajudicial Services. Inventory.

## INTRODUÇÃO

A efetivação do direito de acesso à justiça é objeto de preocupação de juristas, do poder público e da sociedade, por força da sua importância para a realização de direitos de todas as naturezas.

Uma leitura ampliada do art. 5, XXXV, da Constituição Federal, nos leva a perceber que o direito de acesso à justiça não se limita à perspectiva formal da reivindicação de direitos em juízo. O sentido que deve ser atribuído ao direito fundamental em questão é o material ou o substancial, que considera a possibilidade de realização da justiça por vias alternativas ao processo judicial, sem afastar o exercício da tutela jurisdicional.

A perspectiva material que orienta o presente estudo confere contornos de constitucionalidade à tendência de deslocamento de algumas atividades de prevenção e de solução de conflitos, antes exercidas exclusivamente pelo judiciário, para a via extrajudicial.

Este estudo se justifica pelo interesse dos autores na abordagem da atuação das Serventias Extrajudiciais em favor da desjudicialização, eis que são vias igualmente seguras, em relação à via judicial, no entanto são mais céleres e econômicas. Há, ainda, que se ressaltar a necessidade de constante busca da ampliação do acesso à justiça no Brasil.

O termo “Serventias Extrajudiciais” é atualmente utilizado em substituição à antiga denominação “Cartórios”, que são os locais em que há a instrumentalização de atos e fatos jurídicos, a depender de cada especialidade: registros civis, tabelionatos de protestos, registros de imóveis, registros de títulos e documentos, registro civil de pessoas jurídicas e tabelionatos de notas.

Essas Serventias Extrajudiciais que, antes, eram transmitidas de pai para filho, hoje, são providas por concurso público de provas e de títulos. Elas já se destacam como um desses *locus* de resolução de demandas que, antes, eram exclusivas da via judicial, com a finalidade de dar o tratamento adequado a cada caso concreto e de trazer celeridade às questões que não envolvam litígio, além de reduzir a demanda do Judiciário.

Na perspectiva do conceito amplo de acesso à justiça, as serventias Extrajudiciais são locais onde este acesso pode ser facilitado, com celeridade, baixo custo para o usuário, de forma a gerar receitas para o Estado, poupando-lhe as despesas que lhe são próprias no andamento dos processos judiciais.

Um exemplo nítido disso é a possibilidade de se promover divórcio, inventário e partilha perante os tabelionatos de notas, com o advento da Lei nº 11.441 de 2007, que viabilizou a ampliação do acesso à justiça por vias alternativas ao processo.

A Lei nº 11.441 de 2007 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil, possibilitando a realização de separação e de divórcio consensuais, de inventário e de partilha perante os Tabelionatos, quando houver consenso e não envolver filhos menores ou incapazes.

A fim de disciplinar a lavratura dos atos de inventário, de partilha, de separação e de divórcio consensuais, pela via administrativa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 35 de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais



e de registro.

Neste estudo, será feito um recorte quanto ao instituto do “inventário”, tratado pela Resolução em comento, notadamente quanto ao seu art. 18, a fim de se analisar a necessidade de sua alteração, para adequá-lo ao novo entendimento jurisprudencial do Supremo que defende a igualdade de direitos sucessórios entre os companheiros, na união estável, e os cônjuges, no casamento.

Esse descompasso entre o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (STF), firmado em 2017, e as normas do CNJ, de 2007, que tratam do tema sucessão e inventário, pode ser percebido com a leitura do art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ: “o(a) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável”.

Observa-se que tal artigo faz uma nítida distinção entre a sucessão do companheiro e do cônjuge na via extrajudicial, na medida em que prevê a impossibilidade para o companheiro lavrar o inventário extrajudicial na condição de ser o único herdeiro; hipótese que não é aplicada ao cônjuge.

Revela-se, assim, uma nítida diferenciação entre os institutos da união estável e do casamento, ferindo os princípios da igualdade, da não discriminação, da liberdade, da vedação do retrocesso, da afetividade e da dignidade humana.

O Estado, desde a Constituição de 1988, passou a reconhecer de forma expressa a existência de novos núcleos familiares merecedores de proteção jurídica. No tocante a isso, a Constituição Cidadã, por meio do art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como uma entidade familiar.

Desde então, intensos debates surgiram quanto à sucessão do companheiro na união estável, diferenciando-a da sucessão do cônjuge no casamento, e colocando-o em desvantagem, fato que levou ao julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721 e nº 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2017.

A Corte Maior decidiu, nos julgamentos desses Recursos Extraordinários, pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o qual sustenta diferenciação entre as figuras do cônjuge e do companheiro no que tange à sucessão hereditária.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal aprovou, para fins de repercussão geral, a tese de que, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

O fundamento é de que a diferença de tratamento, nos regimes sucessórios, entre cônjuge e companheiro viola os preceitos da Lei Maior, eis que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e a união estável é reconhecida como entidade familiar.

Por outro lado, no que tange à instrumentalização dos direitos da sucessão, duas vias podem ser utilizadas: a via judicial e a extrajudicial. A via extrajudicial é mais célere e econômica, porém os companheiros continuam esbarrando na mencionada restrição do art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ, quanto às lavraturas de escrituras de inventários na ausência de outros sucessores.

Assim, faz-se necessária uma releitura do art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ, à luz dos fundamentos utilizados nos julgamentos dos RE nº 646.721 e nº 878.694 pelo STF, que equipararam a sucessão do cônjuge à do companheiro, a fim de que haja uma perfeita adequação.

