

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

# SCIENTIA IURIS

v. 27 n. 3, nov. 2023

DOUTORADO E MESTRADO 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. Me. Miguel Belinati Piccirillo

Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Claudio César Machado Moreno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Me. Marcos Daniel Veltrini Ticianelli

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Vice-Coordenador: Prof.<sup>a</sup> Dra. Patricia Ayub da Costa Ligmanovski

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. 27, N. 3 (nov. 2023).  
ISSN 2178-8189

I. 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. 27, n. 3, nov. 2023

**DOUTORADO E MESTRADO 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 - Chefe*

Doutora Tânia Lobo Muniz

*Editor Responsável*

Doutor Elve Miguel Cenci

*Editora Associada*

Doutoranda Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

### *Conselho Editorial/ Editorial Board*

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) José Laurindo de Souza Netto (Universidade Paranaense/PR) 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)

### *Equipe Técnica:*

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

## *PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS*

Dr. Adriano da Silva Ribeiro (FUMEC/MG)  
Dr. David Gomes Pontes (UNINTA/CE)  
Dr. Douglas Verbicaro Soares (UFRR/RR)  
Dr. Deilton Ribeiro Brasil (UIT/MG)  
Dr. Eloy Pereira Lemos Junior (FUI/MG)  
Dr. Fernando Faccury Scaff (UFPA/PA)  
Dr. Jair Aparecido Cardoso (USP/SP)  
Dr. Jair Teixeira dos Reis (UFES/ES)  
Dra. Joice Graciele Nielsson (UNIJUÍ/RS)  
Dra. Juliana Ferreira Montenegro (UNICURITIBA/PR)

Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa (UFU/MG)  
Dr. Marcos Vinícius Torres Pereira (UFRJ/RJ)  
Dr. Maurin Almeida Falcão (UCB/DF)  
Dr. Roberto Freiria (UNIVEM/SP)  
Dr. Rubens Beçak (UNESP/SP)  
Dra. Salete Oro Boff (IMED/RS)  
Dra. Talissa Truccolo Reato (UCS/RS)  
Dr. Thales Maximiliano Ravena Cañete (ESMAC/PA)  
Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (UNIRIO/RJ)

**Curso de Doutorado e 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>ELEMENTOS DE DIREITO IMOBILIÁRIO ALEMÃO .....</b>	<b>10</b>
ELEMENTS OF GERMAN REAL ESTATE LAW <i>Leonardo Estevam de Assis Zanini</i>	
<b>O ESTATUTO DA PESSOA COM CÂNCER E O DIREITO DAS CRIANÇAS AO TRATAMENTO ONCOLÓGICO LÚDICO: MICROSSISTEMA JURÍDICO EM FAVOR DOS VULNERÁVEIS .....</b>	<b>30</b>
THE STATUTE OF THE PERSON WITH CANCER AND THE RIGHT OF CHILDREN TO PLAY ONCOLOGICAL TREATMENT: A LEGAL MICROSSYSTEM IN FAVOR OF THE VULNERABLE <i>Juliane Caravieri Martins</i>	
<b>A UTILIZAÇÃO DO <i>DUMPING</i> SOCIAL PELO CAPITALISMO DE PLATAFORMA: O PROCESSO DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO.....</b>	<b>52</b>
THE UTILIZATION OF SOCIAL DUMPING BY THE PLATFORM CAPITALISM: THE LABOR UBERIZATION PROCESS <i>Izabela Ambo Okusiro e Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff</i>	
<b>CONTRIBUIÇÕES DO <i>FOREST STEWARDSHIP COUNCIL</i> AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONJUGAÇÃO DE INTERESSES POR MECANISMOS DE GOVERNANÇA.....</b>	<b>75</b>
FOREST STEWARDSHIP COUNCIL'S CONTRIBUTIONS TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT: CONJUGATION OF INTERESTS BY GOVERNANCE MECHANISMS <i>Celi Aparecida Consolin Honain e Flávio de Miranda Ribeiro</i>	
<b>PALAVRAS SÃO APENAS PALAVRAS? A CONCEITUAÇÃO DE FATO RELEVANTE PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS A PARTIR DA METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DECISÕES .....</b>	<b>94</b>
WORDS ARE WORDS ONLY? THE CONCEPT OF A MATERIAL FACT BY THE SECURITIES COMMISSION FROM THE DECISION ANALYSIS METHODOLOGY <i>Ives Nahama Gomes Dos Santos e Mariana Dionísio de Andrade</i>	
<b>FRAUDES “INOCENTES” COMO GERADORAS DO DEVER DE ABSTENÇÃO OU RESSARCIMENTO: UMA ANÁLISE CONSUMERISTA.....</b>	<b>119</b>
“INNOCENT” FRAUDS AS GENERATORS OF THE DUTY TO ABSTAIN OR COMPENSATE: A CONSUMER'S LAW ANALYSIS <i>Sandro Mansur Gibran e Helio José Cavalcanti Barros</i>	
<b>A EMBRIOGÊNESE DA SISTEMATIZAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA DECORRENTE DO PERÍODO MONÁRQUICO IMPERIAL.....</b>	<b>137</b>
THE EMBRYOGENESIS OF BRAZILIAN TAX SYSTEMATISATION RESULTING FROM THE IMPERIAL MONARCHY PERIOD <i>Rebeca Moreira de Queiroz e Elisberg Bessa</i>	
<b>CRISE DO JUDICIÁRIO E O USO DO TESTAMENTO PÚBLICO COMO FORMA DE PREVENÇÃO DE LITÍGIOS.....</b>	<b>155</b>
JUDICIARY CRISIS AND PUBLIC WILL AS A WAY OF LITIGATION PREVENTION <i>Rosana Ferreira Trevizan e Ricardo Goretti</i>	

<b>RSE COMO INSTRUMENTO DE ADEQUAÇÃO DO TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS À AGENDA 2030 DA ONU.....</b>	<b>171</b>
CSR AS A COMPLIANCE INSTRUMENT FOR WORK ON DIGITAL PLATFORMS WITH THE UN 2030 AGENDA	

*Nelson Sanchez Rosa e Lucio Faccio Dorneles e Guilherme Cardoso Antunes da Cunha*

<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO E OFICIAL DE REGISTROS E QUESTÕES CONTROVERSAS .....</b>	<b>188</b>
THE CIVIL LIABILITY OF THE NOTARY AND REGISTRY OFFICER AND CONTROVERSIAL MATTERS	

*Murilo Meneguello Nicolau e Roberto Wagner Marquesi*

<b>INSTRUÇÕES AOS AUTORES.....</b>	<b>203</b>
------------------------------------	------------

## EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista *Scientia Iuris*, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* de Doutorado e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR), com enorme satisfação apresenta o Número 3 de seu 27º 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 *Qualis* B1, editado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial.

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 27 conta com 10 (dez) artigos, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) Elementos de direito imobiliário alemão, de Leonardo Estevam de Assis Zanini; b) O Estatuto da Pessoa com Câncer e o direito das crianças ao tratamento oncológico lúdico: microssistema jurídico em favor dos vulneráveis, de Juliane Caravieri Martins; c) A utilização do *dumping* social pelo capitalismo de plataforma: o processo da uberização do trabalho, de Izabela Ambo Okusiro e Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff; d) Contribuições do *forest stewardship council* ao desenvolvimento sustentável: conjugação de interesses por mecanismos de governança, de Celi Aparecida Consolin Hohain e Flávio de Miranda Ribeiro; e) Palavras são apenas palavras? A conceituação de fato relevante pela Comissão de Valores Mobiliários a partir da metodologia de análise de decisões, de Celi Aparecida Consolin Hohain e Mariana Dionísio de Andrade; f) Fraudes “inocentes” como geradoras do dever de abstenção ou ressarcimento: uma análise consumerista, de Sandro Mansur Gibran e Helio José Cavalcanti Barros; g) A embriogênese da sistematização tributária brasileira decorrente do



período monárquico imperial, de Rebeca Moreira de Queiroz e Elisberg Francisco Bessa Lima; h) Crise do judiciário e o uso do testamento público como forma de prevenção de litígios, de Rosana Ferreira Trevizan e Ricardo Goretti; i) RSE como instrumento de adequação do trabalho nas plataformas digitais à Agenda 2030 da ONU, de Nelson Sanchez Rosa, Lucio Faccio Dorneles e Guilherme Cardoso Antunes da Cunha, e; j) A responsabilidade civil do notário e oficial de registros e questões controversas, de Murilo Meneguello Nicolau e Roberto Wagner Marquesi.

Nesta última edição do ano de 2023, 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!

Comissão Editorial

## ELEMENTOS DE DIREITO IMOBILIÁRIO ALEMÃO

### ELEMENTS OF GERMAN REAL ESTATE LAW

Leonardo Estevam de Assis Zanini\*

**Como citar:** ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Elementos de direito imobiliário alemão. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 10-29, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p10-29. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O presente artigo realiza um estudo panorâmico do direito imobiliário alemão. Para tanto, utiliza-se de metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. Apresenta os princípios fundamentais que regem a matéria, merecendo destaque os princípios do registro, da separação e da abstração, este último uma peculiaridade do direito alemão. Analisa os modos de aquisição e de perda da propriedade imóvel, com ênfase no funcionamento e nas particularidades do registro imobiliário alemão. O texto também investiga o tratamento dado pelo sistema alemão ao adquirente de boa-fé e aos direitos reais de garantia. Por fim, o estudo panorâmico da matéria busca instigar o leitor a melhor compreender o papel socioeconômico do direito do imobiliário e a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil.

**Palavras-chave:** direito imobiliário alemão; transferência da propriedade; adquirente de boa-fé; princípio da abstração; registro imobiliário.

**Abstract:** This article provides a panoramic study of German real estate law. This is a research that uses descriptive and deductive methodology, based primarily on bibliographic, case law and legislative research. It presents the fundamental principles that govern the matter, highlighting the principles of registration, separation and abstraction, the latter a peculiarity of German law. It analyzes the modes of acquisition and loss of real estate, with an emphasis on the functioning and particularities of the German real estate registry. The text also investigates the treatment given by the German system to the bona fide purchaser and the charges on real estate. Finally, the panoramic study of the matter seeks to encourage the reader to better understand the socioeconomic role of real estate law and to look for solutions in German law to

\*Docente (Centro Universitário Central Paulista, UNICEP/SP). Doutor em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP). Doutorando em Direito Civil (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Uni-Freiburg/Alemanha). Mestre em Direito Civil (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP). Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP).  
E-mail: assiszanini@gmail.com.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9057-4387>.

problems existing in Brazil.

**Keywords:** german real estate law; transfer of ownership; buyer in good faith; principle of abstraction; real estate registry.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva apresentar um estudo panorâmico do direito imobiliário alemão, o qual apresenta particularidades que se manifestam tanto no âmbito da propriedade imobiliária como em relação aos direitos reais limitados.

O trabalho expõe os princípios fundamentais que regem a matéria, merecendo destaque os princípios do registro, da separação e da abstração, este último uma peculiaridade do direito alemão. Dessa maneira, evidencia-se no estudo que as regras que tratam da alienação de bens imóveis na Alemanha constituem uma perfeita ilustração do papel dos princípios da abstração, da separação e do registro imobiliário.

Especial destaque é dado ao funcionamento e às particularidades do registro imobiliário alemão, assunto que sempre chamou a atenção dos juristas brasileiros. Assim sendo, quer se trate da transmissão de um direito de propriedade, da concessão de um direito de fruição ou ainda da constituição de um direito real de garantia, o direito imobiliário alemão exige que o negócio jurídico de disposição seja registrado no livro de registro imobiliário.

O texto também examina o tratamento dado pelo sistema alemão ao adquirente de boa-fé, bem como analisa a transferência da propriedade imobiliária por negócio jurídico, a fé pública do registro imobiliário e os direitos reais de garantia ligados à propriedade imobiliária, como é o caso da hipoteca e da dívida fundiária. Deixa ainda bem claro que a matéria se caracteriza pelo seu elevado formalismo, que encontra justificação na segurança jurídica. Ademais, o artigo ainda investiga outros modos de aquisição da propriedade imóvel, como a acessão imobiliária e a usucapião.

A metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre o direito alemão e o brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico do direito imobiliário.

Assim sendo, considerando a importância dos mencionados princípios e do sistema de registro de imóveis no direito alemão, antes de se discutir os diferentes modos de aquisição da propriedade imobiliária, deve-se realizar uma breve apresentação tanto dos princípios da abstração e da separação como do funcionamento e do papel do registro imobiliário alemão.

## 1 OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO E DA ABSTRAÇÃO

A legislação alemã apresenta algumas particularidades que demandam atenção extra quando se pretende a realização de um estudo panorâmico sobre o direito imobiliário. De fato, a aquisição imobiliária está submetida aos princípios da abstração e da separação, que são elementos bastante marcantes do ordenamento civil alemão (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 241).

Nessa senda, o primeiro ponto que merece destaque é a clara distinção entre o negócio jurídico criador de obrigações (*Verpflichtungsgeschäft*), que tem somente efeito entre as partes, e o negócio jurídico de disposição (*Verfügungsgeschäft*), que tem eficácia *erga omnes* e transfere o direito real (*dingliches Recht*) (PIETREK, 2015, p. 29).

A rigorosa distinção entre tais negócios jurídicos constitui o princípio da separação (*Trennungsprinzip*), que evidencia a discrepância existente entre a dogmática jurídica e a linguagem utilizada no cotidiano (KLUNZINGER, 2013, p. 634). É que no dia-a-dia, em uma compra e venda, não se atenta para a existência de dois contratos, mas na prática jurídica isso não ocorre, pois o jurista alemão não pode confundir o negócio jurídico obrigacional, que constitui a causa jurídica (*Kausalvertrag*), com o negócio jurídico de disposição (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 55).

O princípio da separação não determina a relação existente entre o negócio jurídico obrigacional e o negócio jurídico real, que pode ser causal ou abstrata. Entretanto, a separação entre os negócios jurídicos serve de fundamento para o princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*), que constitui um fruto do direito de tradição germânica. É que sem a rigorosa separação entre o negócio jurídico de disposição e o negócio jurídico obrigacional não se pode conceber o princípio da abstração.

O princípio da abstração determina que o negócio jurídico de disposição (*dingliche Einigung* ou *Verfügungsgeschäft*) se mantém, em princípio, válido, não sendo afetado por eventual vício que atinja o negócio jurídico obrigacional (*schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft*)<sup>1</sup>. Assim sendo, o negócio jurídico obrigacional e o negócio jurídico de disposição são independentes, o que certamente garante maior clareza e segurança jurídica nas transações (KLUNZINGER, 2013, p. 634).

A despeito de sua grande importância, a ponto de ser considerado um princípio do direito privado alemão, o princípio da abstração não está previsto de forma expressa, mas sua constatação sistemática e histórica é indiscutível (HUPACH, 1997, p. 9). Normalmente os §§ 398, 873 e 929 do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) são utilizados como seu fundamento legal, que tem como pressuposto, como já foi mencionado, a rigorosa distinção entre o negócio jurídico de disposição e o negócio jurídico de direito obrigacional (HAFERKAMP, 1998, p. 511). É dizer: para que exista o princípio da abstração é necessário, antes de tudo, que exista a separação entre o negócio jurídico de direito obrigacional e o negócio jurídico de disposição<sup>2</sup>.

Nesse contexto, se uma das partes obtém a anulação do negócio jurídico obrigacional que servia como base econômica do negócio jurídico de disposição, nem por isso este último negócio jurídico será considerado inválido. De fato, o princípio da abstração vai determinar que a validade

---

1 O princípio da abstração é uma peculiaridade do direito alemão, a qual não encontra reflexo no direito das coisas brasileiro. Consequentemente, no sistema jurídico nacional o negócio jurídico que deu causa ao registro é indispensável para a apuração da sua validade (RIZZARDO, 2016, p. 115).

2 Para a melhor compreensão da complexidade do sistema alemão vale aqui a transcrição de um exemplo dado por Prutting, que ilustra o funcionamento do princípio da separação: V e K assinam, em 15 de janeiro, um contrato de compra e venda (negócio jurídico obrigacional) de uma casa pertencente a V. Posteriormente, em 1 de abril, V se obriga a transferir a casa a K, que promete pagar o preço (negócio jurídico de disposição). Em 1 de abril ocorre a transferência da casa pelo negócio jurídico de disposição e o consequente registro no registro de imóveis (PRÜTTING, 2017, p. 12).



do negócio jurídico de disposição não depende da validade do negócio jurídico obrigacional (HUPACH, 1997, p. 9). É que o negócio jurídico de disposição não depende de causa, pois é dirigido, de forma imediata, para a aquisição ou perda da propriedade sobre a coisa. O oposto também é verdade, ou seja, a validade do negócio jurídico obrigacional não depende da validade do negócio jurídico de disposição. Há então uma total independência entre o negócio obrigacional e o negócio jurídico de disposição (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 71). Vale notar, entretanto, que em alguns casos específicos o mesmo defeito pode afetar tanto o contrato anterior (o negócio jurídico obrigacional) quanto o negócio jurídico de disposição (KLUNZINGER, 2013, p. 634).

Por conseguinte, a aquisição imobiliária na Alemanha se submete aos princípios da abstração e da separação, que constituem marcas fundamentais do direito privado alemão. A alteração da situação jurídica de um imóvel depende de um negócio jurídico de disposição entre as partes e do registro no registro de imóveis (*Eintragung ins Grundbuch*). Referido negócio jurídico de disposição difere do negócio jurídico de direito obrigacional, em particular do contrato de compra e venda, valendo ainda notar que sua eficácia não está a depender do negócio de direito obrigacional. Se o negócio jurídico obrigacional não tiver eficácia, mesmo assim ocorrerá a transferência da propriedade, haja vista a abstração do negócio jurídico de disposição (*Einigung*)<sup>3</sup>.

## 2 O REGISTRO IMOBILIÁRIO ALEMÃO

O registro imobiliário alemão é um órgão oficial no qual são registrados todos os imóveis e são indicados os direitos reais que lhes dizem respeito. Trata-se de assunto muito importante para o estudo do direito imobiliário, valendo aqui apresentar uma visão geral, o que inclui as funções do direito registral.

A essência do direito registral alemão é a Lei de Registro Imobiliário (*Grundbuchordnung – GBO*), de 24 de março de 1897, que constitui uma lei que complementa o Código Civil alemão (BGB) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 168). A Lei de Registro Imobiliário tem por conteúdo o direito imobiliário formal (*formelles Grundbuchrecht*), ou seja, os princípios fundamentais sobre as autoridades encarregadas do registro imobiliário, o procedimento e particularmente as hipóteses de atuação do juiz do Registro Imobiliário (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 258). O BGB, por outro lado, cuida do registro imobiliário material (§§ 873 e seguintes), especialmente os requisitos para a disposição dos direitos reais (*materielles Grundbuchrecht*) (LÜKE, 2018, p. 140).

Nessa linha, no que toca à sua organização e administração, o registro imobiliário fica a cargo dos funcionários do tribunal local de primeira instância (*Amtsgericht*), sob a supervisão de um juiz, que recebe os casos mais complexos para análise e decisão. A administração do registro imobiliário é uma matéria de jurisdição voluntária (*freiwillige Gerichtsbarkeit* ou *jurisdiction voluntaria*), conforme dispõe o § 3, 1 da Lei sobre os funcionários da administração da Justiça

3 No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre no sistema alemão, a aquisição da propriedade imobiliária não conta com mecanismos jurídicos tão complexos. A partir de um negócio jurídico de direito obrigacional, que pode ser um contrato de compra e venda, troca, doação, dação em pagamento etc, surge a causa para a transmissão da propriedade imobiliária.

(RPfG – *Rechtspflegengesetz*) (SCHAPP; SCHUR, 2010, p. 138), que se baseia nas informações do cadastro (*Liegenschaftskataster*) estabelecido e atualizado pelas administrações dos *Länder* ou então diretamente pelos serviços dos municípios.

O registro imobiliário tem competência sobre todos os imóveis de sua circunscrição (*örtliche Zuständigkeit*), tanto que nele estão inscritos todos os imóveis. Cada terreno (*Grundstück*) é dotado de uma folha de registro imobiliário (*Grundbuchblatt*), conforme dispõe o § 3 da Lei de Registro Imobiliário (GBO) (BÄHR, 2013, p. 463). Utiliza-se, como regra, o sistema conhecido como *Realfolium*, de modo que são tantas folhas quantos os terrenos existentes na circunscrição imobiliária<sup>4</sup>. O conjunto dessas folhas nas quais são feitos os registros dos terrenos corresponde ao *Grundbuch* no sentido das regras do BGB<sup>5</sup>.

Ademais, vale notar que o formalismo do direito imobiliário alemão fica evidente quando se analisa o § 29, 1 da Lei de Registro Imobiliário (GBO), o qual estabelece que os registros só podem ser feitos se as declarações nas quais eles se baseiam forem feitas em um documento autêntico (*öffentliche Urkunde*) ou em um documento certificado como autêntico (*öffentlich beglaubigte Urkunde*)<sup>6</sup>. Por isso, como regra, a participação de um notário é indispensável para a transferência de um direito imobiliário, para a concessão de um direito de fruição ou para a constituição de um direito real de garantia.

## 2.1 A FUNÇÃO INFORMATIVA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

O registro imobiliário tem importante função informativa, pois permite o conhecimento do público acerca da situação jurídica de um imóvel. Pelo registro a relação jurídica atinente ao imóvel é tornada pública, realizando-se então o princípio da publicidade (*Publizitätsgrundsatz*) (LÜKE, 2018, p. 141).

Em virtude da sua função informativa, a atuação do registro imobiliário demanda a apreciação da regularidade do registro não apenas em termos de forma (§§ 19, 20 e 39 da GBO), mas também, em certa medida, em termos de substância. Assim sendo, o registro imobiliário não pode efetuar a inscrição se for evidente a inexistência de negócio jurídico.

O direito de consulta ao registro (*Einsichtsrecht*) é garantido a qualquer pessoa que possa provar ter um interesse legítimo (§ 12, 1 da GBO) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 187). Considera-se interesse legítimo (*berechtigtes Interesse*) tanto aquele de natureza privada como o de natureza pública. Ainda, os pedidos podem dizer respeito tanto aos elementos efetivamente registrados no registro imobiliário quanto aos requerimentos de registro ainda em andamento (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 257).

---

4 O sistema do *Realfolium*, adotado pelos países de língua alemã (Alemanha, Áustria e Suíça), opõe-se ao sistema do *Personalfolium*, adotado pela França, o qual é organizado a partir da posição do proprietário (RUPP, 2014, p. 571).

5 A introdução do registro imobiliário eletrônico foi autorizada pela legislação alemã. Com isso, os *Länder* da Alemanha aproveitaram a oportunidade e a maioria deles já concluiu a transferência do registro imobiliário em papel para o registro imobiliário eletrônico (VIEWEG; WERNER, 2018, p. 429).

6 Vale notar que se a documentação notarial estiver faltando ou se for incompleta, a validade da *Auflassung* não será afetada se as condições do § 925 do BGB forem preenchidas (BREHM; BERGER, 2014, p. 243).

Nessa linha, tem interesse legítimo um advogado que precisa analisar as informações do registro em razão de determinado assunto jurídico (WÖRLEN; KOKEMOOR, 2017, p. 101). Igualmente, tem interesse legítimo a pessoa que deseja adquirir um imóvel ou o credor que necessita averiguar se é possível executar um imóvel do devedor (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1971, p. 171). Por outro lado, aquele que tem meramente curiosidade de saber quantos imóveis determinado vizinho possui, não tem interesse legítimo de consultar o registro imobiliário.

Ademais, embora a consulta dê uma ideia bastante precisa dos direitos reais sobre o imóvel, vale a pena complementá-la com outras investigações para a obtenção de informações adicionais. Tem particular relevância, entre as informações adicionais, o conhecimento acerca das restrições de direito público, decorrentes das regras urbanísticas e de desenvolvimento territorial (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 269).

## 2.2 A FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Ao lado da função informativa, um dos pilares do direito imobiliário alemão é a fé pública que está ligada ao registro de imóveis (*öffentlicher Glaube des Grundbuchs*) (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 221). Há uma presunção legal de correção do que está inscrito no registro imobiliário (*eine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs*), a qual é o fundamento da fé pública do registro imobiliário (BÄHR, 2013, p. 465).

Segundo determina o § 891, 1 do BGB, “se no registro imobiliário está inscrito um direito em favor de alguém, presume-se que o direito lhe pertence” (LEIPOLD, 2010, p. 74).<sup>7</sup> Referida norma prevê a chamada presunção positiva (*positive Vermutung*), que se estende ao objeto registrado, ao conteúdo do direito e à sua posição (LÜKE, 2018, p. 142). Assim, aquele que está registrado no *Grundbuch* como proprietário, pode, no caso de uma disputa judicial, defender-se com base no referido § 891, 1 do BGB, que prevê a presunção de exatidão do registro imobiliário (*Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs*) (LEIPOLD, 2010, p. 74).

Por outro lado, existe a presunção negativa (*negative Vermutung*), a qual estabelece que se no registro imobiliário consta a extinção de um direito inscrito, presume-se que o direito não existe mais (§ 891, 2 do BGB)<sup>8</sup>.

Outrossim, a presunção legal é acompanhada de uma precisão sobre a força probatória do registro imobiliário, que é considerado “exato em favor daqueles que adquirem, mediante negócio jurídico, um direito sobre um imóvel ou um direito sobre tal direito, a não ser que um assento de oposição contra a exatidão seja registrado ou a inexatidão seja conhecida pelo adquirente” (§ 892, 1 do BGB)<sup>9</sup>.

7 Transcrição do original: “§ 891 Gesetzliche Vermutung. (1) Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe”.

8 Transcrição do original: “§ 891 Gesetzliche Vermutung. (2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht bestehe”. § 891 Presunção legal. (2) Se no registro imobiliário está extinto um direito inscrito, presume-se que o direito não existe.

9 Transcrição do original: “§ 892 Öffentlicher Glaube des Grundbuchs. (1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit

Isso significa que o *Grundbuch* conta, em princípio, com uma forte presunção de exatidão a seu favor. Aliás, essa é uma das funções mais importantes do registro imobiliário, que serve de fundamento para que seja possível a aquisição pelo terceiro de boa-fé (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 179).

Por conseguinte, o potencial comprador de um direito real imobiliário poderá confiar nas informações constantes do registro de imóveis e estar convencido de que o alienante ainda não transferiu o mesmo direito a terceiros e que não há ônus onerando o imóvel<sup>10</sup>. Ademais, considerando que tanto a validade da transferência de um direito real imobiliário quanto a validade da constituição de um direito real de garantia estão subordinadas à inscrição no registro imobiliário, os casos de aquisição *a non domino* e de descoberta de garantias ocultas são extremamente raros (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 270).

### 3 A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Em função da fé pública ligada ao registro de imóveis, é importante que o titular de um direito real não registrado ou registrado incorretamente tenha a oportunidade de retificar a situação o mais rápido possível. Oferece-se então, diante da inexatidão de um registro imobiliário, a qual pode gerar sérios prejuízos, a pretensão de sua retificação (*Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs*) (VIEWEG; WERNER, 2018, p. 467).

Considera-se que o registro imobiliário está incorreto quando a situação jurídica nele descrita (*formelle Rechtslage*) não corresponde à situação jurídica considerada correta (*materielle Rechtslage*) (EISENHARDT, 2018, p. 537).

Em princípio, uma retificação do registro imobiliário só é possível com o consentimento da pessoa afetada pela inscrição reclamada. No entanto, os §§ 894 a 898 do BGB permitem “àquele cujo direito não esteja registrado ou cujo direito esteja registrado incorretamente ou ainda que seja lesado pelo registro de um ônus ou de uma restrição inexistente”, obter, por meio de uma pretensão, o consentimento dessa pessoa. Desse modo, se o tribunal julgar favoravelmente, tal decisão substituirá o consentimento da pessoa incorretamente inscrita no registro imobiliário (WÖRLEN; KOKEMOOR, 2017, p. 119).

Ademais, enquanto durar referido processo judicial, o autor pode se proteger pela inscrição de uma oposição (*Eintragung eines Widerspruchs*) no registro de imóveis (§ 899 do BGB). A oposição à exatidão do registro imobiliário deve ser requerida com base em uma tutela de urgência (*einstweilige Verfügung*) ou com autorização do titular dos direitos registrados (BÄHR, 2013, p. 466). No entanto, vale lembrar que a oposição não corrige o registro imobiliário, mas apenas afasta a presunção de exatidão do registro enquanto está em tramitação a pretensão de retificação, evitando, por conseguinte, uma aquisição de boa-fé por parte de um terceiro.

*dem Erwerber bekannt ist*”.

<sup>10</sup> Garante-se, então, o “grau máximo de segurança jurídica e estabilidade do domínio, a partir de elevado rigor formal, que se fundamenta na existência de livros fundiários onde se encontram cadastradas todas as titularidades” (TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2020, p. 115).

#### 4 A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Os direitos subjetivos podem ser transferidos por negócios jurídicos ou ainda simplesmente por força da lei. A legislação alemã apresenta requisitos diversos para a transferência, o que depende do direito subjetivo em causa. Em relação aos direitos reais, deve-se levar em conta se seu objeto é uma coisa móvel ou imóvel, uma vez que tal distinção conduz a soluções jurídicas diversas (RÜTHERS; STADLER, 2011, p. 56).

Nessa linha, a aquisição da propriedade imobiliária é normalmente feita por meio de negócio jurídico entre duas partes, que procuram transferir o direito real de uma para a outra. Ao lado da transmissão por negócio jurídico, a legislação alemã também consagra a usucapião e a acessão imobiliária, mas tais formas de aquisição têm importância secundária.

Assim sendo, a transferência da propriedade imóvel por negócio jurídico ou por outros métodos será objeto de estudo a seguir.

#### 5 A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA POR NEGÓCIO JURÍDICO

Como já foi anteriormente analisado, em razão do princípio da separação, um negócio jurídico de direito obrigacional que incida sobre um imóvel não opera, por si só, a transferência da propriedade. É que o direito alemão exige que as partes concluam um segundo negócio jurídico, um negócio jurídico de disposição (*Verfügungsgeschäft*), que é genericamente denominado *Einigung*, mas no âmbito do direito imobiliário é chamado de *Auflassung* (EISENHARDT, 2018, p. 536).

Ao negócio jurídico de disposição, realizado entre o titular do direito e o seu adquirente, são aplicáveis as regras de validade e de eficácia dos negócios jurídicos em geral. Vale notar, entretanto, que o negócio jurídico de disposição é regido, em parte, por regras que destoam das aplicáveis ao contrato que lhe serve de fundamento econômico.

Nessa linha, é necessário que conste do negócio jurídico de disposição que a propriedade do imóvel passará do seu titular para o adquirente. Tal negócio jurídico não possui forma livre, devendo ser celebrado perante um notário ou no registro imobiliário (§ 925, 1 do BGB). Também se exige a presença simultânea de ambas as partes (*Gleichzeitige Anwesenheit der Parteien*), mas as partes podem ser representadas<sup>11</sup>. Além disso, no interesse da segurança jurídica (§ 925, 2 do BGB), isto é, para evitar, na medida do possível, situações de instabilidade em relação à aquisição da propriedade imóvel, o negócio jurídico de disposição não pode estar sujeito a condição (*Bedingung* - § 158) ou termo (*Zeitbestimmung* - § 163) (VIEWEG; WERNER, 2018, p. 445). Ainda, tal negócio jurídico, como regra, pode ser revogado unilateralmente por qualquer uma das partes, o que pode ser realizado até o dia da inscrição no registro imobiliário (§ 873, 2 do BGB)

---

<sup>11</sup> Na prática, a *Auflassung* normalmente ocorre ao mesmo tempo em que se dá a conclusão do contrato de compra e venda (DECKENBROCK; HÖPFNER, 2017, p. 270).



(LÜKE, 2018, p. 156).

Após a realização do negócio jurídico de disposição (§ 925) é imprescindível que se faça a inscrição no Registro de Imóveis (*Eintragung*), pois somente após o registro é que ocorrerá a alteração jurídica da titularidade do imóvel<sup>12</sup>.

Para proceder ao registro é necessário que uma das partes solicite a inscrição do negócio jurídico de disposição (§ 13 da GBO) e que o alienante esteja de acordo (§ 19 da GBO). Isso significa que não há transmissão da propriedade imóvel sem a inscrição no registro imobiliário (*Grundbucheintragung*) (BÄHR, 2013, p. 465). Em todo caso, a partir do dia do requerimento do registro, o candidato à aquisição é considerado titular de uma expectativa de direito (*Anwartschaftsrecht*).

Por conseguinte, para que seja possível a realização da transferência da propriedade imóvel, são necessários dois atos, isto é, a *Auflassung* e a *Eintragung*. Somente após a inscrição no registro imobiliário é que ocorre juridicamente a transferência da propriedade, o que significa dizer que o registro imobiliário não tem efeito meramente declaratório, mas sim constitutivo (DECKENBROCK; HÖPFNER, 2017, p. 270).

## 6 A FÉ PÚBLICA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO E A AQUISIÇÃO DE BOA-FÉ

Na prática, o problema da aquisição de um imóvel de um não proprietário (*Nichtberechtigter*) raramente se apresenta no direito imobiliário alemão. Entretanto, na hipótese de aquisição de um imóvel de uma pessoa que não era titular de tal direito (*a non domino*), a primeira coisa que deve ser verificada é se o registro imobiliário estava correto (LÜKE, 2018, p. 143).

Em virtude da fé pública (*Öffentlicher Glaube*), as inscrições no registro imobiliário são consideradas exatas (WILHELM, 2019, p. 326). Todavia, em situações excepcionais, pode acontecer que um não proprietário ceda um imóvel de forma gratuita ou onerosa e o registro imobiliário não perceba o problema. Nessa hipótese, o § 892, 1 do BGB torna inatacável a transmissão da propriedade e protege o terceiro adquirente, a menos que: a) exista a inscrição de uma oposição contra a correção (*Widerspruch*) ou; b) o adquirente tinha conhecimento da inexatidão do registro imobiliário (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 299).

Se o adquirente conhecer a incorreção do registro, então falta o fundamento da aparência do direito para a aquisição. É que a doutrina alemã vincula esta regra à teoria da aparência (*Rechtsscheintatbestand*), insistindo na condição de boa-fé do adquirente, que se soma à fé pública de que goza o registro imobiliário (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 273). Ademais, o desconhecimento negligente da incorreção não prejudica o adquirente, o que se justifica pelo fato de que a inscrição no registro imobiliário reproduz a situação jurídica com mais segurança do que a posse (SCHAPP; SCHUR, 2010, p. 213).

12 O ordenamento brasileiro, à semelhança do alemão, também desloca a alteração jurídica da titularidade do imóvel para o momento da realização do registro no Cartório de Registro Imobiliário (TÉPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2020, p. 114-115).

Outro impedimento para a aquisição de boa-fé em caso de incorreção do registro imobiliário é a inscrição de uma oposição no registro de imóveis. Conforme o § 892, 1, 1 do BGB, também a inscrição de tal oposição se contrapõe à aquisição de boa-fé (SCHAPP; SCHUR, 2010, p. 214).

Disso resulta que o verdadeiro proprietário perde o seu direito e somente pode fazer valer contra o alienante o direito à indenização com base no enriquecimento sem causa (§ 816, 1 do BGB).

## 7 A PRENOTAÇÃO

O vendedor naturalmente não pretende entregar sua propriedade imobiliária sem antes obter o preço da venda. O comprador, por outro lado, não está disposto a abrir mão do dinheiro se não for obter a propriedade do imóvel. Ocorre que pode transcorrer bastante tempo entre o negócio jurídico obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*), o negócio jurídico de disposição (*Auflassung*) e a inscrição no registro imobiliário, o que representa um elemento de insegurança jurídica (LÜKE, 2018, p. 169).

Para contornar eventuais dificuldades que podem surgir na alienação imobiliária, particularmente para impedir que a parte alienante realize uma nova alienação do imóvel (*Doppelverkauf*) antes do registro definitivo do direito real no registro imobiliário, o legislador alemão criou o instituto da prenotação, regulada pelos §§ 883 a 888 do BGB (WÖRLEN; KOKEMOOR, 2017, p. 122).

A prenotação (*Vormerkung*) consiste na inscrição no registro imobiliário de uma modificação próxima da situação jurídica de um imóvel. Ela tem uma função preparatória e objetiva superar os inconvenientes práticos da distinção entre o negócio jurídico de direito obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*) e o negócio jurídico de disposição (*Auflassung*) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 251).

Assim sendo, a partir do registro de uma prenotação em favor do adquirente, este já não tem de temer uma nova transferência, pois a partir da inscrição da prenotação no registro imobiliário qualquer alteração na situação jurídica do imóvel fica sem efeito (§ 883, 2 do BGB) (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 570). Por outro lado, eventual terceiro adquirente do imóvel é informado pela prenotação que um registro em favor de outra pessoa é iminente (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 251-252).

Ademais, como a aquisição da propriedade imóvel, diferentemente do que ocorre no caso da propriedade móvel, não pode ter o negócio jurídico de disposição subordinado a uma condição (§ 925, 2 do BGB), nesse ponto a prenotação também se apresenta como solução para se contornar tal problema. E vale aqui notar que justamente em função dessa hostilidade em relação à condição que uma compra e venda de um imóvel igualmente não pode ser realizada com reserva de domínio (*Eigentumsvorbehalt*) (LÜKE, 2018, p. 156).

Portanto, para dar maior segurança na realização da transferência imobiliária, o BGB

coloca à disposição das partes a prenotação, um instrumento jurídico de estrutura bastante peculiar. A prenotação é então registrada no *Grundbuch* para a segurança da pretensão do adquirente à transferência do imóvel, de maneira que o comprador não correrá o risco de ver a aquisição da propriedade ser frustrada pela sua transferência posterior a um terceiro (WÖRLEN; KOKEMOOR, 2017, p. 122).

## 8 OUTROS MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

### 8.1 A ACESSÃO IMOBILIÁRIA

O direito alemão, como ocorre no direito brasileiro, admite a aquisição da propriedade imobiliária pela acessão (*Eigentumserwerb kraft Zuwachs*). Ocorre que o estudioso brasileiro, que está acostumado a raciocinar em termos de acessão natural, quando decorre de causas naturais, ou artificial, quando resulta de ato humano (arts. 1.248 a 1.259 do Código Civil) (ZANINI, 2020, p. 146), terá certa dificuldade de compreensão da forma como a codificação alemã cuida desse modo de aquisição originária da propriedade imóvel.

Realmente, os §§ 94 a 96 do BGB dispõem que um terreno (*Grundstück*) compreende, além da parcela propriamente dita, suas partes constitutivas essenciais (*wesentliche Bestandteile*), isto é, edifícios e quaisquer outras coisas permanentemente ancoradas ao solo, como as árvores (WOLF; NEUNER, 2016, p. 307).

Das partes constitutivas essenciais devem se distinguir os acessórios (*Zubehör*), que são coisas móveis “destinadas a servir à finalidade econômica da coisa principal” (§ 97, 1 do BGB). Se os acessórios não formam um todo único com o terreno, presume-se, porém, que a transferência da propriedade de um terreno compreende, em caso de dúvida, a de seus acessórios (§ 926, 1 do BGB) (PRÜTTING, 2017, p. 149).

### 7.2 A USUCAPIÃO EM MATÉRIA IMOBILIÁRIA

A existência do registro imobiliário e a fé pública a ele ligada marginalizam consideravelmente os casos de aquisição da propriedade imobiliária por usucapião (*Ersitzung*). O direito imobiliário alemão apenas reconhece a usucapião dentro dos limites bastante restritivos dos §§ 900 e 927, ambos do BGB (BREHM; BERGER, 2014, p. 454).

O § 900, 1 do BGB reconhece a propriedade imobiliária ao possuidor de um imóvel que estiver inscrito como proprietário no registro imobiliário pelo período de trinta anos, hipótese conhecida como usucapião tabular ou usucapião por inscrição no registro imobiliário (*Buchersitzung* ou *Tabularersitzung*). Não basta a inscrição no registro de imóveis, é necessário que ela esteja acompanhada da posse (LÜKE, 2018, p. 153). Trata-se então de posse em nome próprio (*Eigenbesitz*), pelo período de trinta anos, sem necessidade de boa-fé, por alguém que não

é proprietário, mas que está inscrito de forma inexata como proprietário. O verdadeiro proprietário não deve estar inscrito no registro imobiliário (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1971, p. 399). Ainda, a contagem do prazo fica suspensa no período em que estiver inscrita uma oposição à correção da inscrição do registro imobiliário.