Portanto, este estudo utiliza-se do método dedutivo de pesquisa, pois parte da premissa de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721 e nº 878.694, já reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o qual estabelecia diferenças entre sucessão do cônjuge e do companheiro. Diante disso, questiona-se a razão de se manter a limitação do art. 18 da Resolução nº 35/2007 do CNJ quanto ao inventário extrajudicial do companheiro na ausência de outros sucessores, de forma a limitar o seu direito de acesso à justiça.

Este estudo também visa perquirir se a exigência do ajuizamento de ação judicial, pelo companheiro(a) com direito à sucessão, quando o autor da herança não deixar outro sucessor, pode ser considerada um obstáculo à efetivação do acesso à justiça.

Como referencial, foi utilizada a lição de Mauro Cappelletti e Bryan Garth entre outros autores, os quais subsidiaram as considerações realizadas sobre a efetivação do direito de acesso à justiça pela via das Serventias Extrajudiciais, na perspectiva da terceira onda do movimento universal de acesso à justiça.

O caminho percorrido para abordagem do tema envolveu três etapas: no item 1, abordar-se-á o acesso à justiça, dentro de um conceito amplo, bem como a desjudicialização, com vistas à ampliação dos meios para solucionar as controvérsias; já no item 2, serão tratadas questões relativas à equiparação da sucessão do cônjuge e do companheiro, destacando a importância do julgamento dos RE nº 646.721 e nº 878.694 pelo STF para que esta equiparação fosse possível; por sua vez, no item 3, será abordada a Resolução nº 35/2007 do CNJ e a necessidade de sua alteração para permitir o inventário e a partilha extrajudiciais do companheiro, quando for o único herdeiro, de forma a ampliar o seu direito de acesso à justiça. À luz de todos os aspectos a serem tratados, por fim, apresentar-se-á a conclusão em relação à temática discutida.

## 1 ACESSO À JUSTIÇA E DESJUDICIALIZAÇÃO

À luz dos estudos de Mauro Cappelletti acerca do tema “acesso à justiça”, necessário discorrer sobre o movimento universal, os obstáculos que marcaram as “ondas” renovatórias desse movimento e os meios para se combater esses entraves, com destaque para a terceira “onda” e para as medidas de amenização contra os obstáculos processuais nela identificados.

O movimento universal de acesso à justiça surgiu por meio de uma pesquisa desenvolvida em Florença, na Itália, em meados dos anos 60, sob a coordenação de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, envolvendo profissionais de diversas áreas e vindo a alcançar diversos países.

O movimento universal se manifestou por três “ondas”, que consistiram em um conjunto de ações para amenizar os obstáculos econômicos, organizacionais e processuais que foram identificados durante os estudos sobre o tema “acesso à justiça”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)

A primeira “onda” tratou da assistência judiciária, com o intuito de combater o obstáculo econômico; a segunda “onda” tratava de reformas quanto à representação jurídica para interesses difusos, visando combater o obstáculo organizacional; e a terceira “onda” que priorizou o combate aos entraves processuais, tais como: a morosidade, a falta de informações dos indivíduos sobre seus direitos e deveres, o uso de instrumentos inadequados, dentre outros. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)

Nesta pesquisa, o enfoque foi a terceira “onda” do movimento universal de acesso à justiça, de forma a amenizar os obstáculos que inviabilizam a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, que se pautou na adoção de duas medidas, quais sejam: reformas de simplificação processual (relativização do formalismo) e difusão de métodos alternativos de gestão de conflitos. (GORETTI, 2021, p.114)

Esta visão ampliada, em uma perspectiva material ou substancial do acesso à justiça, revela que a tradicional via do processo pode não ser a mais adequada, a depender do caso concreto, levando à busca por vias alternativas ao processo, com destaque para a possibilidade de resolução de conflitos perante as Serventias Extrajudiciais, que são locais de resolução de controvérsias fora dos tribunais.

No caso dos tabelionatos de notas, são lavradas escrituras que formalizam a vontade das partes, evitando que certas matérias que se referem a direitos indisponíveis ou disponíveis transigíveis, ingressem nas vias judiciais e demorem anos para serem solucionadas.

O conceito de acesso à justiça que aqui se pretende utilizar, pode ser, assim, definido, de forma ampla:

É o direito fundamental a uma tutela ou prestação com potencial para consagração de uma ordem de valores, direitos e interesses essenciais para o indivíduo que se encontre em uma situação de lesão ou ameaça a um direito. Um direito que pode ser consagrado mediante o percurso de diferentes vias, desde que efetivas (que pacifiquem o conflito), tempestivas (que produzam resultados em um prazo razoável) e adequadas (que atendam às particularidades do caso concreto). (GORETTI, 2021, p.92)

Tal conceito abarca diversas vias de solução de conflitos: judiciais e extrajudiciais, desde que adequadas ao caso concreto e tempestivas, a fim de que haja uma prestação efetiva, tanto nas soluções de controvérsias entre as partes, quanto na prevenção de lesão a um direito.

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se por ser democrática e assegurar os direitos fundamentais aos cidadãos. Neste sentido, a Carta Magna brasileira assegura o direito de acesso à justiça, preconizando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art.5º, XXXV.

Verifica-se que o acesso à justiça deve nortear o Estado Democrático de Direito, de modo que o direito processual deve superar as desigualdades que impedem seu amplo acesso.