O § 927, 1 do BGB, por sua vez, determina que o proprietário de um imóvel pode, se o imóvel estiver na posse de outrem há trinta anos, perder a propriedade mediante procedimento de admoestação (*Aufgebotsverfahren*). Entretanto, quando o proprietário está inscrito no registro imobiliário, o procedimento de admoestação somente é permitido se ele faleceu ou desapareceu e ainda se durante trinta anos não foi feita uma inscrição no registro imobiliário que exigisse o seu consentimento. Em tal situação, a usucapião não se realiza em conformidade com o que consta do registro imobiliário (*Kontratabularersitzung*) (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 604-605).

Por conseguinte, diferentemente do que ocorre no sistema jurídico brasileiro, no ordenamento alemão a usucapião de imóveis não tem grande relevância<sup>13</sup>. Isso ocorre porque é bastante difícil o preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação alemã para a aquisição da propriedade imóvel pela usucapião. Assim sendo, na Alemanha a usucapião frequentemente é utilizada para resolver litígios relativos à delimitação de imóveis. São muito raros os casos de usucapião de um imóvel inteiro (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 274), o que indica que o instituto não tem relação com a resolução de problemas atinentes à aquisição da propriedade por terceiro de boa-fé.

## 9 AS GARANTIAS REAIS IMOBILIÁRIAS

O direito alemão admite a existência de garantias reais mobiliárias e imobiliárias. Elevado interesse prático têm as garantias reais imobiliárias, uma vez que os imóveis frequentemente têm valor elevado, o que permite a segurança de créditos, particularmente por instituições financeiras, cujos valores também serão expressivos (MEDER; CZELK, 2018, p. 175).

No âmbito do direito imobiliário alemão os direitos reais de garantia são conhecidos como *Grundpfandrechte* (FÖRSCHLER, 2018, p. 136). Existem fundamentalmente duas formas de garantia real imobiliária: a) a hipoteca (§§ 1113-1190 do BGB); b) a dívida fundiária (§§ 1191-1198 do BGB) (KOHLENER, 1996, p. 240).

Tais garantias são regidas pela Seção 7 do Livro III do BGB (§§ 1113 a 1203), a qual apresenta a hipoteca como a principal forma de garantia imobiliária, cuja regulamentação também se aplica, salvo disposição em sentido contrário, à dívida fundiária.

A hipoteca e a dívida fundiária constituem direitos reais que permitem ao seu beneficiário a obtenção do pagamento da dívida garantida pela venda ou pela administração forçada do imóvel. É

---

13 Aliás, a pouca relevância da usucapião no sistema jurídico alemão fica evidente quando se analisa a doutrina. De fato, os autores alemães dedicam pouquíssimas páginas de seus manuais ao estudo da usucapião, o que denota se tratar de um instituto secundário na prática jurídica daquele país. No Brasil, por outro lado, os manuais são pródigos ao cuidar da usucapião, fato que se explica pela existência de muitas espécies de usucapião, bem como pela importância do instituto, que corriqueiramente é utilizado para solucionar problemas atinentes à aquisição da propriedade por terceiros de boa-fé (ARAÚJO, 2020, p. 135). Ademais, vale notar que não há equivalência entre as espécies de usucapião existentes na Alemanha e no Brasil.

nesse sentido que se deve compreender a fórmula um tanto quanto atécnica constante dos §§ 1113, 1191 e 1199 do BGB, segundo a qual o titular da garantia pode ser pago “sobre a terra” (*aus dem Grundstück*) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 274).

Nesse contexto, é certo que as garantias reais imobiliárias, no sistema econômico alemão, são de suma importância para garantir dívidas comerciais ou não comerciais. Em função de sua inscrição no registro imobiliário, bem como pela facilidade de sua realização, as garantias reais imobiliárias são preferidas pelos estabelecimentos bancários para as operações de crédito de longo prazo. Por outro lado, ao contrário da intenção do legislador alemão, não foi a hipoteca, mas sim a dívida fundiária que acabou prevalecendo na prática jurídica (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 566).

Assim sendo, diante da importância de tais garantias reais imobiliárias, bem como seguindo a sistemática do BGB, passa-se ao estudo da hipoteca e da dívida fundiária.

## 9.1 A HIPOTECA

No direito alemão a hipoteca é essencialmente de natureza convencional<sup>14</sup>. É constituída por negócio jurídico em benefício de uma pessoa, com o objetivo de garantir um crédito que ela possui contra o proprietário do imóvel assim gravado ou um terceiro (KÖHLER, 1996, p. 240).

Como ocorre em relação à aquisição de um direito real imobiliário, a constituição da hipoteca exige, além do acordo de vontades entre o proprietário do imóvel onerado e o credor, a sua inscrição no registro imobiliário (§ 873 do BGB) (FÖRSCHLER, 2018, p. 137). Ela obedece a uma regulamentação bastante rígida que apenas autoriza derrogações convencionais de forma limitada.

Ao lado da hipoteca inscrita no registro imobiliário, denominada “hipoteca sobre o livro” (*Buchhypothek*), o § 1117, 1 do BGB prevê ainda uma outra forma de hipoteca, que se distingue pela facilidade de transmissão. Trata-se da hipoteca denominada “sobre cédula” (*Briefhypothek*), que pressupõe a entrega pelo proprietário ao credor de uma cédula hipotecária (*Briefübergabe*), a qual é emitida pelos serviços do registro imobiliário (KALLWASS; ABELS, 2018, p. 274).

No sistema do BGB a acessoriedade da hipoteca é considerada um princípio intangível. A acessoriedade diz respeito ao vínculo existente entre o direito real de garantia e o crédito que ele garante, de sorte que a garantia não pode existir se não há um direito garantido (VLIET; PASSOS, 2016, p. 567-603). Assim sendo, em função da acessoriedade, a hipoteca é caracterizada por uma forte interdependência em relação ao crédito hipotecário. Contudo, caso as partes prefiram um instrumento de garantia mais flexível, sem a mencionada acessoriedade, podem optar pela dívida fundiária (WEBER, 2015, p. 229-230).

A acessoriedade da hipoteca é material e pessoal. O seu conteúdo depende da dívida garantida e não pode exceder o montante inscrito no registro imobiliário (§ 1113, 1 do BGB). A

14 O Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* - ZPO) prevê, entretanto, o registro de uma “hipoteca forçada” (*Zwangshypothek*) como opção oferecida ao credor que deseja ser pago por meio de um imóvel do devedor (§§ 866 e 867 do ZPO) (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 230). Observa Beneduzi que a hipoteca forçada não serve propriamente à satisfação do crédito do exequente, mas lhe assegura um direito real de garantia sobre o imóvel (BENEDUZI, 2018, p. 137).



jurisprudência alemã anula sem hesitação as hipotecas que se revelem excessivas (*Übersicherung*) em relação ao montante do crédito garantido e da margem de manobra econômica que resta ao devedor. Ademais, o credor da dívida garantida e o beneficiário da hipoteca devem ser idênticos, de modo que a cessão da hipoteca implica necessariamente a da dívida (*Akzessoritätsprinzip*) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 275-276).

Em razão da acessoriedade, o proprietário do imóvel gravado poderá opor ao credor todas as exceções de que dispõe o devedor, mesmo aquelas a que este último tenha renunciado (§ 1137 do BGB) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 276). O § 216, 1 do BGB dispõe, no entanto, que a exceção de prescrição da dívida garantida, levantada pelo proprietário, não é oponível ao credor (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 237).

Outrossim, a acessoriedade da hipoteca impede uma cessão abstrata. Nos termos do § 1154 do BGB<sup>15</sup>, a transmissão da hipoteca “sobre o livro” (*Buchhypothek*) é feita por consentimento e após modificação do registro imobiliário. A transmissão da hipoteca “sobre cédula”, por sua vez, é mais fácil, pois todo o procedimento não depende de registro no *Grundbuch*, bastando o acordo das partes, a entrega da cédula e a declaração de cessão por escrito (*Abtretungserklärung in Schriftform*) (WÖRLEN; KOKEMOOR, 2017, p. 165).

Nesse contexto, pode-se afirmar que o caráter acessório da hipoteca constitui uma atenuação importante, mas necessária, da distinção entre o direito das obrigações e o direito das coisas, tão característica do direito privado alemão.

No que toca aos direitos e deveres das partes, o proprietário conserva o domínio total do imóvel gravado, podendo dele usar, fruir e dispor sem a necessidade de antes obter o consentimento do credor hipotecário. Entretanto, o credor hipotecário dispõe de recursos jurídicos para se proteger contra o risco de deterioração ou degradação do imóvel e, conseqüentemente, de uma desvalorização de sua garantia. O credor hipotecário pode assim ajuizar ação pedindo perdas e danos, com fundamento no § 823, 1 do BGB, haja vista que a hipoteca é qualificada como um direito absoluto (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 276).

O que se espera é que a satisfação do credor hipotecário por parte do devedor ocorra de forma espontânea. Entretanto, na falta de pagamento espontâneo, o credor pode recorrer a uma das modalidades de execução forçada de que dispõe, obtendo o pagamento sobre o imóvel (§ 1147 do BGB), nos termos do § 866, 1 do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* - ZPO) (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 230-231). Assim, a execução sobre o patrimônio imobiliário (*Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen*) pode ser realizada pela venda em hasta pública (*Zwangsversteigerung*), que serve à satisfação do exequente por meio da alienação judicial do imóvel penhorado, ou ainda pela administração forçada (*Zwangsverwaltung*), que permite ao exequente se satisfazer mediante a percepção, para si, dos frutos advindos do imóvel (por exemplo, rendas) (BENEDUZI, 2018, p. 137).

Por derradeiro, vale notar que o pagamento espontâneo da dívida garantida não leva à

---

15 Segundo § 1154, 2 do BGB, a forma escrita da declaração de cessão pode ser substituída por uma inscrição da cessão no registro imobiliário.

extinção da hipoteca, mas apenas à sua transformação em dívida fundiária<sup>16</sup>. Somente em caso de execução forçada do imóvel é que a hipoteca se extingue (§ 1181 do BGB). Fora de tal cenário, para extinguir totalmente a hipoteca é necessário o seu levantamento (*Aufhebung*), o que requer, para além da declaração do credor, a anuência do proprietário (§ 1183 do BGB), bem como a sua retirada do registro imobiliário (BREHM; BERGER, 2014, p. 312).

## 9.2 A DÍVIDA FUNDIÁRIA

Na concepção do BGB, a dívida fundiária (*Grundschuld*)<sup>17</sup> é um direito real de garantia que é apresentado como um simples apêndice da hipoteca, tanto é que, conforme o § 1192 do BGB, à dívida fundiária se aplica a regulamentação da hipoteca, ou seja, simplesmente se declarou aplicável à dívida fundiária a maior parte das disposições sobre a hipoteca (FÖRSCHLER, 2018, p. 138).

A razão para a hipoteca ter sido codificada como o arquetípico direito de garantia sobre imóveis, em detrimento da dívida fundiária, está no fato de que a hipoteca se ajustava à prática creditícia cotidiana, bem como ela era utilizada, na época da elaboração do BGB, pela maior parte dos estados alemães (VLIET; PASSOS, 2016, p. 567-603).

A diferença fundamental em relação à hipoteca é a ausência de acessoriedade da dívida fundiária (*keine Akzessorietät*), não guardando ela relação com o surgimento, com a manutenção e com a transmissão de um crédito (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 734). Desse modo, a dívida fundiária não depende da existência e nem do montante de um crédito (*nicht-akzessorisch*) (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 242).

O § 1191 do BGB define a dívida fundiária como um encargo que grava um imóvel de tal forma que uma quantia determinada em dinheiro deve ser paga em favor de seu beneficiário, seja ele quem for. Embora a dívida fundiária seja frequentemente usada para garantir um crédito (fala-se então em *Sicherungsgrundschuld*), sua validade não depende da existência de tal crédito (WÖRLEN; KOKEMOOR, 2017, p. 165-166).

A dívida fundiária, assim como a hipoteca, pode assumir a forma de dívida fundiária “sobre o livro” (*Buchgrundschuld*) ou tomar a forma de dívida fundiária “sobre a cédula” (*Briefgrundschuld*) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 568).

Na prática, a dívida fundiária suplantou amplamente a hipoteca em sua função de garantia. Mais flexível que a hipoteca, a dívida fundiária também oferece mais segurança ao credor, pois ele não precisa se preocupar com a origem da dívida garantida. Por outro lado, esta desconexão entre o crédito e a garantia torna as operações de transferência de crédito mais complexas, principalmente no âmbito bancário (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 278).

O direito alemão reconhece ainda a chamada dívida fundiária do proprietário (*Eigentümergrundschuld*), uma variante da dívida fundiária na forma de uma garantia imobiliária

16 A não extinção da hipoteca pelo pagamento da dívida é algo que soa estranho ao jurista brasileiro.

17 O termo *Grundschuld* também pode ser traduzido como dívida imobiliária (KÖBLER, 2007, p. 69).

que beneficia o próprio proprietário do imóvel. Um tanto surpreendente à primeira vista, esta garantia é sobretudo resultado de um pagamento espontâneo de uma dívida garantida por uma hipoteca. Como foi visto, o pagamento voluntário não conduz, segundo o sistema alemão, à extinção da hipoteca, mas à sua conversão em dívida fundiária. Por conseguinte, o proprietário do fundo gravado pode então dispor de uma garantia de elevada classificação (*Rang*) para oferecê-la a um credor como parte de uma nova transação de financiamento (LÜKE, 2018, p. 303).

Na prática, contudo, no direito alemão moderno não há mais razão para a existência desse sistema de preservação de grau da garantia e nem para a manutenção das garantias não acessórias (VLIET; PASSOS, 2016, p. 567-603).

## CONCLUSÃO

O direito imobiliário alemão guarda muitas semelhanças com o direito dos demais países de sistema romano-germânico, o que se explica pelo processo bastante acentuado de recepção do direito romano nessa seara. Apesar disso, o ordenamento alemão apresenta também peculiaridades bastante importantes, entre as quais, talvez as mais relevantes sejam a adoção dos princípios da abstração e da fé pública do registro imobiliário.

Tais princípios procuram dar maior clareza, precisão e segurança jurídica nas negociações envolvendo direitos reais imobiliários.

A abstração, princípio não adotado pelo direito brasileiro, determina que o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio jurídico de direito obrigacional se apresente defeituoso. E como pré-requisito da abstração, o sistema alemão segue o princípio da separação, isto é, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas.

Outro pilar do direito imobiliário alemão, ao lado da abstração, é a fé pública associada ao registro imobiliário. Tal princípio torna, em princípio, inatacável a transmissão da propriedade, protegendo o terceiro adquirente. No direito imobiliário alemão apenas se pode contestar a exatidão do registro imobiliário quando: a) exista a inscrição de uma oposição contra a correção ou; b) o adquirente tinha conhecimento da inexatidão do registro imobiliário. Tirante referidas situações, o terceiro que adquire um direito real imobiliário confiando nas informações constantes do registro imobiliário é considerado terceiro de boa-fé.

No direito brasileiro, por outro lado, não vigora o referido princípio da fé pública. O que existe no Brasil é a presunção simples (relativa) de veracidade associada ao registro imobiliário, a qual admite prova em sentido contrário, isto é, é possível a contestação da titularidade da coisa de forma muito mais ampla que no sistema alemão. Assim sendo, no Brasil é admitida a demonstração: a) da invalidade do registro; b) da invalidade do próprio título que deu origem ao registro.

No que toca aos direitos reais de garantia, o presente estudo igualmente permitiu a constatação da existência de muitas peculiaridades no direito imobiliário alemão, valendo ressaltar a transformação da hipoteca, quando ocorre a sua satisfação, em dívida fundiária, a qual pode

ser negociada posteriormente. É também curiosa a construção da dívida fundiária, que constitui a forma mais comum de garantia imobiliária na Alemanha, mas que não segue a acessoriedade, como ocorre com a hipoteca.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã no âmbito do direito imobiliário brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é certo que a matéria, entre os dois países, também apresenta pontos de divergência extremamente relevantes. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral do direito imobiliário na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças, que não devem ser olvidadas.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas. **O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BÄHR, Peter. **Grundzüge des Bürgerlichen Rechts**. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. **Sachenrecht**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. **Bürgerliches Vermögensrecht**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

EISENHARDT, Ulrich. **Einführung in das Bürgerliche Recht**. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971. t. III, v. I.

FÖRSCHLER, Peter. **Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts**. München: Franz Vahlen, 2018.

FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit privé allemand**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.

HAFERKAMP, Hans-Peter. Fehleridentität – zur Frage der Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft. **Juristische Ausbildung (JURA)**, Berlin, n. 10, p. 511-516, 1998.

HUPACH, Andrea. **Der gutgläubige Erwerb von Sachen nach deutschem und italienischem Recht**. Dissertation (Doktorgrades des Rechtswissenschaften) - Universität Osnabrück, Osnabrück, 1997.

KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. **Privatrecht**. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018.

- KLUNZINGER, Eugen. **Einführung in das Bürgerliche Recht**. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- KÖBLER, Gerhard. **Rechtsportugiesisch**. München: Franz Vahlen, 2007.
- KOHLER, Jüen. The Law of Rights in rem. *In*: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. **Introduction to German Law**. The Hague: Kluwer 1996. p. 227-250.
- KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- LEIPOLD, Dieter. **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- LÜKE, Wolfgang. **Sachenrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. **Grundwissen Sachenrecht**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.
- MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. **Sachenrecht**. München: Franz Vahlen, 2016.
- PIETREK, Marietta. **Konsens über Tradition?** Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- PRÜTTING, Hanns. **Sachenrecht**. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RUPP, Caroline S. Germanisches Grundbuch und romanisches Register: Harmonisierende Überlegungen. **Archiv für die civilistische Praxis (AcP)**, Tübingen, v. 214, n. 4, 2014.
- RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. **Allgemeiner Teil des BGB**. 17. ed. München: C.H. Beck, 2011.
- SCHAPP, Jan; SCHUR, Wolfgang. **Sachenrecht**. 4. ed. München: Franz Vahlen, 2010.
- STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. **BGB - Sachenrecht**. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- VIEWEG, Klaus; WERNER, Almut. **Sachenrecht**. 8. ed. München: Vahlen, 2018.
- VLIET, Lars Peter Wunibald van; PASSOS, Josué Modesto. A Grundschild alemã. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 39, n. 81, p. 567-603, jul./dez. 2016.
- WEBER, Ralph. **Sachenrecht: Grundstücksrecht**. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015. v. II.
- WILHELM, Jan. **Sachenrecht**. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 2019.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. **Sachenrecht**. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019.

WÖRLEN, Rainer; KOKEMOOR, Axel. **Sachenrecht mit Kreditsicherungsrecht**. 10. Ed. München: Franz Vahlen, 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito civil: direito das coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

**Como citar:** ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Elementos de direito imobiliário alemão. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 10-29, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p10-29. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/01/2022.

Aprovado em: 14/12/2022.



## O ESTATUTO DA PESSOA COM CÂNCER E O DIREITO DAS CRIANÇAS AO TRATAMENTO ONCOLÓGICO LÚDICO: MICROSSISTEMA JURÍDICO EM FAVOR DOS VULNERÁVEIS

THE STATUTE OF THE PERSON WITH  
CANCER AND THE RIGHT OF CHILDREN  
TO PLAY ONCOLOGICAL TREATMENT: A  
LEGAL MICROSSYSTEM IN FAVOR OF THE  
VULNERABLE

Juliane Caravieri Martins\*

\* Docente (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG). Doutora em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie, UPM/SP). Doutora em Ciências da Integração da América Latina (Universidade de São Paulo, PROLAM-USP/SP). Mestra em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP).  
E-mail: julianecaravieri@gmail.com.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8784-7914>.

**Como citar:** MARTINS, Juliane Caravieri. O Estatuto da Pessoa com Câncer e o direito das crianças ao tratamento oncológico lúdico: microssistema jurídico em favor dos vulneráveis. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 30-51, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p30-51. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O *Estatuto da Pessoa com Câncer* (Lei nº 14.238/2021) se insere no âmbito da proteção dos sujeitos vulneráveis impulsionada pela Constituição brasileira de 1988 que delineou expressivo rol de direitos fundamentais ancorados na dignidade humana. O tratamento oncológico, além de prioritário e especial, deve ser lúdico para as crianças na condição de direito público subjetivo, pautando-se no ato de brincar de tais sujeitos de direito. No extenuante tratamento contra o câncer infantil deve prevalecer a minimização do sofrimento das crianças mediante o uso de atividades recreativas para o enfretamento da doença, afetando, minimamente, o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. A partir do uso do método dialético, conclui-se que o Direito deve amparar os vulneráveis, especialmente os infantes - tratados com igualdade, dignidade, não discriminação e proteção integral - a fim de minimizar os reveses para o enfrentamento da neoplasia maligna, pois muitos nem mesmo conseguem o acesso aos cuidados terapêuticos básicos. Portanto, há a imposição de deveres ao Estado e à sociedade pelo *Estatuto da Pessoa com Câncer*, como microssistema jurídico, a fim de permitir o gozo amplo de direitos e garantias fundamentais dos infantes acometidos pelo câncer.

**Palavras-chave:** câncer; crianças; tratamento lúdico; microssistema jurídico.

**Abstract:** The *Statute of the Person with Cancer* (Law nº 14.238/2021) falls within the scope of the protection of vulnerable subjects driven by the Brazilian Constitution of 1988, which outlined a significant list of fundamental rights anchored in human dignity. Oncological treatment, in addition to being a priority and special, should be playful for children as a subjective public right, based on the act of playing by such legal subjects. In the strenuous treatment against childhood cancer, minimization of children's suffering must prevail using recreational activities to cope with the disease, minimally affecting their physical, mental, moral, spiritual and social development. From the use of the dialectical method, it is concluded that the Law must support the vulnerable, especially infants - treated with equality, dignity, non-discrimination and full protection - in order to minimize the setbacks in facing the malignant neoplasm, as many they cannot even access basic therapeutic care. Therefore, there is the imposition of duties on the State and society by the *Statute of the Person with Cancer*, as a legal microsystem, to allow the broad enjoyment of fundamental rights and guarantees of infants affected by cancer.

**Keywords:** câncer; children; playful treatment; legal microsystem.

## INTRODUÇÃO

Nos primórdios da humanidade as regras sociais se transmitiam oralmente, mas, ao longo dos séculos, consolidou-se a lei escrita entre os povos, inicialmente sob inspiração divina como, por exemplo, a Legislação Mosaica ou Tora (1250 a.C.), o Código de Hamurabi (2.000 a.C) e o Código de Manu (1.000 a.C.), mas Roma inaugurou a era do direito feito pelos homens com a Lei das XII Tábuas (*Lex Decemviralis*) no século V a.C.<sup>1</sup> Assim, desde tempos imemoriais, enquanto ser social e político, o humano sempre procurou estabelecer regras para a coexistência mais harmônica com seus semelhantes.

Associadas à natureza humana, as necessidades sociais e políticas se converteram em normas cogentes para a garantia da vida em comunidade, substituindo o uso da força física para a resolução dos conflitos. Nesse contexto, as normas jurídicas se direcionaram ao ser humano na defesa de seus direitos, estabelecendo sistemas jurídicos que incluíram não apenas os *direitos civis e políticos*, mas também os *direitos econômicos, sociais e culturais*, ou seja, aqueles direitos em prol de maior igualdade e solidariedade humanas. No Brasil, destacou-se a Constituição<sup>2</sup> Federal de 1988 ao viabilizar a chamada *constitucionalização do Direito*<sup>3</sup>, especialmente no âmbito do Direito privado<sup>4</sup>.

O fundamento principal dessa ordem constitucional são a cidadania e a dignidade da pessoa humana<sup>5</sup> (art. 1º, incisos II e III, da CF) os quais permitirão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, com vistas à redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incisos I e III, da CF).

Em consonância com esses preceitos constitucionais, houve a aprovação do *Estatuto da Pessoa com Câncer* pela Lei nº 14.238, em 19 de novembro de 2021, que se propôs a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o acesso ao tratamento adequado e o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com câncer, garantindo-lhes o respeito à dignidade, cidadania e inclusão social, buscando a efetivação de políticas públicas para a sua adequada prevenção e combate (art. 1º).

No caso específico das crianças - pessoas até doze anos de idade incompletos (art. 2º do ECA) -, haverá a necessidade de se efetivar um *tratamento oncológico lúdico*, além de prioritário e especial, pautado no *ato de brincar* como direito humano e fundamental de tais sujeitos em desenvolvimento. No tratamento oncológico a ser ministrado aos infantes será imperiosa a

1 Maiores detalhes, consulte Altavila (2006).

2 Segundo Garcia (2004a ou b, p. 109), a Constituição é “uma conexão de princípios imanentes (expressos ou implícitos, revelados ou não em normas constitucionais), constitutivos de uma certa ordem e unidade [...] conjunto ou organização dos elementos essenciais do Estado, [...] a lei fundamental do Estado”.

3 Nas assertivas de Barroso (2005), “[...] a idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares”.

4 “[...] quis o Constituinte ampliar o espectro de nossa Constituição, exatamente para direcionar, sob sua ótica, o legislador ordinário, impondo-lhe balizas e limites claros, definidos e expressos [...]” (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003, p. 19).

5 A dignidade humana “[...] corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente” (GARCIA, 2004a ou b, p. 211).

consideração da criança como sujeito de direito em desenvolvimento, especialmente na adoção de medidas terapêuticas para o enfrentamento do câncer. Dessa maneira, defender-se-á a hipótese de que o *Estatuto da Pessoa com Câncer* (Lei nº 14.238/2021) se conforma como microssistema jurídico apto a garantir o *tratamento oncológico lúdico, prioritário e especial* para todas as crianças na condição de direito público subjetivo.

Logo, a presente reflexão se dividirá em três partes. Primeiramente, analisar-se-á as impressões iniciais sobre a Lei nº 14.238/2021, denominada de *Estatuto da Pessoa com Câncer*, ante a tendência atual de formulação de microssistemas jurídicos; a *posterioriserão* tecidas considerações sobre o ato de brincar na condição de direito humano e fundamental dos infantes e, por fim, destacar-se-á a necessidade de implementação de um tratamento oncológico lúdico, efetivo e prioritário para as crianças acometidas pelo câncer na condição de direito público subjetivo.

Esse estudo utilizará a técnica de pesquisa bibliográfico-doutrinária, enfocando interdisciplinarmente o Direito Constitucional, o Direito da Criança e do Adolescente e os Direitos Humanos a partir da análise crítica de literatura especializada e da legislação pertinente sobre o tema ora debatido, não esgotando outras reflexões possíveis e necessárias.

Nesse sentido, na contemporaneidade, será primordial apreender o significado e o alcance do direito humano e fundamental de brincar para as crianças, garantindo-lhes, conseqüentemente, o direito público subjetivo ao tratamento oncológico lúdico ante a aprovação do *Estatuto da Pessoa com Câncer*. Entretanto, não se pretenderá exaurir os questionamentos porventura existentes acerca dessa temática, mas sim contribuir para os debates a respeito da proteção das crianças (sujeitos vulneráveis) acometidas pelo câncer.

## 1 O ESTATUTO DA PESSOA COM CÂNCER (LEI Nº 14.238/2021) NA CONDIÇÃO DE MICROSSISTEMA JURÍDICO EM PROL DOS VULNERÁVEIS

A Constituição de 1988 acelerou o processo de constitucionalização do Direito, irradiando novos princípios e diretrizes para vários ramos jurídicos, especialmente no âmbito do Direito privado, com destaque para o Direito Civil<sup>6</sup> que deveria se pautar em duas diretrizes basilares<sup>7</sup>: a primeira seria a *incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática jurídica* oriunda da reconstrução dos direitos humanos no pós-1945 e a segunda seria a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*, superando a rígida dualidade

---

6 Para a constitucionalização do Direito Civil “[...] deverão advir, progressivamente, normas em que a ênfase dos aspectos moral e social, do princípio igualitário e da intervenção supletiva do Estado esteja presente, em consonância com a própria vida da sociedade nessa quadra da História da humanidade. [...] Nessa tarefa, inúmeros reflexos estão fazendo sentir no Código Civil, desde a inclusão dos direitos de personalidade em seu frontispício (arts. 11 a 21) à redução do limite da menoridade (art. 5º); à reforma do Direito de Família (arts. 1.511 e ss.); à inserção de elementos morais no âmbito das relações obrigacionais (art. 186); à previsão de mecanismos de intervenção estatal em contratos privados (arts. 157 e 478 a 480); à consagração legislativa do princípio da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), com a teoria da responsabilidade nas atividades perigosas e outras tantas orientações de vulto, modificando, sensivelmente, o alcance dos institutos de direito privado [...]” (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003, p. 23-24).

7 Maiores detalhes, consulte Barroso (2005).

público-privado ante o uso dos preceitos constitucionais nas relações jurídicas entre particulares regidas pelo *Códex* civilista<sup>8</sup>.

O Direito surge, assim, como “[...] obra humana e como tal só pode ser compreendido a partir da sua ideia” (RADBRUCH, 2010, p. 10) porque é “[...] produto dos fatos e da vontade do homem, um fenômeno material e um conjunto de valores morais e sociais, um ideal e uma realidade, um fenômeno histórico e uma ordem normativa [...]” (BERGEL, 2006, p. 06). Na maioria dos países ocidentais, conformou-se um Estado alicerçado no Direito e na tutela jurídica aos direitos humanos e fundamentais denominado *Estado de Direito* o qual possui “[...] um território que um povo declarou seu, com um povo que se proclamou independente perante outros povos, com um poder que, pela força e pelo direito, se organizou para a independência do território e do povo.” (REALE, 2000, p. 44).

No diálogo entre a Constituição brasileira de 1988 e as normas infraconstitucionais contemporâneas, houve o reconhecimento da vulnerabilidade de diversos sujeitos de direito com amparo na dignidade humana enquanto princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da CF). Tal princípio se apresentou como finalidade precípua da ordem econômica (art. 170 da CF) e da ordem social (art. 193 da CF), sendo, ainda, o suporte da família e do planejamento familiar (art. 226, §7º, da CF) com especial proteção do Estado. Tais preceitos assegurariam condições mais dignas de vida à *criança*, ao *adolescente* e ao *jovem*, com *absoluta prioridade*, em prol do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da CF).

Segundo Marques e Miragem (2012, p. 11), é preciso “[...] refletir sobre as transformações do direito privado, a vulnerabilidade e a vulnerabilidade agravada de muitos dos nossos concidadãos. E como ousamos propor, pode ser um caminho, realmente, para realizar no Brasil – enfim – um direito privado solidário!”. Então, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a solidariedade, a não discriminação e, especialmente, a vulnerabilidade são princípios que nortearam a aprovação do *Estatuto da Pessoa com Câncer* pela Lei nº 14.238, em 19 de novembro de 2021, orientando seus dispositivos, princípios e objetivos peculiares, especialmente direcionados às crianças acometidas pela neoplasia maligna.

Dessa maneira, a aprovação do *Estatuto da Pessoa com Câncer* se inseriu no contexto da proteção dos vulneráveis pelo Direito privado a qual foi impulsionada pela *Constituição Cidadã* ao delinear expressivo rol de direitos fundamentais ancorados na dignidade da pessoa humana enquanto princípio ético-jurídico de maior hierarquia axiológica<sup>9</sup>. Esse estatuto se destinou a assegurar e a

8 O “[...] direito privado tem uma função social, que vai além dos interesses individuais e passa pela proteção dos vulneráveis” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 7).

9 A dignidade humana é valor superior a orientar a hermenêutica jurídica, pois “[...] il concetto di ‘dignità umana’ non è già, esclusivamente, una pretesa contro lo Stato, né è un diritto che possa essere esercitato contro altri, ma è un concetto giuridico costituzionale a livello istituzionale con la c.d. pluralità di effetti: a) nessuna ‘norma’ costituzionale può porsi in contrasto con tale concetto, né il concetto è suscettibile di modificazione mediante revisione costituzionale; b) ogni norma, sia di grado costituzionale, sia di grado subordinato che si ponga in contrasto con detto concetto, va dichiarata inconstituzionale; c) tutta la serie degli atti amministrativi, nonché giurisdizionali non confaceti con il medesimo concetto debbono ritenersi illegittimi” (BARTOLOMEI, 1987, p. 23).

promover, em condições de igualdade, o acesso ao tratamento adequado e o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com câncer (art. 1º), assim entendida aquela que tenha o regular diagnóstico de câncer, nos termos de relatório elaborado por médico devidamente inscrito no conselho profissional, acompanhado por laudos e exames complementares necessários para a correta caracterização da doença (art. 4º, §1º) (BRASIL, 2021a).

O referido estatuto trouxe normas específicas para a tutela das pessoas com essa enfermidade, especialmente no caso das crianças, estabelecendo **doze princípios essenciais**(art. 2º), a saber: respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à não discriminação e à autonomia individual; acesso universal e equânime ao tratamento adequado; diagnóstico precoce; estímulo à prevenção; informação clara e confiável sobre a doença e o seu tratamento; transparência das informações dos órgãos e das entidades em seus processos, prazos e fluxos; oferecimento de tratamento sistêmico referenciado em diretrizes preestabelecidas por órgãos competentes; fomento à formação e à especialização dos profissionais envolvidos; estímulo à conscientização, à educação e ao apoio familiar; ampliação da rede de atendimento e de sua infraestrutura; sustentabilidade dos tratamentos, garantida, inclusive, a tomada de decisão para a prevenção de agravamentos, a socioeficiência e humanização da atenção ao paciente e à sua família (BRASIL, 2021a).

Além disso, o estatuto elencou **vinte objetivos essenciais** (art. 3º) a serem efetivados, destacando-se os seguintes (BRASIL, 2021a): garantir e viabilizar o pleno exercício dos direitos sociais da pessoa com câncer; promover mecanismos adequados para o diagnóstico precoce da doença; garantir o tratamento adequado, nos termos da Lei nº 8.080/1990<sup>10</sup> e da Lei nº 12.732/2012<sup>11</sup>; garantir transparência das informações dos órgãos e das entidades em seus processos, prazos e fluxos e o acesso às informações imprescindíveis acerca da doença e do seu tratamento pelos pacientes e por seus familiares; garantir o cumprimento da legislação vigente a fim de reduzir as dificuldades da pessoa com câncer desde o diagnóstico até a realização do tratamento; fomentar a criação e o fortalecimento de políticas públicas de prevenção e combate ao câncer; contribuir para a melhoria na qualidade de vida e no tratamento da pessoa com câncer e de seus familiares; fomentar a educação e o apoio ao paciente e à sua família; *garantir tratamento diferenciado, universal e integral às crianças e aos adolescentes, priorizando a prevenção e o diagnóstico precoce*; estimular a humanização do tratamento, prestando atenção diferenciada ao paciente e à sua família etc.

O estatuto apresentou, ainda, um rol de **direitos fundamentais**<sup>12</sup> (art. 4º) – *rol entendido*

10 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes no Sistema Único de Saúde (SUS).

11 Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início.

12 Reportando-se ao questionamento de Martín-Retortillo: *Mas, quais são os direitos fundamentais?*, Garcia (2002, p. 122) estabelece um critério significativo para a aferição da fundamentalidade dos direitos, a saber: “o art. 5º, *caput*, da Constituição especifica cinco direitos fundamentais básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos consagrados, quer pelos incisos do art. 5º, quer pelos dispositivos seqüenciais, do mesmo Título II, bem como de toda a Constituição – dado que órgãos, bens, direitos, deveres, instituições refluem, todos, para um destinatário único, o ser humano. Tais direitos fundamentais básicos assim o são, e devem ser, pelos fundamentos do Estado brasileiro, mediante um pacto fundamental firmado a partir de um enfoque do Direito Ocidental, conforme Jorge Miranda, compondo a família constitucional ocidental – portanto, por uma exigência de necessidade. Dentre todos os demais direitos e garantias consagrados pela Constituição – e, ainda, os direitos não expressos mas previstos pela abrangência do §2º do art. 5º, quais deles seriam também



como meramente exemplificativo, podendo ser garantidos outros direitos não expressamente previstos nesse dispositivo - a serem resguardados à pessoa com câncer, tais como (BRASIL, 2021a): obtenção de *diagnóstico precoce*; *acesso a tratamento universal, equânime, adequado e menos nocivo*; acesso a informações transparentes e objetivas relativas à doença e ao seu tratamento; assistência social e jurídica; *prioridade no atendimento*<sup>13</sup>; proteção do seu bem-estar pessoal, social e econômico; presença de acompanhante durante o atendimento e o período de tratamento; acolhimento, preferencialmente, por sua própria família, em detrimento de abrigo ou de instituição de longa permanência, exceto no caso de não possuir condições de manutenção da própria sobrevivência; tratamento domiciliar priorizado e, por fim, o atendimento educacional em classe hospitalar ou regime domiciliar, conforme interesse da pessoa com câncer e de sua família, nos termos do respectivo sistema de ensino.

O estatuto previu **deveres fundamentais**<sup>14</sup> (Capítulo IV) impostos a (BRASIL, 2021a): família, comunidade, sociedade e poder público a fim de assegurar à pessoa com câncer, prioritariamente, a plena efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à assistência social e jurídica, à convivência familiar e comunitária etc. (art. 5º). Nenhuma pessoa com câncer poderá sofrer qualquer tipo de negligência, discriminação ou violência, de modo que todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, implicará em punição na forma da lei (art. 6º, *caput*). Será considerada *discriminação* qualquer *distinção, restrição ou exclusão em razão da doença*, mediante ação ou omissão, com o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento dos direitos assegurados no referido estatuto (art. 6º, §1º). Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação ao estatuto que tenha testemunhado ou tenha conhecimento (art. 6º, §2º) (BRASIL, 2021a). Desse modo, vislumbra-se que, na vigente ordem constitucional, o pertencimento à uma comunidade “[...] assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*” (TORRES, 2001, p. 251).

Além disso, a Lei nº 14.238/2021 disciplinou o desenvolvimento de **políticas públicas de saúde específicas direcionadas à pessoa com câncer a cargo do Estado** (art. 7º), tais como (BRASIL, 2021a): a promoção de ações e campanhas preventivas da doença; a garantia de acesso universal, igualitário e gratuito aos serviços de saúde; a promoção de avaliação periódica do tratamento ofertado ao paciente com câncer na rede pública de saúde, sendo adotadas as medidas necessárias para diminuir as desigualdades existentes; o estabelecimento de normas técnicas e padrões de conduta a serem observados pelos serviços públicos e pri-

---

direitos fundamentais? Todos os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, *caput*. Os demais compõem apenas o quadro dos direitos constitucionais”. Logo, serão considerados direitos fundamentais todos aqueles vinculados diretamente a um dos cinco direitos fundamentais básicos previstos no artigo 5º, *caput* da Constituição: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, consoante demonstrado no critério ora referenciado.

13 O paciente com neoplasia maligna tem direito a se submeter ao primeiro tratamento no SUS em até sessenta dias contados a partir da data da confirmação do diagnóstico, conforme estabelecido no art. 2º da Lei nº 12.732/2012 (BRASIL, 2021a).

14 Sob o prisma das Constituições contemporâneas, enquanto unidades sistêmicas permeadas por princípios e normas com plena aplicabilidade e com força normativa, está-se diante de direitos de titularidade difusa e universal que requerem a inclusão social, política e jurídica de pessoas detentoras de diversidades, de modo que há deveres fundamentais a serem realizados como “[...] o ‘outro lado’ dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2002, p. 529). Então, os deveres fundamentais são a outra face da mesma moeda porque permitem o exercício equilibrado da cidadania e a plenitude da vida em sociedade.

vados de saúde no atendimento à pessoa com câncer; o estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico para a promoção de avanços na prevenção, no diagnóstico e no combate à doença; a promoção de processos contínuos de capacitação dos profissionais que atuam diretamente nas fases de prevenção, diagnóstico e tratamento da pessoa com câncer; a capacitação e orientação de familiares, cuidadores, entidades assistenciais e grupos de autoajuda de pessoas com câncer; a organização de programa de rastreamento e diagnóstico que favoreça o início do precoce do tratamento; a promoção de campanhas de conscientização a respeito de direitos e benefícios previdenciários, tributários, trabalhistas, processuais e de tratamentos de saúde da pessoa com câncer, podendo ser adotadas outras medidas além desse rol exemplificativo de deveres.

Faz-se necessário evidenciar que, *em sua semântica constitucional clássica*, o Estado é uma “[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, de modo que a “[...] politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, limitadora da ação jurídica e política do Estado [...]” (DALLARI, 2011, p. 122). Assim, o bem comum<sup>15</sup> seria a *finalidade precípua* do Estado de Direito, logo, cada Estado definiria as suas finalidades a serem concretizadas, ou seja, cada povo situado em determinado território exigiria o esforço e o discernimento dos seus governantes para que se possa atingir o bem comum geral.