Foi assim que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, no seu art. 3º, a previsão de que “não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este comando deixa claro que a garantia deve ser ampla.

O desejo de se alcançar a justiça sempre foi um sentimento intrínseco aos sujeitos para alcançar a tão almejada estabilidade, e qualquer ameaça ao acesso à justiça impõe sérios prejuízos ao preceito da igualdade e da prevalência legal.

Uma das finalidades do direito de acesso à justiça, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é garantir a dignidade humana. Para tanto, deve eliminar os obstáculos que impeçam os indivíduos de acessar a Justiça e exercer sua cidadania plena.

Ressalta-se que o pleno acesso à justiça inclui não apenas o acesso ao Judiciário, mas a uma ordem jurídica justa, com a inclusão de diversas vias de gestão de conflitos. Nesta perspectiva, o conceito de acesso à justiça é ampliado, incluindo vias extrajudiciais, com destaque aqui para as Serventias Extrajudiciais, que são vias céleres, econômicas e seguras para a concretização do acesso à justiça.

O professor Kazuo Watanabe (1998, p.128) afirma que “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Dentro da ideia de que o acesso à justiça pode e deve ser ampliado, Cappelletti e Garth (1988, p.11) afirmam que:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Os autores entendem que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos fundamentais e deve ser acessível a todos, além de assegurarem que o seu princípio norteador é o da igualdade, com vistas a resultados justos. Neste prisma, deve-se garantir o pleno direito de acesso à justiça, de forma abrangente, incluindo as vias extrajudiciais.

De acordo com Cappelletti e Garth (1994, p. 88), a sociedade contemporânea deveria

encontrar justificativas para optar pelos meios alternativos, os quais incluem a própria essência do movimento de acesso à justiça, a saber, o fato de que o processo judicial é, ou deveria ser, acessível a maiores segmentos da população.

Importante frisar que esta dimensão ampla e igualitária de acesso à justiça que aqui se propõe, inserindo a via extrajudicial, tem como um dos objetivos minimizar os entraves da via judicial como alto custo e a demora da prestação, que fere o direito da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal.

Desta forma, a desjudicialização tornou-se um dos anseios do mundo jurídico, no sentido de facultar às partes o direito de recorrerem à via extrajudicial, em vez de aguardar a tramitação tradicional no âmbito dos Tribunais, de forma mais morosa.

Quanto a isso, Ricardo Goretti (2021, p.102) assevera que desjudicializar não significa se desfazer de um processo judicial em curso, mediante a realização de um acordo judicial, mas deve ser tratado como sinônimo de não judicializar. Desta forma, ter-se-á, como resultado útil, a prevenção ou a resolução de um conflito por vias alternativas diversas, dentre elas as Serventias Extrajudiciais.

A desjudicialização visa promover o deslocamento de demandas para outras vias, que eram atribuídas exclusivamente ao Poder Judiciário, valendo-se de outros órgãos, como escritórios de advocacia, câmaras privadas e os Cartórios.

Isso implica o incentivo aos meios extrajudiciais adequados para a solução pacífica dos conflitos, com a participação ativa das partes na escolha dos melhores meios, bem como das soluções mais viáveis, a fim de se assegurar o pleno acesso a uma ordem jurídica justa, com vistas a substituir a “cultura da sentença” (caráter adjudicatário da via judicial) pela “cultura da pacificação”, como aduz Kazuo Watanabe (2019, p.86).

Além de oferecer um tratamento adequado às particularidades do caso concreto, que envolve o diagnóstico do conflito, a escolha do melhor método e sua aplicação, tem-se como grandes objetivos da desjudicialização promover a celeridade e economia na resolução de conflitos, contribuindo para a redução da crescente demanda perante os Tribunais, de forma a afastar destes as questões que possam ser resolvidas de forma consensual.

Foi assim que a Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, que instituiu uma “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário”, tratou da implementação de soluções pacíficas, reforçando a consciência social em prol da desjudicialização. Eis que ela foi publicada como política pública que objetiva fomentar a difusão da prática da autocomposição judicial, estimulando a utilização das vias alternativas de solução de conflitos.

Com respaldo nesta política, veio a reforma do Código de Processo Civil, ocorrida em 2015, que também evidenciou o estímulo ao uso de outras ferramentas e métodos de solução de conflitos, para se obter um resultado consensual, demonstrando a concretização de uma nova perspectiva do exercício da cidadania.

Importante destacar, neste estudo, dentre as normas que impulsionaram este fenômeno no

Brasil, a Lei 11.441/2007, que possibilitou a realização de inventário, de partilha, de separação e de divórcio consensuais nas Serventias Extrajudiciais.

Diante de tais iniciativas, vê-se que houve e há aparente esforço do poder público brasileiro em prol da desjudicialização, no entanto os resultados de conciliações e de mediações não atingiram os patamares desejados, o que exige esforço dos profissionais e ajustes nas normas vigentes para superar os baixos índices.

No tocante ao índice de conciliações, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, ele é obtido pelo percentual de sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas (CNJ, 2021, p. 191).

Sobre os resultados alcançados, em termos práticos, o Relatório Justiça em números, publicado em 2021, demonstra que “Em 2020, foram 9,9% sentenças homologatórias de acordo, valor que reduziu nos últimos anos após o crescimento registrado em 2016”.