Desse modo, caberia ao Estado, em seu território, a implementação de ações e políticas públicas que atendessem aos anseios e bem comum do seu povo. Porém, como o ente estatal não dispõe de recursos financeiros e orçamentários suficientes para a satisfação de todas as necessidades<sup>16</sup> existentes, ocorrerá uma *escolha* ou *decisão política* dos governantes para a concretização daquelas eleitas como *necessidades públicas* as quais seriam satisfeitas com o dispêndio de divisas públicas.

Assim, o Estado brasileiro satisfaria as necessidades mais prioritárias do seu povo (as necessidades públicas) através de serviços<sup>17</sup> e/ou políticas públicas que deveriam se fundamentar na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais. De acordo com Assmann (1995, p. 8), as políticas públicas são “*metas coletivas conscientes*” e, segundo Aith (2006, p. 232), a “política pública [é] a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção dos direitos humanos.”

A partir dessas concepções, as políticas públicas podem ser apreendidas como *conjuntos ordenados de atos com vistas à satisfação pelo Estado das necessidades públicas de seu povo*, devendo se assentar em *três pilares básicos*: a) estabelecimento de metas, objetivos e fins que atendam ao bem comum do povo situado em determinado território; b) aferição das necessidades públicas a serem implementadas e c) execução das políticas públicas em conformidade com as

---

15 Na concepção de Dallari (2011, p. 112), o bem comum é o “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

16 As necessidades de um povo representam o conjunto de bens e serviços para a satisfação humana, assumindo três espécies: as individuais, as coletivas e as públicas. As necessidades individuais seriam satisfeitas pelo esforço do próprio indivíduo, tais como: alimentação, vestuário, habitação etc.; as necessidades coletivas seriam satisfeitas pelo esforço coordenado da sociedade como, por exemplo, relativas a escolas particulares, oficinas mecânicas, comércio etc. Por fim, as necessidades públicas seriam assumidas pelo Estado que seria responsável por sua efetivação, destacando-se: a manutenção da ordem pública, a defesa nacional, a proteção da ordem interna, a proteção da saúde pública, a previdência social, a proteção trabalhista etc. (CAMPOS, 1995, p. 21).

17 Serviço público é toda atividade material que a lei (*lato sensu*) atribui ao Estado para que, direta ou indiretamente, satisfaça, total ou parcialmente, as necessidades públicas sob o regime jurídico de direito público.

normas da Constituição Federal (a constitucionalidade), dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país (a convencionalidade) e da legislação infraconstitucional (a legalidade).

Especificamente em relação à execução/implementação das políticas públicas, o Estado deverá respeitar os *princípios constitucionais administrativos expressos*: **legalidade** (arts. 5º, inciso II; 37, *caput* e 84, IV, todos da CF); **moralidade administrativa** (arts. 37, *caput* e §4º; 85, inciso V, ambos da CF); **imessoalidade** (arts. 5º, *caput* e 37, *caput*, ambos da CF); **publicidade** (arts. 5º, incisos XXXIII e XXXIV; 37, *caput*, todos da CF); **eficiência** (art. 37, *caput*, da CF) e os *princípios constitucionais administrativos implícitos*: **supremacia do interesse público sobre o privado**; **finalidade**- “radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade” (MELLO, 1991, p. 73) -; **motivação** (arts. 1º, inciso II e parágrafo único e 5º, inciso LXXIII, ambos da CF); **razoabilidade**- “estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade e finalidade” (MELLO, 1991, p. 73) -; **proporcionalidade**- “por ser aspecto específico da razoabilidade também se apóia nos citados fundamentos” (MELLO, 1991, p. 73) - e **responsabilidade objetiva do Estado por atos administrativos** (art. 37, §6º, da CF).

Nesse sentido, as políticas públicas de saúde direcionadas às pessoas com câncer deveriam ser implementadas com fulcro em tais preceitos a fim de impedir o desvirtuamento dos gastos públicos, inviabilizando a concretização de princípios e objetivos fundamentais previstos no *Estatuto da Pessoa com Câncer*. No âmbito do rol exemplificativo de deveres desse estatuto, houve o veto parcial, do então Presidente da República, ao inciso III do art. 7º o qual dispunha sobre a “*garantia do acesso de todos os pacientes aos medicamentos mais efetivos contra o câncer*”, assim justificando:

[...] a proposição contraria o interesse público, tendo em vista que comprometeria o processo estabelecido de análise de tecnologia em saúde no Brasil e afrontaria a equidade em relação ao acesso a tratamentos medicamentosos de outros pacientes portadores de enfermidades igualmente graves, ao pretender garantir oferta de medicamentos apenas para os pacientes portadores de neoplasias malignas - câncer. Ressalta-se que a priorização deveria ser estabelecida por meio de regulação clínica, isso porque o tratamento medicamentoso pode não ser a única modalidade terapêutica necessária para o paciente oncológico, que pode precisar de cirurgia, radioterapia, medicina nuclear, terapias de suporte e cuidados paliativos. Nesse sentido, a proposição conflitaria com as atuais diretrizes diagnósticas e terapêuticas em oncologia. Ademais, deve-se considerar que os recursos são finitos e não devem ser direcionados apenas para uma única estratégia terapêutica na busca por maior efetividade do tratamento, [...] observa-se na propositura existência de elevado risco de comprometimento da sustentabilidade do sistema de saúde (BRASIL, 2021b).

**É notório que a presente justificativa para o veto parcial não se sustenta juridicamente** porque, basicamente, alicerça-se na tese da “reserva do possível” no intuito de cercear a efetividade dos direitos fundamentais à vida e à saúde da pessoa com câncer, mormente no caso das crianças, inviabilizando a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, restando, assim, aos cidadãos a judicialização do

direito social fundamental à saúde<sup>18</sup>, especialmente para o fornecimento de medicamentos, a fim de garantir esse direito.

O estatuto estabeleceu que a pessoa com câncer em situação de vulnerabilidade social deveria ter acesso facilitado à todas as políticas, especialmente sociais, incluindo aquelas previstas na Lei Orgânica da Assistência Social. Além disso, o poder público deveria promover o acesso dessa pessoa ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Poder Judiciário em todas suas instâncias, tendo acesso a incentivos fiscais e subsídios, sendo facilitado o andamento dos procedimentos de diagnóstico e tratamento do câncer (arts. 8º e 9º) (BRASIL, 2021a). Logo, entende-se que o *Estatuto da Pessoa com Câncer* se configurou como um microssistema jurídico.

O termo “microssistema” foi criado por Natalino Irti para designar leis que não se limitavam a certas matérias, possuindo regras que se espalhavam por diferentes ramos do Direito (civil, administrativo, processual etc.) porque cada microssistema é “[...] auto-suficiente do ponto de vista hermenêutico, já que cada estatuto traz normalmente os próprios princípios interpretativos” (NOVAIS, 2001, p. 149). A noção de microssistema jurídico implica, necessariamente, a existência de regras reunidas por elementos unificadores ou por um conjunto axiológico mínimo (princípios e valores comuns).

A concepção de microssistema jurídico implica, ainda, a noção de limite, autorizando a identificar o que está dentro e o que entra daquilo que sai ou permanece fora desse sistema (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 178). O “[...] direito é um *sistema organizado* de valores, de princípios, de instrumentos técnicos etc. expresso por regras precisas das quais não se podem desprezar os fundamentos nem as manifestações concretas ou formais” (BERGEL, 2006, p. XXVI, grifo do autor).

O microssistema jurídico também é *dinâmico* porque permite incorporar regras e princípios, enfim, valores comuns que estão em contínua transformação ao longo do tempo, acompanhando a própria evolução do ser humano e das necessidades de convivência social. Nesse sentido, o *Estatuto da Pessoa com Câncer* se mostrou um microssistema necessário para a mais ampla tutela jurídica das pessoas vulneráveis acometidas pelo câncer, apresentando doze princípios essenciais (art. 2º) e vinte objetivos fundamentais (art. 3º), além de direitos e deveres fundamentais, que se consubstanciam em elementos unificadores desse conjunto axiológico para a proteção das pessoas com neoplasia maligna.

Desse modo, tal microssistema possui unidade sistêmica garantida pelos valores a ele incorporados na medida em que o alicerçam e o estruturam, enquanto conjunto ordenado, orientando a interpretação e a aplicação de suas normas. Esse conjunto axiológico decorre de seus

---

18 “No Brasil, a judicialização da saúde é realidade diuturna nos tribunais em razão do elevado número de ações judiciais requerendo a efetivação desse direito social, seja para fornecimentos de medicamento, tratamentos médicos e cirurgias de média a alta complexidade, de obtenção de leitos hospitalares para internação etc., buscando a prestação direta do direito à saúde em face do Estado e de seus entes federativos. Tal situação acarreta inúmeras demandas judiciais em face da Administração Pública que deverão cumprir de imediato as decisões judiciais proferidas, normalmente em sede de liminares e tutelas de urgência, para a promoção material da saúde que não foi implementada pelas políticas públicas. O número exacerbado de demandas judiciais indica que há omissão do Estado na implementação dos mais diversos tipos de políticas públicas de saúde, faltando atenção adequada à necessidade de se primar pela universalidade do atendimento público consoante preceitos constitucionais e da Lei nº 8.080/1990” (MARTINS; AFONSO, 2020, p. 95).

princípios fundantes porque representam “[...] certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” (REALE, 1999, p. 305).

Embora haja posicionamento no sentido de que o *Estatuto da Pessoa com Câncer* não assegurou “novos direitos” às pessoas com câncer, não sendo um “estatuto”<sup>19</sup>, defende-se nessa pesquisa a sua importância como *microsistema jurídico na proteção dos vulneráveis*, mais especificamente, das crianças com câncer, realizando um diálogo com outras leis, inclusive o ECA, a Lei nº 8.080/1990 e a Lei nº 12.732/2012 e, especialmente, com a Constituição Federal de 1988.

Portanto, a proteção jurídica das crianças com câncer deverá estar alicerçada tanto no ECA, quanto no *Estatuto da Pessoa com Câncer*, num interação contínua entre tais microsistemas – o chamado *diálogo das fontes*<sup>20</sup> - a fim de que haja efetiva e integral proteção dos infantes vulneráveis submetidos a dolorosos e extenuantes tratamentos para o enfrentamento da neoplasia maligna, especialmente mediante a adoção de atividades terapêuticas lúdicas como direito humano e fundamental dessas pessoas em desenvolvimento.

## 2 O ATO DE BRINCAR COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL DO INFANTE

As atividades **lúdicas** devem estar presentes no desenvolvimento da criança desde a primeira infância, inclusive as brincadeiras são componentes importantes da educação infantil<sup>21</sup>. O ato de brincar é condição *sine qua non* para o integral desenvolvimento **físico**, psíquico e social das crianças, enquanto pessoas em formação, porque, atualmente, as atividades lúdico-educativas se enquadram na categoria de direito humano e fundamental<sup>22</sup> da pessoa em idade pueril.

No tratamento oncológico a ser ministrado aos infantes será imperiosa a consideração do “[...] universo peculiar da criança para entendê-la, [...] [mediante] a preocupação de praticar um cuidado voltado para as necessidades da criança, considerando aspectos particulares do

---

19 “Em linhas gerais trata-se de um diploma legal que busca assegurar os direitos da pessoa com câncer, especialmente no que se refere à saúde. Mas o Estatuto ainda traz outros diversos temas. Nesse sentido, *vislumbramos que não trouxe um verdadeiro conjunto de novos direitos, tal como ocorreu com o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) e com o Estatuto do Idoso (lei 10.743/03), diplomas legais que compõem efetivamente a noção de um estatuto, isto é, um conjunto sistemático e organizado de novas regras e direitos estabelecidos dentro de um determinado escopo*. A nosso ver, o Estatuto da Pessoa com Câncer, tirante os direitos relativos à saúde da pessoa humana (matéria que não será objeto deste artigo), *apenas evidencia e reafirma direitos já existentes no ordenamento jurídico*, inclusive os aspectos trabalhistas e previdenciários que procuraremos abordar neste texto” (SERAU JUNIOR, [2021], grifo nosso).

20 No Brasil, foi proposta por Cláudia Lima Marques a partir da teoria desenvolvida pelo jurista alemão Erik Jayme, assim entendida: “[...] o método do diálogo das fontes é valorativo e inovador: promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais” [...] “trata-se de uma visão atualizada e coerente do antigamente “conflito de leis no tempo”, e neste sentido serve a toda a teoria geral do direito. O intérprete pode dela se utilizar, não só no direito do consumidor, mas sempre que estiver presente um sujeito com direitos fundamentais ou em jogo valores constitucionais, pois fornece um caminho, um instrumento metodológico seguro e útil, a seguir” (MARQUES, 2012, p. 17).

21 O ato de “[...] brincar, movimentar-se, interagir com parceiros são ações intrinsecamente motivadas no ser humano, e a criança é concebida como um ser ativo e auto-determinado [...]” (LORDELO; CARVALHO, 2003, p. 18-19).

22 A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é mais de cunho didático, pois a essência de tais direitos é a mesma, ou seja, ambos visam à proteção da dignidade humana em sua integralidade, residindo sua diferenciação tão somente no grau de concreção positiva: positividade no âmbito interno dos Estados ou positividade no plano internacional em tratados internacionais de direitos humanos.



desenvolvimento, para melhorar a compreensão e a interação” (SANTOS *et. al.*, 2013, p. 650), especialmente na adoção de medidas terapêuticas para o enfrentamento do câncer.

Tal direito está previsto em normas constitucionais dos Estados Democráticos de Direito e no plano internacional, seja no sistema global de proteção aos direitos humanos das Nações Unidas (ONU), seja no âmbito do sistema regional de proteção aos direitos humanos que se divide em subsistemas como o europeu, o africano, o asiático e o interamericano que é aplicável ao Brasil.

No âmbito do sistema onusiano, o ato de brincar é direito humano previsto na *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, aprovada pela Resolução nº 1.386 da Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1959, porque a criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando aos propósitos da sua educação, de modo que a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo desse direito (*Princípio 7, terceira parte*) (UNICEF, [2022]). Essa norma internacional alterou o paradigma existente até então acerca da criança que “[...] deixou de ser considerada objeto de proteção (recipiente passivo), para ser erigida a sujeito de direito e [...] a *infância* passou a ser considerada um sujeito coletivo de direitos” (ROSSATO; LÉPORE, 2011, p. 39, grifo do autor). Apesar de direcionada ao infante, essa declaração não possuía força coercitiva, sendo uma carta de intenções ou enunciação de direitos, carecendo de coercibilidade sem que “[...] o seu cumprimento pudesse ser exigido dos Estados Partes. Trata-se de um problema comum às Declarações de Direitos, que exigem complementação [...]” (ROSSATO; LÉPORE, 2011, p. 40).

Portanto, a fim de “juridicizar” essa declaração, em 20 de novembro de 1989, houve a adoção, pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral da ONU, da *Convenção sobre os Direitos da Criança*, na condição de tratado internacional de direitos humanos, sendo ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990<sup>23</sup>. Em seu art. 1º, a convenção estabeleceu que criança seria todo ser humano *menor de dezoito anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria fosse alcançada antes*. O art. 3º, *parte primeira*, estabeleceu que todas as ações relativas às crianças realizadas por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, deveriam considerar, *primordialmente*, o interesse maior da criança (BRASIL, 1990a).

Especificamente no art. 31, tal convenção previu que os Estados-Partes deveriam reconhecer o direito da criança *ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade*, bem como à livre participação na vida cultural e artística, ou seja, explicitamente se garantiu o direito humano de brincar. Além disso, os Estados-Partes deveriam respeitar e promover o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística, encorajando a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para a participação da vida cultural, artística e recreativa, incluindo o lazer (BRASIL, 1990a).

O art. 32 da *Convenção dos Direitos da Criança* estabeleceu que os Estados-Partes

---

23 Os tratados internacionais de direitos humanos, ao serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, adquirem a natureza jurídica de normas constitucionais, materialmente constitucionais (art. 5º, §2º, da CF) e normas material e formalmente constitucionais se forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, §3º, da CF). Logo, a Constituição concedeu hierarquia especial aos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais, inclusive da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao serem ratificados pelo país e incorporados ao seu direito interno.



reconheceriam o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que pudesse ser perigoso ou interferisse em sua educação, ou seja, fosse nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social (BRASIL, 1990a).

Analisando os artigos desta convenção internacional, verifica-se que as suas diretrizes e os direitos nela resguardados se pautaram no critério do “[...] *bestinterestofthechild* – superior interesse da criança, estabelecendo a obrigação dos Estados de respeitar as responsabilidades, direitos e obrigações dos pais de prover direção apropriada para o exercício, pela criança, dos direitos reconhecidos na Convenção” (ROSSATO; LÉPORE, 2011, p. 42).

Em conformidade com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos das crianças, a Constituição brasileira de 1988 elegeu a proteção à infância como direito social fundamental (art. 6º, *caput*), acolhendo, no Capítulo VII do Título VIII - Da Ordem Social, a *Doutrina da Proteção Integral* embasada em **dois macro princípios**: o da *prioridade absoluta*<sup>24</sup> e o do *interesse superior da criança e do adolescente ou melhor interesse*<sup>25</sup> o qual se fundamentou no *Princípio 2 da Declaração Universal dos Direitos da Criança*<sup>26</sup> e no art. 3º da *Convenção dos Direitos da Criança*<sup>27</sup>. O art. 227 da Constituição estabeleceu o dever e a responsabilidade do Estado, da sociedade e da família com a criança, o adolescente e o jovem com *absoluta prioridade*, garantindo o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e o respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, sendo dever dos pais a assistência, criação e educação dos filhos menores (art. 229) (BRASIL, 1988).

Em conformidade com essas diretrizes, o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA), aprovado pela Lei nº 8.069/1990, também acolheu a *Doutrina da Proteção Integral* reconhecendo que as crianças e os adolescentes são *cidadãos plenos* (sujeitos de direito) com proteção prioritária em razão de serem pessoas em desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em

---

24 Segundo Amin (2021, p. 74), o princípio da prioridade absoluta possui alcance amplo e irrestrito, pois “estabelece a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve ser analisado com preponderância. Não comporta indagações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte”.

25 O “[...] princípio do melhor interesse tem sua origem histórica no instituto do *parens patriae* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos. [...] o princípio do interesse superior ombreia o princípio da prioridade absoluta sempre que acionado, pois complementares. Se na formulação do orçamento deve se dar primazia a políticas, programas e ações que se digam respeito a direitos de crianças e adolescentes, é porque também cabe ao poder público adotar medidas necessárias para garantir políticas de bem-estar que direta ou indiretamente reflitam nos interesses infanto-juvenis. Isso é aplicar o princípio do melhor interesse” (AMIN, 2021, p. 84-85, 87).

26 “Princípio 2. A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança” (UNICEF, 2022).

27 “Art. 3º 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados-Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados-Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada” (BRASIL, 1990a).

condições de liberdade e de dignidade (art. 3º). A proteção integral de crianças e adolescentes impõe a concreção ampla dos seus direitos na sociedade em todas as esferas, desde o Poder Legislativo até o Poder Judiciário, pois a “[...] Proteção Integral deve guiar o comportamento de governantes e governados, em ações ou abstenções (ou, caso se prefira, no agir de forma comissiva ou omissiva), pois [crianças e adolescentes] são os destinatários finais das normas jurídicas em geral” (OLIVA, 2006, p. 101). O rol de garantias, meramente exemplificativo, previstas no art. 4º e no art. 100, inciso II, ambos do ECA<sup>28</sup>, referenciam a prioridade absoluta na efetivação de direitos, programas, ações e políticas em favor de crianças e adolescentes.

Portanto, à luz da Constituição Cidadã, o ECA se orientou pela aplicação ampla da proteção integral e do melhor interesse do infante, elevando ao “[...] nível máximo de validade e eficácia as normas referentes às crianças e aos adolescentes [...]” (ROSSATO; LÉPORE, 2011, p. 48). Segundo o ECA, *criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente entre doze e dezoito anos de idade* (art. 2º), sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, *com absoluta prioridade*, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, *ao lazer*, à profissionalização, à cultura, à dignidade etc. (art. 4º, ECA) (BRASIL, 1990b). Evidencia-se, ainda, o direito à liberdade que compreende atos de brincar, praticar esportes e divertir-se (art. 16, inciso IV, do ECA). Enfim, todos os direitos ora elencados são peculiares à condição de pessoa em desenvolvimento das crianças (art. 71 do ECA) (BRASIL, 1990b).

Na proteção ao infante, além das normas do ECA, tem-se a Lei nº 13.257/2016, conhecida como *Marco Legal da Primeira Infância*, que trouxe, de modo complementar, princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância compreendida como os primeiros seis anos completos ou setenta e dois meses de vida da criança (art. 2º). Tal lei também acolheu o superior interesse da criança, na condição de sujeito de direitos e pessoa cidadã, no intuito de estabelecer as políticas públicas voltadas ao atendimento de seus direitos nesse período (art. 4º, inciso I). Dentre os direitos prioritários para as políticas públicas na primeira infância, estão *brincar* e o *lazer*, além de saúde, alimentação e nutrição, educação, convivência familiar etc. (art. 5º) (BRASIL, 2016). Logo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão organizar e estimular a *criação de espaços lúdicos* que propiciem o bem-estar, o *brincar* e o exercício da criatividade na primeira infância (art. 17) (BRASIL, 2016, grifo nosso).

O privilégio e a primazia dados à primeira infância, caso seja necessário repartir recursos ou fazer escolhas – e normalmente é –, têm justificativa de ordem técnica. É nessa etapa da vida que são formadas três importantes estruturas cerebrais:

---

28 “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Art. 100. [...] II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares” (BRASIL, 1990b).

flexibilidade cognitiva, memória de trabalho e controle inibitório. Trata-se de funções que permitem armazenar informações de curto prazo extremamente relevantes para a organização de rotinas e a realização de tarefas do dia a dia. É também durante essa fase que se formam as primeiras conexões do lobo frontal que auxiliam a concentração, habilidade que permitirá ler um texto, compreendê-lo, tomar decisões, identificar erros e acertos. A primeira infância, principalmente em seus 3 primeiros anos, é um período de grande intensidade e desenvolvimento emocional, gerando consequências por toda a vida (AMIN, 2021, p. 74-75).

Portanto, é notório que o direito de brincar está garantido a todas as crianças no Brasil desde a primeira infância, seja por força das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo país, seja pela força normativa da Constituição de 1988 que fundamenta a validade da legislação infraconstitucional ao reconhecer, em diferentes preceitos normativos, o pleno exercício de tal direito aos infantes. Dessa maneira, os direitos e garantias fundamentais assegurados às crianças pela Constituição Federal possuem *absoluta prioridade*, principalmente o direito fundamental de brincar que está intrinsecamente relacionado aos direitos ao lazer e à educação.

O brincar e a interação com as pessoas promovem o aprendizado infantil e impulsionam seu desenvolvimento nos aspectos físicos, cognitivos e emocionais, levando a criança a explorar o mundo e adquirir sua autonomia. Dentro dos microsistemas preconiza-se o brincar como algo tão importante para a criança quanto a alimentação, o carinho dos pais e sua moradia. A criança independente de sua raça, religião ou classe social, exercita o ato de brincar, inerente à sua própria natureza (SILVA; RAMOS; FONSECA, 2006, p. 12).

Assim, somente através da promoção e garantia da proteção integral e do melhor interesse das crianças em todas as esferas de sua vida, na família, nas escolas, nos clubes e, em especial, nos hospitais, será possível a efetividade do direito humano e fundamental de brincar, principalmente ao implementar o tratamento lúdico contra o câncer o infantil.

### **3 O ESTATUTO DA PESSOA COM CÂNCER E O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DAS CRIANÇAS AO TRATAMENTO ONCOLÓGICO LÚDICO**

Enquanto microsistema jurídico, o *Estatuto da Pessoa com Câncer* procurou resguardar, de modo prioritário, os direitos à saúde e à vida das pessoas acometidas pelo câncer consoante fundamentação prevista ao longo dos seis capítulos que o integram<sup>29</sup>. Vislumbra-se, assim, tratar-se de um *microsistema jurídico*, com normas de ordem pública, caráter cogente e interesse social para a mais ampla proteção das pessoas com neoplasia maligna, especialmente as crianças, consideradas sujeitos vulneráveis em desenvolvimento, necessitando de ampla proteção do Estado e da sociedade como um todo.

---

29 Capítulo I - Disposições Preliminares; Capítulo II - Dos Princípios e dos Objetivos; Capítulo III - Dos Direitos Fundamentais; Capítulo IV - Dos Deveres; Capítulo V - Do Atendimento Especial às Crianças e aos Adolescentes; Capítulo VI - Disposições Finais (BRASIL, 2021a).

Nesse sentido, não se pode olvidar que a saúde é *direito social fundamental* (arts. 6º e 196, ambos da CF), decorrente do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF), impondo ao Estado e à sociedade vários deveres para a realização de ações e políticas públicas tendentes a proteger a integridade físico-psíquico-social das pessoas. No *Informe Técnico nº 571*, a Organização Mundial da Saúde estabeleceu que a saúde não é entendida como mera ausência de enfermidade, mas se apresenta como um *estado ótimo de bem-estar físico, mental e social*, estando em harmonia com o trabalho, o ócio, o lazer, enfim, a vida em geral do ser humano (OMS, 1975, grifo nosso). Logo, o reconhecimento do direito à saúde possui implicações éticas porque “[...] onde não estiver sendo feito um real e significativo esforço para que todos os seres humanos gozem, efetivamente, do direito à saúde estará havendo discriminação, ofensa à integridade física e mental de seres humanos, degradação da dignidade das pessoas excluídas” (DALLARI, 2003, p. 78).

Enquanto um *estado ótimo de bem-estar físico, mental e social*, a saúde deverá ser efetivada para as pessoas com câncer, especialmente para as crianças -pessoas até doze anos de idade incompletos (art. 2º do ECA) – ainda que estejam realizando procedimentos para o combate ao câncer. Desse modo, o tratamento oncológico, além de prioritário e especial, deverá ser *lúdico*, enquanto direito público subjetivo das crianças, pautando-se no *ato de brincar*. As brincadeiras se constituem em direito humano e fundamental do ser humano desde a infância, sendo previstas em normas pátrias e no sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

As atividades lúdicas deverão estar presentes no desenvolvimento da criança desde a *primeira infância* (art. 2º da Lei nº 13.257/2016) porque se apresentam como componente importante da educação infantil. O ato de brincar é, pois, “[...] de fundamental importância para a saúde e o desenvolvimento físico, emocional, mental e social do ser humano. As brincadeiras são importantes para a manutenção de um equilíbrio entre o racional e o emocional, entre o externo e o interno” (CHALITA; ALVIM, 2021, p. 253).

No extenuante tratamento contra o câncer infantil - que envolve quimioterapia, hospitalização, cirurgia, mudanças na rotina de vida da criança, ausências escolares etc. -, há um processo traumático e doloroso a ser enfrentado tanto pela criança, quanto pelos pais e demais familiares<sup>30</sup>. Assim, o tratamento a ser prescrito **às crianças** deverá se pautar sempre pela *minimização do sofrimento*, envolvendo *atividades lúdicas e educativas* “[...] como instrumento de distração, proporcionando prazer e alegria, pois, ao brincar, a criança viaja para outro mundo, em que ela não percebe os procedimentos que estão sendo realizados em seu corpo [...]” (DEL PINO; PEREIRA, 2017, p. 26).

Corroborando tais preceitos, o *Estatuto da Pessoa com Câncer* estabeleceu, em prol das crianças com câncer, além dos direitos previstos no art. 4º, o *direito ao atendimento especial e prioritário* a partir da confirmação ou da suspeição da neoplasia maligna, em todas as fases da doença, mediante o tratamento universal e integral para a prevenção e o diagnóstico precoce (art.

---

30 O “[...] tratamento contra o câncer infantil demanda um tempo considerável de hospitalização, onde a criança acaba sendo submetida a procedimentos invasivos e dolorosos, como é o caso da quimioterapia e seus efeitos colaterais, existindo como agravante pouca ou nenhuma explicação sobre os procedimentos aos quais será submetido, deixando o infante ainda mais apreensivo. Além disto, o tratamento desencadeia prejuízos físicos, emocionais e sociais que poderão deixar marcas que a acompanharão para o resto de sua vida (CASTRO *et al.*, 2010)” (DEL PINO; PEREIRA, 2017, p. 26).

10) (BRASIL, 2021a, grifo nosso).

Sob esse prisma interpretativo, o tratamento oncológico lúdico se constitui em direito público subjetivo das crianças a ser garantido pela ordem jurídica brasileira e efetivamente implementado por todos os agentes envolvidos nesse processo<sup>31</sup> (médicos, psicólogos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, hospitais, clínicas etc.) porque a “[...] atividade lúdica não se resume apenas à distração e à diversão, mas pode ser considerada como recurso para desenvolver habilidades. [...] a criança vai se descobrir, inventar, exercitar e estimular sua criatividade, resgatando sua condição de ‘ser criança’ [...]” (DEL PINO; PEREIRA, 2017, p. 26).

Tal interpretação decorre da proteção conferida à criança pela Constituição de 1988, pelo *Estatuto da Pessoa com Câncer* e pela legislação pátria, almejando a equidade na aplicação das normas com ênfase na dignidade humana e na cidadania dessas pessoas em desenvolvimento, havendo o respeito de seus direitos fundamentais (vida, educação, saúde, alimentação etc.) na qualidade de bens jurídicos. Desse modo, a criança em tratamento de câncer poderá passar de modo mais digno e menos desgastante por todo o processo terapêutico para o enfrentamento de tal enfermidade com a adoção de atividades lúdicas e educacionais no intuito de afetar minimamente o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

## CONCLUSÃO

No Brasil, o direito humano e fundamental de brincar foi garantido a todas as crianças em razão de normas internacionais de proteção aos direitos humanos ratificadas pelo país e recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 que, sob o amparo de diferentes preceitos e princípios, afirmou o pleno exercício desse direito com *absoluta prioridade aos infantes*, estando intrinsecamente relacionado aos direitos ao lazer e à educação.

Em consonância com a *Declaração Universal dos Direitos da Criança* (1959) e a *Convenção dos Direitos da Criança* (1989), a Constituição Cidadã elegeu a proteção à infância como direito social fundamental (art. 6º, *caput*, da CF), acolhendo a *Doutrina da Proteção Integral* embasada nos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança enquanto pessoa humana em desenvolvimento que tenha idade até doze anos incompletos, consoante previu o art. 2º do ECA. Somente através da proteção integral e do melhor interesse das crianças (sujeitos de direito em desenvolvimento), o direito humano e fundamental de brincar se mostrará efetivo como parte integrante e indissociável do plexo de direitos e garantias resguardados a tais seres humanos.

Nesse contexto, em 19 de novembro de 2021, veio a lume a Lei nº 14.238, denominada de *Estatuto da Pessoa com Câncer*, que estabeleceu a necessária tutela jurídica das pessoas vulneráveis acometidas pelo câncer, apresentando princípios essenciais (art. 2º), objetivos fundamentais (art.

31 “Esse envolvimento que aproxima o profissional da criança e de sua família, nas situações de câncer, é fruto da construção de uma relação de ajuda e confiança que envolve empatia, congruência e aceitação positiva incondicional e consolida uma referência também nos momentos mais frágeis. Estando disponível ao lado da família nos momentos difíceis representa o envolvimento com os sentimentos dos familiares e a relação próxima estabelecida pelos enfermeiros, como parte do processo de humanização” (SANTOS; SILVA *et al.*, 2013, p. 650).



3º), direitos fundamentais (art. 4º), deveres fundamentais (arts. 5º a 9º) e diversas diretrizes para a implementação de políticas públicas de saúde específicas e direcionadas às pessoas com câncer. Enfim, aprovou-se um *microsistema jurídico* integrado por um conjunto axiológico direcionado à proteção das pessoas com neoplasia maligna, especialmente no caso das crianças. Desse modo, tal microsistema jurídico - vocacionado à proteção dos vulneráveis - possui unidade sistêmica embasada em valores que o alicerçam e o estruturam, orientando a interpretação e a aplicação de suas normas no país.

Portanto, foi essencial a apreensão do significado e do alcance do direito humano e fundamental de brincar para todas as crianças, inclusive no âmbito do extenuante tratamento contra o câncer infantil – que envolve quimioterapia, cirurgia, medicamentos com diversos efeitos colaterais, mudanças na rotina de vida e de estudo etc. - por se tratar de um processo traumático e doloroso enfrentado por paciente, pais e demais familiares da criança.

Ante a aprovação do *Estatuto da Pessoa com Câncer*, conformou-se juridicamente a tutela e garantia do *tratamento oncológico lúdico, prioritário e especial* (direito público subjetivo) de todas as crianças - enquanto pessoas em desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social -, baseado no *ato de brincar* como direito humano e fundamental, pautando-se, ainda, na minimização do sofrimento ante a **prevalência do melhor interesse das crianças**. A saúde não é mera ausência de enfermidades, mas deve ser compreendida como um *estado ótimo de bem-estar físico, mental e social* a ser efetivada na vida das pessoas acometidas pelo **câncer, especialmente as crianças** mais vulneráveis submetidas a procedimentos diversos para o combate a tal enfermidade.

Com fulcro numa interpretação lógico-sistemática e teleológica das normas constitucionais e internacionais de proteção aos direitos humanos, do *Estatuto da Pessoa com Câncer*, do ECA, das Leis sob nº 8.080/1990, 12.732/2012, 13.257/2016, bem como do uso do *diálogo das fontes*, vislumbrou-se a possibilidade de concretude do *tratamento oncológico infantil lúdico, prioritário e especial*, pautado em brincadeiras e demais atividades recreativas e educacionais, no intuito de garantir melhores condições de vida e saúde às crianças fragilizadas pelo câncer.

Tais direitos amparam os vulneráveis, especialmente os gurus, que necessitam ser tutelados com maior igualdade, dignidade, não discriminação e proteção integral a fim de minimizar as desigualdades sociais e econômicas transpostas no âmbito do enfrentamento da neoplasia maligna, pois muitos nem conseguem o acesso aos cuidados terapêuticos básicos, o que deve ser rechaçado num Estado Democrático e Social de Direito.

A imposição de deveres ao Estado e à sociedade como um todo pelo *Estatuto da Pessoa com Câncer* – na qualidade de microsistema jurídico – mostrou-se providencial e necessária, não sendo mais uma norma de cunho programático, mas sim um arcabouço normativo a ser concretizado via *políticas públicas nacionais, regionais e locais* (arts. 24, incisos XII e XV; 196 e seguintes da CF) a fim de permitir o gozo amplo e efetivo a tais direitos e garantias fundamentais dos infantes acometidos pela neoplasia maligna.

As escolhas dos agentes políticos pela implementação de políticas públicas para o tratamento do câncer infantil devem se nortear por uma atuação baseada na mediania, isto é, com consciência e discernimento racionais entre o bem e o mal e não se basear em vantagens pessoais e eleitoreiras. Apesar de o *agir*



*ético serocaminho mais dificultoso da política*, pois implicaria em renúncia às paixões e egoísmos humanos, dever-se-á adotá-lo para a concretização dos direitos das crianças em tratamento da neoplasia malignas nos termos do *Estatuto da Pessoa com Câncer*, redimensionando-se as políticas públicas, caso contrário, o Direito, a Constituição e as leis serão “letras mortas”. Então, muito há que se discutir e debater para a implementação efetiva desse estatuto a fim de garantir o tratamento oncológico lúdico a todas as crianças acometidas pelo câncer, inclusive sob o prisma financeiro e orçamentário, no intuito de viabilizar as necessárias políticas públicas.

Essa interpretação compatibiliza, no âmbito do Constitucionalismo do século XXI, os fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito – especialmente a cidadania e a dignidade da pessoa humana - com o objetivo de se construir, no Brasil, uma comunidade mais fraterna, pluralista e solidária para as futuras gerações, minimizando a pobreza e a marginalização sociais, mormente durante o tratamento oncológico de crianças.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-246.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 71-91.

ASSMAN, Hugo. Carta a Santo Agostinho sobre coisas de hoje. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 out. 1995. Caderno Cultura, p. D8-D9.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 249, p. 1-42, abr. jun. 2005. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 2 dez. 2022.

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: Italia. G. Giappichelli Editore, 1987.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

constituicao.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.238, de 19 de novembro de 2021**. Institui o Estatuto da Pessoa com Câncer e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14238.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14238.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Mensagem nº 594, de 19 de novembro de 2021**. Veto parcial ao Estatuto da Pessoa com Câncer. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-594.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito financeiro e orçamentário**. São Paulo: Atlas, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac; ALVIM, Marcia Cristina de Souza. **O estatuto da criança e do adolescente no Brasil: o direito de brincar**. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; JUNQUEIRA, Michelle Asato (org.). **Estatuto da criança e do adolescente após 30 anos: narrativas, ressignificados e projeções**. Londrina: Thoth, 2021. v. 1, p. 247-259.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética sanitária**. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. p. 62-81.

DEL PINO, Camila; PEREIRA, Vinícius Tonollier. Ludoterapia durante o tratamento contra o câncer infantil: revisão integrativa de literatura. **Revista Psicologia em Foco**, Frederico Westphalen. v. 9 n. 14, p. 26-44, dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/psicologiaemfoco/article/view/2132.htm>. Acesso em: 2 dez. 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da**

responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 115-123, abr./jun. 2002.

LORDELO, Eulina da Rocha; CARVALHO, Ana Maria Almeida. Educação infantil e psicologia: para que brincar? **Revista**

**Psicologia, Ciência e Profissão**, Brasília, v. 23, n. 2, p. 14-21, jun. 2003. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932003000200004&lng=pt&nr m=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932003000200004&lng=pt&nr m=iso). Acesso em: 2 dez. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Juliane Caravieri; AFONSO, Igor Vinícius de Lima. O direito e acesso à justiça efetiva e em tempo razoável e o pacto de San José da Costa Rica na proteção do direito à saúde. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 81-100, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p81.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**: com as alterações promovidas pela Lei n. 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite de idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos. São Paulo: LTr, 2006.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Detección precoz del deterioro de la salud debido a la exposición profesional**. Ginebra: OMS, 1975. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/40891>. Acesso em: 2 dez. 2022.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Direitos trabalhistas das crianças, adolescentes e jovens**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Maiara Rodrigues dos; SILVA, Lucia; MISKO, Maira Deguer; POLES, Kátia; BOUSSO, Regina Szyllit. Desvelando o cuidado humanizado: percepções de enfermeiros em oncologia pediátrica. **Revista Texto & Contexto Enfermagem**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 646-653, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-07072013000300010>.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Repercussões trabalhistas e previdenciária do estatuto da

pessoa com câncer (Lei 14.238/21). **Migalhas**, [S. l.], [2021]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356315/repercussoes-trabalhistas-do-estatuto-da-pessoa-com-cancer>. Acesso em: 2 dez. 2022.

SILVA, Silvana Maria Moura da; RAMOS, Aidyl Macedo de Queiroz Pérez; FONSECA, Eneida Simões da. Direito de brincar da criança brasileira: subsídios das políticas públicas. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 10, n. 2, p. 01-23, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

UNICEF. **Os direitos das crianças e dos adolescentes**: legislação, normativas, documentos e declarações. [2022]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>. Acesso em: 2 dez. 2022.

**Como citar:** MARTINS, Juliane Caravieri. O Estatuto da Pessoa com Câncer e o direito das crianças ao tratamento oncológico lúdico: microssistema jurídico em favor dos vulneráveis. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 30-51, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p30-51. ISSN: 2178-8189.

**Recebido em:** 02/12/2022.

**Aprovado em:** 18/02/2022.

## A UTILIZAÇÃO DO *DUMPING* SOCIAL PELO CAPITALISMO DE PLATAFORMA: O PROCESSO DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO

THE UTILIZATION OF SOCIAL DUMPING BY  
THE PLATFORM CAPITALISM: THE LABOR  
UBERIZATION PROCESS

Izabela Ambo Okusiro\*

Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff\*\*

\*Mestranda em Relações Internacionais (Universidade Federal de Santa Maria, UFSM/RS). Graduada em Relações Internacionais (Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG)  
E-mail: izabela.ambo@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5892-1636>

\*\*Docente (Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG). Doutora em Direito Internacional (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS/RS)  
Mestre em Direito Público (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, RS)  
E-mail: [tatiafrcardoso@gmail.com](mailto:tatiafrcardoso@gmail.com)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9912-9047>

**Como citar:** OKUSIRO, Izabela Ambo; SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. A utilização do *dumping* social pelo capitalismo de plataforma: o processo da uberização do trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 52-74, nov. 2023. DOI: 10.5433/21788189.2023v27n3p52-74. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O presente trabalho visa estudar as atividades das empresas de aplicativo, as quais configuraram o processo de “uberização do trabalho”, na qual a ascensão de plataformas digitais, cujo objetivo central é de conectar prestadores de serviço e clientes demandantes, solidificou a terceirização do trabalho e aprofundou a exploração laboral. Para tanto, parte-se do pressuposto de que o *dumping* social, caracterizado pela retirada de direitos trabalhistas para aumentar a margem de lucro do empresário, é característica primordial do fenômeno. Desta forma, faz-se uma análise histórico-explicativa do conceito de *dumping* social, e uma pesquisa descritiva sobre as bases constituintes do capitalismo de plataforma. Portanto, seguindo o método hipotético-dedutivo de abordagem e utilizando-se das técnicas bibliográfica e documental de procedimento, concluiu-se que as empresas de aplicativo utilizam o *dumping* social para aumentar suas margens de lucro, o que confirma o processo de uberização do trabalho.