Há de se ressaltar que, mesmo com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), em março de 2016, que tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e de mediação, em quatro anos, o número de sentenças homologatórias de acordo diminuiu 18,8%. O relatório revela que a tendência é de queda, quando deveria ser o contrário, considerando as alterações legislativas realizadas no CPC (CNJ, 2021, p. 192).

A realidade atual merece ser revista, bem como as normas vigentes que tratam da desjudicialização, sendo necessário repensar as medidas de alteração dessas normas, com vistas à otimização da via extrajudicial, de forma a reduzir a busca por tribunais e elevar os números de outros meios de solução de demandas, ampliando, assim, o acesso à justiça no Brasil.

## **2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO: EQUIPARAÇÃO APÓS OS JULGAMENTOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO Nº 646.721 E Nº 878.694 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Hodiernamente, a família, base do Estado, é norteadada pelo princípio do afeto. Desta forma, concebe-se a família na ideia de que esta é um veículo para, a partir da plena comunhão de vida, atingir a realização social.

Com base no afeto, é permitido hoje, no nosso ordenamento jurídico, e nas decisões jurisprudenciais, as mais variadas formas de núcleos familiares. Deste modo, a família não é mais integrada apenas pelo homem, mulher e seus filhos, mas inclui diversas formas, com ênfase na socioafetividade, rompendo com a concepção tradicional.

Inclui-se, neste rol, a união estável, que consiste na convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do art. 1.723 do Código Civil.

Percebe-se que, ao contrário do casamento, a união estável não demanda muitas solenidades, e esta é a principal diferença entre esses institutos.

Com efeito, as diferenciações inconstitucionais devem ser eliminadas.



Quanto à instrumentalização da União Estável, ela pode se dar por sentença declaratória (via judicial) ou por Escritura Pública (nos Tabelionatos). Ressalta-se que a Escritura Pública também dispõe sobre o regime de bens escolhido ou, na sua falta, será aplicado o mesmo regime legal do casamento, que é a comunhão parcial de bens, a teor do art. 1.725 do Código Civil.

No tocante à sucessão patrimonial, o art. 1.829 do Código Civil regulamenta quem serão os herdeiros necessários. Constatou-se que o cônjuge é um herdeiro necessário do falecido, mas o companheiro não foi elencado neste artigo, embora hoje seja pacífico que ele também tem direitos sobre os bens deixados pelo falecido.

Contudo, para a união estável, a regra prevista era a do art. 1.790 do Código Civil (CC/2002):

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Da leitura deste artigo, depreende-se que há algumas diferenças em relação à sucessão entre cônjuges e a sucessão entre companheiros, que deixa o convivente em situação de inferioridade em relação ao cônjuge.

Observa-se, de início, que, consoante o art. 1.790 CC/2002, o companheiro não possui a qualidade de herdeiro necessário e, por isso, caso inexistam bens comuns, o autor da herança pode dispor livremente de seu patrimônio, não deixando qualquer herança ao convivente sobrevivente.

Existem também diferenças na lei quando existirem filhos comuns e quando houver filhos apenas do autor da herança que concorrem aos bens. Desta forma, quando houver concorrência com filhos comuns, o companheiro terá direito a mesma fração a eles devida. Já no caso de concorrer com filhos apenas do falecido, terá direito à metade do que couber a cada um deles.

Ocorre que o Código Civil não prevê a forma pela qual será feito o cálculo do quinhão, quando houver a conjugação de ambas as situações acima descritas, de forma que impossibilita alcançar um valor que corresponda, ao mesmo tempo, a uma cota igual à que deva ser recebida por filho comum e à metade do que deva ser recebida pelo herdeiro que seja filho apenas do companheiro falecido, sem ferir o direito de igualdade entre os filhos.

Ao tratar sobre isso, Gonçalves (2013, p.197) indica diferentes correntes para solucionar o problema: a) a primeira considera todos os filhos como se fossem comuns, e o companheiro recebe o mesmo valor dos filhos; b) a segunda considera todos os filhos como se fossem unilaterais, e cabe ao companheiro metade do que cabe a cada um deles; c) a última propõe um cálculo proporcional

para chegar ao valor do companheiro, considerando o valor total dos filhos comuns e metade do valor dos filhos unilaterais.

Vale observar, por outro lado, uma circunstância específica da lei, em que o companheiro se encontra em situação de vantagem em relação ao outro cônjuge: quando há apenas bens comuns e o regime é parcial de bens, o companheiro tem direito à meação e à herança, caso em que o cônjuge tem direito apenas à meação.

À luz de tais ponderações, é nítido que a regra do art. 1.790, inciso III, do CC/2002, reduz a proteção conferida ao companheiro no tocante à sucessão, ferindo a isonomia, sendo, portanto, uma regra inconstitucional. Esse posicionamento está em consonância com o entendimento de que a diferença entre casamento e união estável repousa apenas quanto à formalidade e à solenidade.

Assim, se a diferença entre o casamento e a união estável é tão somente quanto à formalidade e à solenidade, não se pode diferenciar essas entidades familiares naquilo que elas não são diferentes. Por consequência, em relação ao art. 1.790, § IV, do Código Civil, entende-se que, inexistindo parentes sucessíveis, o companheiro também deverá ter direito à integralidade dos bens do falecido.

Ocorre que o *caput* do art. 1.790 do CC/2002 prevê que a sucessão do companheiro se restringe aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, de forma que, inexistindo outro sucessor, os bens próprios do falecido, adquiridos anteriormente à união estável, poderiam ser herdados pelo Estado, como herança *vacanti*.