**Palavras-chave:** uberização do trabalho; *dumping* social; capitalismo de plataforma; empresas de aplicativo; precarização laboral.

**Abstract:** This work aims to study the activities of app companies, which configured the process of “uberization of work”, in which the rise of digital platforms, whose main objective is to connect service providers and demanding customers, solidified the outsourcing of work and deepened labor exploitation. Therefore,

we part from the assumption that social dumping, characterized by the withdrawal of labor rights to increase the profit margin of the entrepreneur, is a primordial characteristic of the phenomenon. In this way, a historical-explanatory analysis of the concept of social dumping will be carried out, as well as a descriptive research on the constituent bases of such phenomenon. Hence, following the hypothetical-deductive method of approach and the bibliographic and documentary techniques of procedure, it is concluded that app companies use social dumping to increase their profit margins, confirming the process of labor uberization.

**Keywords:** labor uberization; social dumping; platform capitalism; app companies; precariousness of labor.



## INTRODUÇÃO

Durante o século XIX, Karl Marx dedicou sua vida para analisar o sistema capitalista, produzindo obras, essencialmente críticas, que deram origem a uma ideologia que, por sua vez, deu sustento a completas transformações de sistemas político-econômicos e revolucionou o pensamento moderno. A ideologia gerada por seus trabalhos tem como elemento fundamental o caráter exploratório das relações sociais inseridas no capitalismo. Essa característica que, em si, não é inédita na história da humanidade, por sua dissimulação, ganha contornos diferentes dentro do sistema capitalista, frutos da alienação e da falta de consciência acerca da classe trabalhadora, tornando-se, assim, nocivo ao proletariado (MARX; ENGELS, 2008, p. 10-14).

Especificamente, a exploração exacerbada da mão-de-obra é elemento central na sua crítica. Esta é explicada através da questão da mais-valia, que se assenta sobre a disparidade entre o valor produzido pelo trabalhador através da venda de sua força e o salário que ele recebe, o qual não é proporcional à quantidade utilizada para a produção de mercadorias. Resta, pois, na mão do empresário a quantidade que ultrapassa o pagamento ao trabalhador (o trabalho excedente), o que nada mais é que o tempo de trabalho não remunerado, convertido, dessa forma, no lucro descomunal da burguesia, produzindo, em última instância, a concentração e a centralização do capital.<sup>1</sup>

O trabalho, nesse contexto, deixa de ser uma atividade social e se torna uma mercadoria comercializável. Assim, a situação já deplorável da classe desfavorecida é acentuada com o abuso praticado pelos empresários através do salário descolado da quantidade de força de trabalho exercida pelos trabalhadores, consolidando, por fim, a sua superexploração. Esta, porém, não se limita às relações de trabalho, estando presente em todos os âmbitos de suas vidas, e só teria fim quando tomassem o controle dos meios de produção.

À luz disso é que se questiona a atual situação dos trabalhadores “parceiros” de empresas de aplicativo, que são responsáveis pelos meios de realização da atividade produtiva - o carro, em caso de motorista; a moto, em caso de entregador; etc. -, mas não conseguem alcançar a sua emancipação. Assim, embora sejam proprietários dos meios de produção pelos quais se realiza o trabalho, não possuem autonomia, tampouco se encaixam em uma situação de “ditadura do proletariado”.

Essa nova versão de abuso do trabalho nascida com as empresas de aplicativo poderia, pela perspectiva marxista, ser considerada um desdobramento do sistema capitalista. Isto porque esse sistema, que é intrinsecamente dependente da exploração, prospera com a expansão dela. Dessa maneira, essas plataformas digitais emergem como produtos do próprio capitalismo, que

<sup>1</sup> Segundo Sandroni (1982, p. 15), o valor de uma mercadoria se determina pelo tempo de trabalho socialmente necessário para a sua produção. Isto posto, a mais-valia pode assumir duas formas: a (1) mais-valia absoluta; e a (2) mais-valia relativa. A primeira delas é produzida através da extensão das jornadas de trabalho ou do aumento da intensidade do trabalho, já que à medida que cresce a quantidade de mercadoria produzida - pela maior carga horária do trabalhador, ou por produzir mais em menos tempo -, o lucro do empresário também amplia. Já a segunda é possibilitada pelo aumento de produtividade do proletário, a partir da inserção de tecnologias e maquinários que facilitem o trabalho humano e, dessa forma, diminuam o tempo de produção da mercadoria unitária. A expansão do volume de produtos, em uma mesma parcela de tempo, faz com que a taxa de absorção de valor amplifique substancialmente.

permitem, não somente a sua sobrevivência, mas fomentam o seu desenvolvimento e o seu espraiamento, garantindo, ao fim e ao cabo, a sua vigência como sistema econômico hegemônico no mundo.

Entretanto, diante desse contexto, quem perde é a classe trabalhadora. Ou melhor, os novos “microempreendedores”, “autônomos” e “parceiros” dos aplicativos de quem é retirado o direito à relação empregatícia, e, portanto, os mínimos direitos trabalhistas. Vítimas de um processo de profunda precarização, ao mesmo tempo em que se amplia acentuadamente o contingente de trabalhadores nesse mercado, são resultados do fenômeno que ficou conhecido como “uberização do trabalho”<sup>2</sup>, o qual teve um terreno próspero para fazer florescer as condições de mais-valia absoluta, possibilitada pela tecnologia mecanizadora, que ascende em um contexto econômico de desemprego em massa, ganha respaldo jurídico através do conceito de “trabalhador autônomo”, e se sustenta através da ideologia do gestor-de-si mesmo.

Com o atual aprofundamento dos estudos e das análises acerca do fenômeno, contudo, é possível observar algumas mudanças ocorrendo no âmbito jurídico, sobretudo a partir de algumas decisões que favoreceram o trabalhador, punindo as empresas de aplicativo. Ainda assim, esses casos são isolados e particulares, não acarretando a regulamentação da chamada uberização do trabalho, em grande escala, tampouco o seu fim.

Nesse sentido, a primeira parte do presente trabalho será dedicada à retomada histórica do conceito de *dumping*, e de *dumping* social, sobretudo no âmbito da OMC. E, na parte subsequente, será analisado o fenômeno da uberização do trabalho, sua constituição e suas mudanças. Assim, conduzir-se-á a pesquisa a partir do método hipotético-dedutivo de abordagem, na medida em que parte de uma hipótese - que as empresas de aplicativo se utilizam do *dumping* social -. Além disso, será utilizado o método descritivo-explicativo de análise de objetivos, já que pretende descrever o *dumping* social e a uberização do trabalho, e explicar de que maneira a prática está inserida no fenômeno. Já no que se refere às técnicas de procedimento, realizar-se-á uma revisão bibliográfica e documental. Por fim, conclui-se que o capitalismo de plataforma tem, por essência, praticado o *dumping* social para aumentar suas margens de lucro.

## **1 O DUMPING SOCIAL COMO PRÁTICA ILEGAL DO COMÉRCIO E O DEBATE DENTRO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

O capitalismo acelerou o processo da globalização, ao passo que acentuou a busca dos países por relações comerciais externas, nos quais objetivavam encontrar fornecimento de matéria-prima e de mão-de-obra para a produção de suas mercadorias, além de um mercado

2 O termo nasce em função da empresa de aplicativo Uber, pioneira no ramo das plataformas digitais, que transformou o mercado, na medida em que utilizou a tecnologia para vincular prestadores e demandantes de um mesmo serviço (no caso, o de transporte). Marcada, sobretudo, pela inexistência de um vínculo empregatício entre o prestador e a empresa, justificada pela relação colaborativa entre eles, as responsabilidades envolvidas no serviço recaem integralmente sobre o trabalhador e é retirada da plataforma qualquer obrigatoriedade empregatícia. Esse modelo se espalhou rapidamente, ensejando o nascimento em massa de plataformas digitais de serviço como iFood, Cabify, UberEats, BlaBlaCar, Airbnb, DogHero, Enjoei e inúmeros outros nos mais variados setores (CARTA CAPITAL, 2019).

mundial que as consumisse (MARX; ENGELS, 2008, p. 16). Para Luxemburgo, o sistema capitalista essencialmente necessita da mundialização para a sua própria existência, uma vez que o subconsumo interno, consequência inescapável desse modo de produção, impele a procura por uma maneira de suprir o excesso de oferta de produtos de um país: o mercado externo, dando-se início ao que se considera imperialismo que, ao fim e ao cabo, fomenta o processo de globalização (LUXEMBURGO, 1985, p. 392).

Firmaram-se, nestas bases, as relações econômicas internacionais contemporâneas. E, como tudo o que é produzido no capitalismo, de modo geral, visa maximizar os ganhos e minimizar as perdas, as relações internacionais não passariam ilesas a ele. Com o decorrer do tempo, surgiram inúmeras irregularidades nas trocas comerciais, provocadas mutuamente entre os países, em uma busca incessante da máxima liberal de ganhos cada vez maiores e perdas cada vez menores, independentemente de suas consequências. Dentre eles, está o denominado “*dumping*”.

Trata-se de uma prática que, segundo Wolffenbütel (2006), consiste na diminuição artificial do preço de um bem para abaixo do seu custo quando colocado no mercado, implicando, dessa forma, a quebra dos demais produtores, à medida que gera uma concorrência desleal. No âmbito internacional, segundo o dicionário da OMC, o fenômeno do *dumping* pode ser observado nas ocasiões em que um país exporta um produto por um preço menor do que ele é vendido internamente; abaixo do valor no mercado terceiro-mundista; ou abaixo do custo de produção (DUMPING..., [2021]).

Nesse sentido, resta evidente que a prática é o caminho percorrido por aqueles que escolhem lucrar menos, ou, muitas vezes, não lucrar, a curto prazo, para, na ausência de uma regulamentação eficaz, falir seus concorrentes incapazes de competir com o seu preço descolado da realidade, e, desse modo, culminar na quebra da indústria doméstica relacionada ao produto, engendrando a dependência de um país da importação da mercadoria. Em casos extremos, pode resultar em monopólio ou oligopólio. Em ambos os casos, quando não existe concorrência ou esta se torna mínima, é possível aumentar o preço acima do valor de mercado sem grandes consequências, retornando, dessa maneira, para o praticante, todo o lucro perdido no início do processo (AGREEMENT..., [2021]).

Resta claro também o motivo da classificação do *dumping* como ilegal, estando sujeito a sanções no âmbito da OMC: trata-se de prática desleal, esvaziada da boa-fé, o qual traz consequências muito graves para a economia mundial como um todo, e que, assim sendo, fere os princípios do comércio internacional<sup>3</sup>. E justamente por força disso é que esta conduta está sujeita à resposta quando praticada por um Estado, nos termos do Acordo Antidumping (ou Acordo sobre a implementação do artigo VI do *General Agreement on Trade and Tariffs* - GATT), que, em suma, autoriza e legitima práticas protecionistas advindas do(s) país(es) prejudicado(s).

O Artigo VI do GATT prevê o direito das partes contratantes de aplicar medidas

---

3 Os princípios que norteiam as negociações multilaterais da OMC são: não-discriminação (nação mais-favorecida e tratamento nacional); livre-comércio; previsibilidade; concorrência leal; e tratamento especial para países em desenvolvimento (PRINCIPLES..., [2021]).

anti-dumping, ou seja, medidas contra as importações de um produto a um preço de exportação abaixo de seu “valor normal” (geralmente o preço do produto no mercado interno do país exportador) se essas importações objeto de dumping causarem prejuízo à indústria doméstica no território da parte contratante importadora (LEGAL..., [2021], tradução nossa).

O fenômeno condenável pela organização é, no entanto, apenas uma das facetas do *dumping*. Além do “predatório”, como foi denominada a prática supracitada, existem vários outros meios de se alcançar o mesmo fim (*i.e.*, a aniquilação da concorrência via preços abaixo do custo). Dentre eles, existe o que concerne à esfera social e é, portanto, o que interessa ao presente trabalho.

O chamado *dumping* social tem os holofotes voltados para si quando há a ascensão do tema da cláusula social<sup>4</sup> na esfera da OMC (BARROS, 1995, p. 31). Esse debate se iniciou a partir da reivindicação do Norte Global para uma regulamentação das questões laborais, sobretudo dos Estados que se encontravam do outro lado do globo, na medida em que perdiam espaço (e mercado produtor) para essas nações devido aos valores, relativos à mão de obra de trabalho, lá praticados em virtude da desregulamentação trabalhista.<sup>5</sup> Como cita Andrade, a questão foi abordada reiteradamente desde a Rodada de Tóquio no escopo das rodadas do GATT até as próprias conferências no âmbito da OMC, e era constituída pela demanda, principalmente estadunidense, pela inclusão da cláusula às normas da instituição, de maneira que as normas trabalhistas passassem a ser de sua competência (ANDRADE, 2002, p. 24-25).

Isto posto, pode-se entender o *dumping* social como a prática caracterizada pela violação constante dos direitos básicos do trabalhador (o descumprimento de jornada de trabalho, a terceirização ilícita, a inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho, a prática do trabalho infantil e do trabalho escravo ou análogo à escravidão, entre outras), com o objetivo final de obter vantagens comerciais e financeiras em relação aos seus concorrentes (DUMPING..., 2013). Ou seja, a queda dos preços dos produtos, nessa forma assumida pelo *dumping*, deve-se ao desrespeito dos direitos trabalhistas e à falta de condições dignas de labor. Ela somente é factível, então, porque os empregados estão pagando com a sua força de trabalho explorada, muitas vezes de forma inconsciente e sem alternativas, a quantidade “descontada” do valor normal do bem (MASSI; VILLATORE, 2015, p. 43).

Segundo Pinto, o *dumping* social deve ser classificado como um efeito colateral da prática bem sucedida do *dumping* em si, mais do que como uma extensão conceitual do mesmo (PINTO, 2011, p. 140). Entretanto, a efeito de ilustração, o autor produz uma definição: “[a] deterioração da ordem social pelos efeitos econômicos do dumping” (PINTO, 2011, p. 141). Nessa ótica, os

4 A Cláusula Social consiste na associação entre direitos humanos e comércio internacional, isto é, na adoção de direitos trabalhistas como pauta de negociação no âmbito da OMC. A tentativa de inserção da Cláusula na organização teve como principal expoente os EUA que, insistentemente, trouxe o debate à tona em inúmeras rodadas de negociação - tanto no GATT quanto na OMC -, e foi acompanhado por outros países desenvolvidos. A justificativa dos defensores da sua inclusão era pautada no suposto *dumping* social praticado pelos países do Sul global (AMARAL JÚNIOR, 1999).

5 Os países periféricos interpretaram essa reivindicação como uma solução encontrada pelas nações centrais de frearem o processo de emigração das empresas de seus territórios para aqueles cuja regulação trabalhista fosse mais branda e, à vista disso, a mão-de-obra fosse mais barata, para que eles praticassem, legalmente, o chamado *dumping* social (TRADE..., [1996]).

trabalhadores são prejudicados de maneira, a princípio, não intencional; como uma “ordem natural” do processo. A precarização do trabalho é somente, então, uma decorrência secundária, inesperada ou não, de uma busca por um fim, qual seja, o controle do mercado.

Por outro lado, é concebível interpretar o fenômeno do *dumping* como o fio condutor do processo de monopolização e o descumprimento dos direitos trabalhistas como uma das suas ramificações, e, desta maneira, como um braço funcional que abrange a esfera laboral. Nessa perspectiva, o *dumping* social não seria limitado à classificação de um mero efeito, mas teria, de fato, uma função primordial e um propósito: a destruição da concorrência.

Há, contudo, um ponto de convergência entre ambos os aspectos, que deve ser observada enfaticamente, e que é o ponto central do debate acerca da cláusula social, e do presente trabalho: a coisificação do ser humano, a partir da desumanização do trabalho e do desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. O homem, nesse cenário, passa a ter como fundamental função social a produção econômica e, desta maneira, a geração de riqueza, tal como uma ferramenta banal, retirando-se o sujeito dele e conferindo-o o atributo de objeto, de verdadeira mercadoria, tal como Marx e Engels já alertavam<sup>6</sup>.

Em contrapartida, a regulação do trabalho e a imposição de padrões com condições mínimas para a sua execução se deu tanto no âmbito internacional, sobretudo com a ascensão da OIT, a partir do Tratado de Versalhes, em 1919, quanto na esfera doméstica, no caso brasileiro, com a adoção da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), durante o primeiro governo Vargas, em 1943. Assim, essas ferramentas emergiram como aliadas dos proletários em um sistema cuja exploração se encontra em seu âmago.

Se, como analisam Marx e Engels, a humanidade sempre existiu em consonância íntima com a subjugação de uma classe por outra (MARX; ENGELS, 2008, p. 10), esses aparatos de proteção aos dominados, embora não consigam modificar a estrutura como um todo, se mostram eficientes em dar voz àqueles silenciados historicamente. Não obstante haja um longo caminho a ser percorrido para o alcance completo da dignidade do trabalhador - se é que isso seja possível no sistema econômico capitalista em que estamos inseridos -, a simples conquista de instrumentos institucionais que, minimamente, o humanizem, já é um grande avanço a que se deve conceder os devidos créditos.

É por isso, então, que quando ousa-se retroceder, é uma obrigação histórica da classe trabalhadora de defender suas lutas e conquistas e denunciar aqueles que precarizam as condições de trabalho, na tentativa de impedir a reinvenção corriqueira de formas de se perpetuar a exploração do proletariado. A mais recente delas, nascida com uma nova categoria de empresas de aplicativo como *Uber*, *99*, *Ifood*, *Rappi* e tantas outras, que possuem a tecnologia como cúmplice, conseguiram revolucionar a exploração na contemporaneidade, criando uma ideologia que, eficientemente, parece servir de pano de fundo para burlar os avanços históricos protetivos dos trabalhadores,

6 “Com o desenvolvimento da burguesia, isto é, do capital, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos trabalhadores modernos, que só sobrevivem se encontram trabalho, e só encontram trabalho se este incrementa o capital. Esses trabalhadores, que são forçados a se vender diariamente, constituem uma mercadoria como outra qualquer, por isso exposta a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as turbulências do mercado.” (MARX; ENGELS, 2008, p. 21)

como ver-se-á na sequência.

## **2 DUMPING SOCIAL “NA PRÁTICA”: A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NO CASO DO UBER E DE SUAS EMPRESAS SUCESSORAS**

A empresa de aplicativo norte-americana Uber Technologies Inc., fundada em março de 2009, em São Francisco, por Travis Kalanick e Garrett Camp, foi pioneira no ramo de utilização de dispositivos móveis para a solicitação de serviços de transporte. O seu imediato sucesso fez com que, em dezembro de 2011, apenas dois anos e meio após o desenvolvimento do aplicativo para *smartphones*, a companhia se alastrasse para o mercado internacional (A HISTÓRIA..., c2021).

Relatada em sua própria página da internet, a história da Uber é marcada por renovações constantes, como formação de parcerias, atuação social e ambiental, e mudanças operacionais, na qual dois marcos se destacam: 1) a estreia do *Uber Eats*, em abril de 2015, que iniciou o sistema de *delivery*, ou seja, a entrega de comidas a domicílio; e 2) o lançamento do *Uber Freight*, em maio de 2017, que passou a conectar empresas transportadoras e seus motoristas com os embarcadores, isto é, começou a atuar no ramo de transporte de cargas (A HISTÓRIA..., c2021).

Esses eventos são registros históricos do que se denomina “uberização”, termo designado ao processo que se inaugurou com a inovação trazida por Kalanick e Camp. Segundo o dicionário de Cambridge, o verbo “*to uberize*” (uberizar, em português) significa “mudar o mercado de um serviço por meio da introdução de uma forma diferente de comprá-lo ou de usá-lo, especialmente utilizando a tecnologia móvel”. A Academia Brasileira de Letras também produz uma definição do termo (UBERIZE, [2021]).