Em contraposição a essa posição, há quem alegue que o art. 1.844 do Código Civil prevê que a herança somente será revertida em favor dos municípios quando não houver cônjuge ou companheiro, nem parente sucessível ou renunciante.

Em se tratando desse assunto, Maria Helena Diniz entende, no tocante ao conflito aparente dessas normas, que:

[...] não havendo parente sucessível, o companheiro terá direito à totalidade do acervo hereditário, alusivo ao patrimônio obtido, de modo oneroso ou gratuito, durante a convivência, e até mesmo aos bens particulares do *de cuius*, recebidos por doação ou herança ou adquiridos onerosamente antes da união estável, por força do disposto no art 1844 do Código Civil(norma especial) sobre herança vacante, que se sobrepõe sobre o art.1.790,IV(norma geral sobre sucessão de companheiro) [...]. (DINIZ, 2012, p.1312)

Para a autora, não há que se falar em desigualdade quando o assunto é família, seja ela de que formato for. A Constituição Federal tem como base da família o afeto, dentro os múltiplos formatos familiares existentes, pautados na igualdade, sem divisão em categorias.

No tocante à união estável, atualmente a jurisprudência reconhece a semelhança entre este instituto e o casamento e confere aos cônjuges e companheiros os mesmos direitos quanto à sucessão.

Este entendimento foi pacificado quando dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 878.694 e nº 646.721, julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Neste sentido, necessário

analisar a ementa do Recurso Extraordinário 878.694:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. **2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.** 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provitimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

O Recurso Extraordinário 646.721, no mesmo sentido, trata a questão nos seguintes termos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. **Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”,** aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais

em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Diante disso, com vistas à garantia dos princípios da igualdade e da dignidade humana, é possível afirmar que o art. 1.790 do CC/2002 é inconstitucional e que a sucessão do companheiro e do cônjuge devem ser tratadas da mesma forma, sem discriminação.

### **3 RESOLUÇÃO Nº 35/2007 DO CNJ: INVENTÁRIO E PARTILHA DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS PERANTE OS TABELIONATOS DE NOTAS E AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

No tocante ao direito das sucessões, conforme consignado neste estudo, deve-se obedecer ao princípio da igualdade no que tange aos direitos dos cônjuges e dos companheiros referentes aos bens deixados pelo *de cuius*.

Conforme tratado no tópico anterior, os julgamentos, feitos pelo STF, do RE nº 878.694 e do nº RE 646.721, em 2017, foram importantes para fixar o entendimento de que “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios, entre cônjuges e companheiros, constante no art. 1.790 do CC, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o art. 1.829 do CC/2002”.

Ultrapassada esta discussão, passa-se à análise da possibilidade de, paralelamente à via judicial, se lavrar, quando da sucessão dos cônjuges e dos companheiros, e de forma igualitária, as escrituras de inventário e de partilha perante Serventias Extrajudiciais, com o advento da Lei 11.441/2007, disciplinada pela Resolução nº35 do CNJ.

Vale ressaltar que a Resolução nº 35 do CNJ é norma de observância obrigatória por parte das Serventias Extrajudiciais, que são fiscalizadas pelas Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados aos quais se vinculem e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ocorre que o art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ assevera que o companheiro necessitará de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor, diferentemente do que é exigido em relação ao cônjuge.

Nota-se que, embora seja pacífica a impossibilidade de haver discriminação em relação à sucessão dos cônjuges e dos companheiros desde 2017 (quando dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 878.694 e nº 646.721 pelo STF), a norma do art. 18 mencionada (e vigente desde 2007) continua com força obrigatória, embora não faça mais sentido tal restrição. Isso impede os Tabelionatos de lavrarem inventários e partilhas dos companheiros nessa hipótese descrita.

Importante destacar que, mesmo que o companheiro não tenha outro sucessor, não há

justificativa plausível para que a questão seja solucionada somente pela via judicial. Só faria sentido se as figuras da união estável e do casamento, bem como a sucessão das mesmas figuras, fossem tratadas pelo ordenamento jurídico de forma oposta ou conflitante, o que não procede, conforme exposto no tópico anterior.

Prova disso é que, seguindo este entendimento, a doutrina tem procurado corrigir este desajuste do art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ, conforme decisão do Conselho da Magistratura do Estado de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco:

TJSP. CSMS. Apelação Cível: 0005393-17.2018.8.26.0634. J. em 24/09/2019. ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO E PARTILHA. União estável. Companheiro supérstite - único herdeiro. REGISTRO DE IMÓVEIS – Procedimento de dúvida – Inventário extrajudicial por companheira sobrevivente que é qualificada como único herdeira – União estável declarada em escritura pública – Recusa de registro fundada exclusivamente na condição de única herdeira da companheira, com base na regulação administrativa do ato, prevista no item 112, do Cap. XVI das NSCGJ, e art. 18, da Resolução CNJ 35/2007 – Regime sucessório dos companheiros igualado ao dos cônjuges, a partir da declaração de inconstitucionalidade material do art. 1.790, CC, com repercussão geral (RE 646.721/RS) – IMPOSSIBILIDADE DE SE DAR TRATAMENTO DISTINTO AO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE em matéria sucessória, incluindo-se aí regras limitativas do procedimento de INVENTÁRIO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL – Ausência de norma legal a indicar a impossibilidade de inventário extrajudicial ao companheiro sobrevivente caso não existam herdeiros concorrentes, considerando o teor do art.1.829,CCe do art.610,§ 1º,CPC, desde que comprovada a união estável por escritura pública ou por sentença declaratória anterior [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Apelação Cível: 0005393-17.2018.8.26.0634, 2019)

Observa-se que, atualmente, somente tem sido possível o registro (perante o Registro de Imóveis) de escritura pública de inventário e de partilha envolvendo companheiros que sejam únicos herdeiros quando há ordem judicial, o que demanda o mesmo tempo de se proceder ao inventário e a partilha direto nos tribunais.

Após o entendimento esposado nas decisões do STF (do RE nº 878.694 e do RE nº 646.721), tratadas no capítulo anterior, em prol da equiparação das figuras do companheiro e do cônjuge na sucessão, não há motivos para judicialização da questão, com vistas à desjudicialização de questões que possam ser resolvidas fora dos tribunais.

Nesses casos, a única ressalva, para que haja segurança jurídica, é que a união estável já esteja consignada em escritura pública ou em sentença declaratória, eis que não compete aos notários aferir tal situação de fato. Esta seria a única exigência plausível a ser considerada na lavratura do inventário e da partilha extrajudiciais do companheiro único herdeiro.

Constatada tal formalidade, é plenamente possível a lavratura de inventário e de partilha de bens na sucessão do companheiro falecido, ainda que o companheiro sobrevivente seja o único herdeiro, garantindo, assim, o seu pleno direito de acesso à justiça, tanto pela via judicial quanto

pela via extrajudicial.

## CONCLUSÃO

O acesso à justiça é um importante direito fundamental e a sua efetivação tem sido objeto de políticas públicas, por ser uma grande preocupação dos profissionais do direito.

Na perspectiva do conceito amplo de acesso à justiça, as Serventias Extrajudiciais são locais onde este acesso pode ser facilitado, com celeridade, baixo custo para o usuário, de forma a gerar receita para o Estado, poupando-lhe as despesas que lhe são próprias no andamento dos processos judiciais.

Com vistas à ampliação do acesso à justiça no Brasil, e ao estímulo à desjudicialização, foi publicada a Lei 11.441/2007, que, no tocante ao direito sucessório, permitiu a lavratura de escrituras de inventário e de partilha pelas Serventias Extrajudiciais.

A fim de disciplinar a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, o CNJ publicou a Resolução nº 35 de 2007.

No tocante ao inventário e à partilha extrajudiciais, o art. 18 da Resolução nº 35 prevê norma desfavorável ao companheiro, colocando-o em posição de inferioridade, na medida em que exige ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor.

Observa-se que tal artigo faz uma nítida distinção entre a sucessão do companheiro e do cônjuge na via extrajudicial, lesando o seu direito à medida que dificulta ou restringe seu acesso à justiça.

Convém ressaltar que o Estado passou a reconhecer de forma expressa a existência de novos núcleos familiares merecedores de proteção jurídica, incluindo a união estável como uma entidade familiar.

Desde então, intensos debates surgiram quanto à questão da sucessão do companheiro, diferenciando-a da sucessão do cônjuge, até que houve o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721 e nº 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2017, que considerou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, vedando a distinção da sucessão entre cônjuges com a sucessão entre companheiros.

Diante disso, é óbvia a necessidade de se equiparar o regime sucessório da união estável ao do casamento, retirando do companheiro a posição de desvantagem em relação ao cônjuge, em obediência aos princípios da igualdade, da não discriminação, da liberdade, da vedação do retrocesso, da afetividade e da dignidade humana.

Para tanto, não deve haver obstáculos no que tange à instrumentalização dos direitos da sucessão perante as vias extrajudiciais, que são mais céleres e econômicas, para que o cônjuge e o companheiro tenham amplo acesso.

Desta forma, a restrição contida no art. 18 da Resolução nº35 do CNJ quanto às lavraturas



de escrituras, de inventários e de partilha do companheiro, na ausência de outros sucessores, não faz mais sentido, na hipótese de a união estável estar previamente estabelecida.

Faz-se necessária uma nova redação deste artigo, à luz do julgamento dos RE nº 646.721 e RE nº 878.694 pelo STF, quando houver inequívoca demonstração da união estável, por meio de escritura pública lavrada em um Tabelionato, assinada por ambos os companheiros, ou por sentença judicial declaratória.

Para isso, há a necessidade de alteração do art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ, já que se trata de norma de observância obrigatória para as Serventias Extrajudiciais e, enquanto não alterada, continuará restringindo o acesso à justiça dos companheiros perante a via extrajudicial, além de deslocar diversas demandas para a via judicial.

Assim, a exigência do ajuizamento de ação judicial, pelo companheiro com direito à sucessão, quando o autor da herança não deixar outro sucessor deve ser excluída do artigo 18 da Resolução nº 35 do CNJ, por ser aqui considerada como um obstáculo à efetivação do acesso à justiça, eis que impede que a demanda seja processada de forma adequada, efetiva e tempestiva perante as Serventias Extrajudiciais.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2021.
- BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 18 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 07 jun 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_35\\_24042007\\_26032019143704.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf)>. Acesso em: 12 fev 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 05 mar 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721 RS**. Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 10/05/2017. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/09/2017. Dis-

ponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-769815086>>. Acesso em: 28 mar 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694 MG**. Relator: Roberto Barroso. Data de Julgamento: 16/04/2015. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/05/2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-878694-mg>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CAPPELLETTI Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, n.74, p.82-97, abr./jun. 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Vol. 7. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. 2 ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2021.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça)** – Processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

**Como citar:** FERREIRA, Rosana de Cássia; GORETTI, Ricardo. Acesso à justiça pela via da serventia extrajudicial: entrave da resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça quanto à sucessão do companheiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 182-198, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p182. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/06/2022.

Aprovado em: 18/10/2022.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

## A REVOLUÇÃO ECOJURÍDICA

### THE ECOLEGAL REVOLUTION

**Ricardo Lebbos Favoreto<sup>1</sup>**

**Como citar:** FAVORETO, Ricardo Lebbos. A revolução ecojurídica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 199-201, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p199. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O objetivo da presente resenha é proceder a uma apresentação compendiada da obra “A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade”, escrita em coautoria pelo físico austríaco Fritjof Capra e pelo jurista italiano Ugo Mattei. Em dez sucintos capítulos, os autores exercitam uma argumentação em prol de uma “revolução ecojurídica”, que passa por assumir o próprio direito como um *common*, um bem comum. Hoje, restaria o direito ainda por incorporar uma mudança paradigmática já operada na ciência, a passagem da visão do mundo como máquina para a visão do mundo como rede de comunidades ecológicas. A obra lança luz sobre a relação (hoje incontornável) entre direito e ecologia, estimulando a emergência de um novo direito. Constitui mais um expediente valoroso para o tratamento do tema.

**Palavras-chave:** Direito. Ecologia. Natureza. Ecologia do direito.

**Abstract:** The aim of this review is to present a synthesis of the work “The ecology of law”, written in co-authorship by the Austrian physicist Fritjof Capra and the Italian jurist Ugo Mattei. In ten succinct chapters, the authors argue in favour of an “eco-legal revolution”, which involves assuming the law itself as a common, a common good. Today, law would not yet have incorporated a paradigm shift that has already taken place in science, the transition from a vision of the world as a machine to a vision of the world as a network of ecological communities. The work illuminates the (today unavoidable) relationship between law and ecology, stimulating the emergence of a new law. It constitutes another valuable font for the treatment of the issue.

**Keywords:** Law. Ecology. Nature. Eco-law.

O físico austríaco Fritjof Capra e o jurista italiano Ugo Mattei são, ambos, protagonistas de carreiras profícuas e reconhecidas. Capra tornou-se mundialmente conhecido por obras como “O Tao da física” (de 75) e “Ponto de mutação” (de 82). Sua pesquisa marca, notadamente, a teoria dos sistemas e a ecologia. A projeção internacional caracteriza também a trajetória de Mattei,

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Administração (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Doutor em Administração (Universidade Nove de Julho, UNINOVE/SP). Doutorando em Direito (Universidade de São Paulo, USP/SP). Mestre em Administração (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Pós-graduado em Filosofia Política e Jurídica (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Pós-graduado em Filosofia Moderna e Contemporânea (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Pós-graduado em Direito do Trabalho (Universidade Católica Dom Bosco, UCDB/MS). Graduado em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Graduado em Administração (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR). E-mail: ricardo.lfavoreto@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2878-0681>

cujos textos foram traduzidos para diversos idiomas, destacando-se, no Brasil, a obra escrita em coautoria com a antropóloga Laura Nader, “Pilhagem”, a qual, inclusive, faz-se notar em trechos da obra resenhada. Transita, notadamente, pelo direito internacional e comparado e pelo direito civil.

Em dez sucintos capítulos (o texto encerra-se na página 265), exercitam os autores uma argumentação em prol do que restou traduzido como “revolução ecojurídica”. Publicada originalmente em 2015, venceu o prêmio IBPA Benjamin Franklin do mesmo ano, na categoria Política/Atualidades. Em compasso com o que demanda o tratamento da temática eleita, não se furtam os autores de desenvolver um discurso complexo, que, em lugar de tomar o direito como fato dado, inscreve-o na sociedade, com vistas a lucubrar alternativas ao direito corrente, assumindo-se o próprio direito como um *common*, um bem comum. Vocaciona-se, dessa maneira, a obra a figurar no âmbito dos estudos sociojurídicos.

Seu tom é pautado logo de início, no prefácio: a visão de mundo guarda uma (importante) dimensão jurídica, e assim também a mudança de uma para outra visão. Inevitável não recordar Michel Alliot, a sublinhar que a representação da regulação jurídica é tributária da visão de mundo. O postulado é, durante toda a obra, levado a sério. Entre o prefácio e a introdução, uma seção intitulada “Grandes Pensadores na Ciência e na Teoria do Direito” constitui exemplo disso. De Aristóteles a Werner Heisenberg e François Géný, passando-se, cronologicamente, por pensadores como Descartes e Grotius, destacam-se acontecimentos significantes na ciência e no direito, manifestamente conectados. Hoje, restaria o direito ainda por incorporar uma mudança paradigmática já operada na ciência: “deixar de ver o mundo como uma máquina e passar a vê-lo como uma rede de comunidades ecológicas” (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 11).

A visão de mundo mecanicista é pelos autores contundentemente criticada. Característica da modernidade, é a visão, segundo eles, prevalente entre líderes empresariais e políticos, e também aquela a assinalar o direito. Impulsionaram-na tanto a ciência quanto o direito, argumento que ocupa posição fulcral na obra: “Nossa tese central [...] é que a teoria do direito, juntamente com a ciência, contribuíram significativamente para a visão mecanicista do mundo” (CAPRA; MATTEI, 2018, pp. 27 e 28). Persiste a crítica até as páginas finais da obra. Na antepenúltima, sintetiza-se: “Neste livro, apresentamos muitas instituições alternativas [...] baseando-se num entendimento da natureza e da comunidade como redes, não como máquinas” (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 264).

No capítulo 1, “Ciência e Direito”, demarca-se o espaço conceitual de um e outro, tecendo-se, igualmente, relações entre eles. No capítulo 2 “Do *kósmos* à máquina”, passa-se em revista o pensamento científico ocidental, da antiguidade ao iluminismo, com o fito de demonstrar a ascensão do paradigma mecanicista. No capítulo 3, “Dos *commons* ao capital”, apresentam-se a propriedade e a soberania estatal como princípios organizadores da modernidade jurídica. No capítulo 4, “A grande transformação e o legado da modernidade”, deriva-se a discussão sobre a modernidade jurídica, incluindo-se temas quais o predomínio da economia, a configuração das empresas como pessoas jurídicas e o reducionismo do direito a uma única ordem jurídica.

No capítulo 5, “Da máquina à rede”, explora-se a mudança paradigmática ocorrida na

ciência, que substitui a visão mecanicista pela visão em rede. No capítulo 6, “Teoria mecânica do direito”, enfatiza-se a força da visão mecanicista no direito, que subsiste a despeito de críticas. No capítulo 7, “A armadilha mecanicista”, num movimento que lembra o discurso bourdieusiano, pondera-se sobre mecanismos de incentivos que naturalizam o estado corrente, tornando-o isento de questionamento. No capítulo 8, “Do capital aos *commons*”, expõem-se três princípios que carregam o potencial de superar a armadilha aludida no capítulo anterior, quais sejam: desconectar o direito do poder e da violência, dar soberania à comunidade e transmutar a propriedade em generativa.

No capítulo 9, “Os *commons* como instituição jurídica”, delineia-se a estrutura jurídica dos *commons*, conceito ao qual se recorre ao longo de toda a argumentação como sustentáculo da nova ordem postulada. No capítulo 10, “A revolução ecojurídica”, esboçam-se alguns princípios básicos da nova ordem, remontando-se a exemplos atuais revolucionários. O capítulo também faz as vezes de conclusão. Finda-se com endereçamentos nada amenos, como a modificação da propriedade, do direito empresarial e do direito contratual e a devolução aos *commons* em situação de risco do excesso de capital existente. O objetivo é a inversão do jogo: construir um mundo que faça sentido para a maioria.

O direito ecológico ampara-se fortemente na noção de *commons*, que figura entre os objetos de estudo de Mattei. Concisamente, trata-se de bens e recursos comuns – nas palavras dos autores, “a instituição relacional que deveria constituir a essência de um sistema jurídico coerente com os princípios ecológicos que sustentam a vida em nosso planeta” (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 13). É noção que se alinha com a de rede e, em via inversa, confronta a concepção atomista da sociedade, qual desenvolvida por Locke, pensador cujas ideias são utilizadas como contraponto pelos autores. O *commoning* é, certamente, um dos conteúdos da obra para o qual o leitor deve atentar. Ao lado da crítica à visão de mundo mecanicista, confere sentido à teia discursiva – e, mesmo, viabiliza a argumentação.

Recomenda-se fortemente a leitura da obra. No âmbito jurídico, a interdisciplinaridade talvez ainda seja um exercício por se concretizar – e a obra dá mostra de quão longe pode a interdisciplinaridade conduzir. Quando se transcende o dogmatismo, que forja o pensamento jurídico arquetípico, tende-se a desnaturalizar o que, à primeira vista, afigura-se óbvio. Na obra, questionam-se, por exemplo, a acepção usual de propriedade privada, a acumulação de riqueza, a conexão entre direito e poder/violência. “Afasta-se” do direito para pensar o direito. Fundamentalmente, alarga-se a compreensão do direito. A obra inspira uma revolução, que passa pela restauração dos *commons* – o próprio direito um deles.

**Como citar:** FAVORETO, Ricardo Lebbos. A revolução ecojurídica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 3, p. 199-201, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p199. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 19/09/2022.

Aprovado em: 20/09/2022.

## INSTRUÇÕES AOS AUTORES INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

### SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

**1. Procedimentos para aceitação dos artigos:** Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:
  - a. aceitação integral;
  - b. aceitação com alterações;
  - c. recusa integral.

**1.1. Línguas:** Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

**1.2.** As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

**2. Tipos de colaborações aceitas pela revista:** serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

**2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente máximo de 25 laudas):** apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; Abstract; Key words; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

**Observação importante:** Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

**2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).**

**3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:**

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação,



coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

#### 4. Forma de apresentação dos artigos:

**4.1.** A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

**4.2.** A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

**4.2.1.** Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract e Keywords**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Keywords**, compatíveis com as palavras-chave.

**4.2.2.** Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.
- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/ ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...  
... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).  
... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).  
Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...  
– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.  
– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).  
– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).  
– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.
- As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

**Observação importante:** siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura.

Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

#### **4.2.3. Referências** (NBR 6023 – Informação e Documentação - Referências - Elaboração / ago. 2002)

Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

- Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

### **5. Direitos autorais:**

#### **5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:**

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista SCIENTIA IURIS. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

#### **5.2. Reprodução parcial de outras publicações:**

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomendase evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

### **DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL**

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

**O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emperiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.**

### **POLÍTICA DE PRIVACIDADE**

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.