Termo usado para indicar a transição para o modelo de negócio sob demanda caracterizado pela relação informal de trabalho, que funciona por meio de um aplicativo (plataforma de economia colaborativa), criado e gerenciado por uma empresa de tecnologia que conecta os fornecedores de serviços diretamente aos clientes, a custos baixos e alta eficiência; por extensão, designa a adoção deste tipo de relação (na esfera econômica, política, etc.), com as implicações suscitadas por este novo formato. (Também usado com sentido metafórico.) [O termo é derivado do nome da empresa Uber Technologies Inc., uma multinacional americana que introduziu este novo tipo de negócio em vários setores e serviços] (UBERIZAÇÃO, [2021]).

Outra denominação outorgada ao fenômeno consiste no capitalismo de plataforma, que, segundo Kalil, pode ser definido como “uma forma de organização da produção e da prestação de serviços com enfoque na economia digital e no uso da tecnologia da informação, dados e internet, além das plataformas como infraestruturas que viabilizam negócios” (KALIL, 2019, p. 18).

Nesse cenário, impulsionadas por essa revolução digital, surgiram muitas outras empresas de aplicativo. No que tange ao setor de transportes, por exemplo, existem a própria norte-americana Uber, a startup brasileira, vendida para a empresa chinesa *Didi Chuxing*, *99 App*, a espanhola *Cabify*, a russa *InDriver*, a brasileira *Wappa*, entre inúmeras outras que se proliferam



pelo mundo (ANTUNES, 2020). Dentro do território brasileiro, há ainda aquelas que nasceram em contraposição à *Uber* e às suas taxas altíssimas cobradas dos motoristas, e que operam a nível regional, como é o caso da *Bora Cariri*, atuante nas cidades cearenses de Cariri, Crato, Juazeiro do Norte e Barbalha; da *Servos*, em Fortaleza; da *Mobi Driver*, em Manaus (AM), Rio Branco (AC), São Luís (MA) e Boa Vista (RR); da *Brazil Go*, nas cidades capixabas Vitória, Cariacica e Colatina; etc. (WAKKA, 2018).

No ramo do *delivery*, há as brasileiras *iFood* e *Loggi*, a norte-americana *Uber Eats* e a colombiana *Rappi*, que estão entre as mais utilizadas pelos brasileiros (FONSECA, 2020), mas estão espalhadas pelo país várias outras com menor abrangência: o *DeliveryMuch*, a *Aiqfome*, o *Pede.ai*, a *99Food*, e uma lista constantemente crescente. Além disso, vem aumentando o número de aplicativos que permitem o *delivery* não somente de comidas de restaurantes, mas também de compras de supermercado, de gás, de água e de correspondências, o que fomenta, portanto, o campo de transporte de carga, como é o caso do *EuEntrego*, o *TruckPad*, o *BuscaCargas*, e assim por diante.

Para além desses serviços, a terceirização via criação de plataformas digitais e utilização de tecnologia móvel tem se alastrado por muitos setores. Após a inserção da *Uber* no mercado, foram criados aplicativos para conectar clientes e prestadores de serviços como diaristas, babás, passeadores de cães, cuidadores de idosos, pedreiros, cabeleireiros, manicures, maquiadores, advogados, professores, e até goleiros de futebol. A exploração do trabalho, acentuada com o processo de uberização, está, dessa forma, transbordando para todos os tipos de serviço e para outras camadas da sociedade. Se a problemática acerca da ausência de direitos trabalhistas sociais sempre foi uma realidade para a classe trabalhadora historicamente precarizada, ela passou a atingir, com o advento do capitalismo de plataforma, a classe média, e abriu, como expõe Castro, uma brecha antes inexistente nas questões laborais (A UBERIZAÇÃO..., 2019).

Segundo Festi, essa “plataformização” da vida e do trabalho é o símbolo da precarização neoliberal do início do século XXI, e que remete às condições de labor do século XIX - baixos salários, inexistência de vínculo empregatício, informalidade, altas jornadas de trabalho, relativização da seguridade social, etc. (FESTI, 2020). Antunes, por sua vez, chama de “era de escravidão digital” e define como o “mundo maquínico informacional-digital, [que] ao invés de trazer a redução do tempo de trabalho, as melhores condições de trabalho, mais tempo de vida fora do trabalho, menos penúria no trabalho, tem sido o oposto” (ANTUNES, 2019). Ainda, para o Grupo de Estudos *Uber* do Ministério Público do Trabalho, o serviço realizado por meio de aplicativos é configurado como um tipo de trabalho neofeudal.

A estrutura da relação entre as empresas que se utilizam de aplicativos para a realização de sua atividade econômica e os motoristas se dá na forma de aliança neofeudal, na qual chama os trabalhadores de ‘parceiros’. Por ela, concede-se certa liberdade aos trabalhadores, como ‘você decide a hora e quanto vai trabalhar’, que é imediatamente negada pelo dever de aliança e de cumprimento dos objetivos traçados na programação, que é realizada de forma unilateral pelas empresas (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 35).

O que, nesse sentido, possibilitaria esse retrocesso? Como a sociedade passivamente recebeu o capitalismo de plataforma? Como a revolução digital, que trazia promessas de progresso, significou o retrocesso das relações de trabalho? O debate acerca desses questionamentos pode ser suscitado pelo tripé econômico-ideológico-jurídico, pilar desse sistema de exploração.

A primeira das estruturas é marcada pelo contexto econômico. Como demonstrado no documentário brasileiro “GIG - A uberização do trabalho”, a instauração das empresas de aplicativo foi viabilizada pela crise financeira de 2008. Esse trágico evento provocou o desemprego em massa, a nível mundial, despejando mais de 200 milhões de pessoas de seus trabalhos, isto é, fornecendo mão-de-obra disposta à informalidade. Se o eficiente funcionamento dessas plataformas só é possível por meio da multitude, uma vez que elas necessitam disponibilizar uma oferta em grande número para angariar a clientela, a crise do *subprime*<sup>7</sup> foi essencial para a sua ascensão (VILELA, 2018).

Em um ambiente cujo desemprego se tornou realidade, qualquer fonte de renda era bem-vinda, fazendo, assim, proliferar o trabalho informal. É nessa conjuntura que as pessoas abdicaram de relações empregatícias sujeitas à legislação trabalhista, submetendo-se à categoria de “colaborador”. Segundo uma pesquisa do Datafolha de 2020, divulgada pelo jornal Exame, “dos brasileiros que já trabalham ou conhecem alguém que tenha trabalhado em aplicativos, 53% afirmaram que o desemprego foi a principal causa da migração” (SENA, 2020). Por outra banda, as empresas, que historicamente se aproveitam de vulnerabilidades sociais (AMORIM, 2020), ampliaram suas margens de lucro.

Sendo especificados como microempreendedores, toda a responsabilidade pelo meio de oferecer o serviço recai sobre eles, visto que não são contratados nem pela empresa, nem pelo cliente. São considerados autônomos e, assim sendo, são incumbidos de todos os custos e riscos envolvidos no serviço (ABÍLIO, 2017). Para aqueles do ramo de *delivery* ou de transporte particular, por exemplo, ficam a cargo deles: os meios materiais que possibilitam a atividade (carro, moto, bicicleta, celular, etc.); os seus meios de manutenção (combustível, troca de peças e produtos, plano de internet, e demais); e os custos inesperados de possíveis acidentes (relacionados à saúde, aos meios materiais, entre outros).

A realidade de muitos motoristas e entregadores de aplicativo, todavia, é a inexistência de um automóvel próprio, o que os obriga a alugá-lo. A quantidade de pessoas que parte para essa alternativa é tão grande que as locadoras possuem planos especiais direcionados a esse público. Esse cenário ocasiona uma espécie de “servidão por dívida”, na qual o “colaborador” adquire dívidas a partir do aluguel de sua ferramenta de trabalho e depende de sua renda para pagá-las. A questão ainda se aprofunda quando existe algum imprevisto, como um acidente, ou problemas relacionados ao mau uso, cujos custos também são retirados de seu faturamento.

7 A Crise do *Subprime* teve seus primórdios em dezembro de 2007 no mercado imobiliário e se alastrou para o mercado financeiro, eclodindo de maneira preocupante no segundo semestre de 2008 com a falência do Lehman Brothers. Teve como berço os EUA, mas com o efeito dominó logo passou a ter alcance internacional, na medida em que causou a falência de grandes empresas, ensejou o desemprego em massa e a crise, generalizada, saiu do controle de todos, acarretando graves recessões econômicas mundiais (CAMPOS, 2010, p. 38).

No fim das contas, o que se pode observar é um quadro no qual as pessoas são inseridas em um ciclo vicioso em que há, primeiramente, um contexto de desemprego, seguida do surgimento de uma alternativa que, à primeira vista, mostrou-se interessante para o proletário - flexibilização, autonomia e empreendedorismo -, que, por sua vez, o impele a permanecer na precária condição de trabalho devido ao medo do desemprego, agravado, muitas vezes, pelo endividamento.

Soma-se a esse fator econômico, outro elemento que dá sustento para o fenômeno se desenvolver: o coeficiente psicológico. Esse segundo componente do tripé é especialmente bem formulado e bem sucedido no que se propõe, posto que produz eficientemente uma organização do sofrimento social, através da ideologia colaborativa da empresa. O prestador de serviço, nesse sistema, tem uma falsa percepção de si mesmo como um microempreendedor, que trabalha em colaboração e em relação de igualdade com as empresas de aplicativo, e, sendo assim, um autônomo, que tem o poder de decisão sobre seu próprio serviço (ABÍLIO, 2017).

Esse fator psicológico é fundamental para a dominação se dar de maneira passiva, tendo em vista que se promete a autonomia, alimentando a esperança por emancipação, enquanto se mascara a exploração, a submissão e a vigilância eficaz e constante. É uma alienação planejada da realidade hiper-controlada do capitalismo de plataforma (AMORIM, 2020): são os algoritmos que, além de coletar dados dos seus “parceiros” e os vigiarem por geolocalizadores, definem o tempo de entrega, o preço a ser cobrado, quem recebe o pedido e, principalmente, quem não recebe, por intermédio de bloqueios; e a multidão gerente (ABÍLIO, 2017) é quem fiscaliza os trabalhadores através de pontuações, com risco de não receberem mais solicitação de serviço caso haja avaliações negativas.

Essa complexa ferramenta consegue, também, produzir estímulo para uma melhor eficiência da força de trabalho, por meio de três instrumentos: a ideologia do gestor-de-si-mesmo, as sanções nada sutis e os incentivos viciantes. A ideia de empresário-de-si entusiasmo o “autônomo” a buscar incansavelmente o seu melhor, para que, desta maneira, consiga angariar maior faturamento. Nesse caso, não coincide com o desejo de um assalariado que busca reconhecimento e uma melhor remuneração, mas com a garra de um empresário que procura aumentar os lucros de seu negócio. E, sem perceber, ele trabalha para si e para a empresa - para a sua própria renda, e para a marca de outra pessoa (ABÍLIO, 2017).

A “ciência gerencial” – que se instituiu como área de conhecimento após a década de 1960 – trabalha com um ideal de indivíduo que se comporta racionalmente e que é capaz de alcançar sempre mais. Convida-se o indivíduo ao autoaperfeiçoamento incessante e ao gerenciamento racional de si mesmo como se ele próprio fosse uma empresa privada. Predomina o culto da excelência, no qual se incita não apenas a fazer melhor, mas a ser “o” melhor em comparação com outros e consigo mesmo em fases anteriores (MORAES, 2012, p. 287).

Entretanto, caso o “parceiro” desagrade o cliente, há o desligamento imediato de sua conta, o que o coage a, mais do que trabalhar conforme os protocolos, ter um comportamento que beira à mecanização, já que seu sustento está nas mãos do usuário demandante do serviço, que

consegue, com uma avaliação negativa, pôr em risco a sua renda. Existe, ainda, o denominado “bloqueio branco”, cuja demanda não chega no perfil, embora não tenha ocorrido o bloqueio oficial. Isso acontece em contextos em que não há uma justificativa plausível, mas que se pretende reprimir e retirar o prestador do aplicativo, sem acarretar processos jurídicos, como é o caso de participação em greves, críticas públicas à empresa, entre outros (ENTREGADOR..., 2021). Esse braço disciplinar da plataforma é, desta maneira, o seu instrumento coercitivo.

Por fim, há a gamificação no trabalho, que é caracterizada, essencialmente, pela motivação do trabalhador cadastrado no aplicativo, a partir de uma lógica de jogo, onde há desafios constantes e um sistema de “rankeamento” que geram bonificações. Martins e Parreira Júnior demonstram que “a gamificação surge como uma proposta para trazer à tona o melhor de cada pessoa na sua atividade profissional, despertando o interesse e envolvimento das pessoas a partir de uma combinação de objetivo, desafio e recompensa” (MARTINS; PARREIRA JÚNIOR, 2016, p. 4).

A transformação da estrutura das plataformas em uma espécie de gincana gera, contudo, efeitos psicológicos sobre os “colaboradores” de maneira ambivalente. Se, por um lado, a atividade lúdica consegue transformar o serviço em uma prática prazerosa, entretendo o trabalhador de tal maneira que ele mesmo dissolva a ideia de que está trabalhando, aumentando sua produtividade - diminuindo o tempo de realização de uma tarefa em até 90% (BAZOLLI, 2013) - e, sobretudo, a sua identificação com os objetivos da empresa, por outro, esse engajamento subjetivo pode ter como consequência a extensão e a intensificação da jornada (BARROS, 2021), além de atuar como uma espécie de *soft control* (DESGRANGES, 2021, p. 11), dado que impulsiona o prestador de serviço a responder de maneira imediata às demandas do mercado. Em outros termos, nota-se que essa ferramenta produz o que Marx chamou de mais-valia absoluta, na qual o burguês arrecada lucros extraordinários em razão do aumento de jornada de trabalho ou da intensificação da força de trabalho, levando o proletário ao limite de sua capacidade física e mental (SANDRONI, 1982, p. 74).

À vista disso, essa base dá sustento para a “uberização” se alastrar, na medida em que cria no imaginário da população, e, particularmente, na dos trabalhadores, uma realidade paralela e ilusória, que permite a perpetuação da exploração de maneira reiterada. Lima, ao retirar os aplicativos do ramo do Delivery e definir que são negócios de exploração, expõe que eles possuem uma informação muito valiosa sobre a dominação: “quanto tempo eu consigo explorar esse peão até ele explodir?” (ENTREGADOR..., 2021). Ou, em outras palavras, por quanto tempo é possível explorar os “parceiros” até eles perceberem que essa tal autonomia não passa de uma falácia e que a emancipação nunca será alcançada nesse meio? Que “aquele hoje denominado empreendedor é na realidade o trabalhador solitariamente encarregado de sua própria reprodução social. Sozinho enquanto gerente de si próprio, ao mesmo tempo que segue subordinado às empresas” (ABÍLIO, 2020, p. 116).

Por fim, o último pé alicerce do processo de “uberização” situa-se, primordialmente, na inexistência de um vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa de aplicativo, isto é, no aspecto jurídico. Esse cenário é possibilitado pelo caráter voluntarista, autonomista e empreendedor

que é outorgado ao fornecedor do serviço. Ainda que toda a programação da atividade seja feita de forma unilateral (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 35-36) pelas plataformas e o processo de produção de valor seja definido de maneira arbitrária (FONTES, 2017, p. 58-59), isto é, o modo de produção do serviço, o preço, o padrão de atendimento, a forma de pagamento, a modalidade do seu recebimento e as taxas absorvidas, além de deter o poder de penalização, centralizar o acionamento dos trabalhadores às atividades, e receber o pagamento para o realizar, posteriormente, ao “colaborador”, há ainda a ilusória ideia de liberdade, que justifica, então, a classificação jurídica do trabalhador como autônomo.

Essa definição jurídica, que em nada reflete a realidade social, está descrita no Art. 4º da Lei Federal nº 5.890/73 como:

[...] trabalhador autônomo - o que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada; o que presta serviços a diversas empresas, agrupado ou não em sindicato, inclusive os estivadores, conferentes e assemelhados; o que presta, sem relação de emprego, serviço de caráter eventual a uma ou mais empresas; o que presta serviço remunerado mediante recibo, em caráter eventual, seja qual for a duração da tarefa (BRASIL, 1973).

Em contrapartida, a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) determina que empregado é “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943). Desta forma, para que se estabeleça a relação de trabalho, além de ser prestado por pessoa física (e não por empresa) e de maneira habitual, o mesmo deve ser realizado mediante pagamento (também apontado como elemento da ‘oneriosidade’), de modo subordinado e que a assunção de riscos reste tão-somente com o empregador (mais conhecido como elemento da ‘alteridade’). E o que as empresas de aplicativo sustentam é que alguns desses elementos não estariam presentes, sendo elas, portanto, meras intermediadoras entre o prestador de serviço e o seu tomador.

O grande debate, especialmente aquele traçado no Brasil acerca do possível reconhecimento da relação trabalhista entre plataformas e prestadores de serviço decorre do fato de que não haveria nenhuma imposição explícita a estes por parte daqueles: ele seria livre para prestar serviço a outras empresas, estipular sua carga horária, escolher seu(s) dia(s) de ócio, e, com isso, definir seu próprio faturamento. Em teoria, tal como defendem as empresas de aplicativo, não haveria obrigatoriedade por parte do “colaborador”, pois ele pode determinar quando e por quanto tempo realizará a atividade (elemento da não-habitualidade e da subordinação), sem correr o risco de perder o seu cargo, passando a ser dono de si mesmo (elemento da alteridade). Ademais, tal como avultou o Tribunal Superior do Trabalho (TST) brasileiro em ação promovida por um motorista de Uber contra esta plataforma, as “taxas de corretagem” são muito superiores àquelas praticadas em termos de parceria<sup>8</sup>, logo, não havendo que se falar na caracterização própria do elemento da

8 Aqui refere-se pontualmente às alterações promovidas pela Lei Federal 13.352/16 (BRASIL, 2016), a qual reconhece o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza, em que se estipula uma porcentagem, a título de comissão, dos valores recebidos pelo estabelecimento pelos serviços prestados pelo

onerosidade (BRASIL, 2021b).

Por outra banda, os argumentos em prol da consideração de relação de trabalho entre prestador de serviço e plataforma também são fortes, tal como se vislumbra em sentença proferida pela 28ª vara do Trabalho de Porto Alegre/RS em 2020:

Ressalta-se que o fato da reclamada [Uber] não exigir horários e dias pré-estabelecidos para trabalhar, tampouco a exigência de número mínimo de atendimentos, entre outros, não tem o condão de afastar a **subordinação** na relação entre as partes e que se revela através da exigência de documentos específicos, avaliações positivas, média de avaliações mínimas, padrões e requisitos necessários para se cadastrar no aplicativo (plataforma UBER), exigência das características do veículo a ser utilizado, existência de conta individual, estipulação do valor das “corridas”, utilização de descontos e promoções, imposição de regras de forma unilateral ao motorista, entre outros. A questão da **personalidade** fica evidente quando se revela através da prova oral de que a conta na plataforma UBER necessariamente era individual, não podendo ser utilizada por outros, sob pena de “desligamento”. A **onerosidade** fica comprovada através dos pagamentos repassados ao motorista através de comissões de “corridas” efetuadas na semana, assim como a **não-eventualidade** resta demonstrada que sob outra ótica que era possível à reclamada controlar a frequência do motorista através do aplicativo com uso de GPS [e ser cobrado por e-mail quando ficava muito tempo sem acionar o aplicativo] e, além disso, não havendo trabalho, o motorista do aplicativo ficava sem receber qualquer valor, o que não lhe permitia receber renda compatível a fim de garantir sua própria sobrevivência (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Essa decisão não é singular, sendo igualmente encontrada em outros estados da federação, tal como na 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG), em recurso apreciado em dezembro de 2020, reconhecendo a presença de todos os elementos da relação de trabalho. Outrossim, para além daqueles já encontrados no juízo gaúcho, o tribunal mineiro pontuou ainda, no tocante a onerosidade, que “a fixação do preço do serviço era feita pela Uber, o que afasta a suposta autonomia do motorista. A prova documental demonstrou, ainda, que a empresa adota a política de pagamento de prêmios aos motoristas que se destacam” (BRASIL, 2021a). Ademais, no tocante a não eventualidade, ao pontuar o histórico de viagens do motorista denotando a continuidade dessa ação, ponderou a corte mineira que os serviços prestados se inseriam diretamente na atividade econômica da reclamada (BRASIL, 2021a).

Por fim, quanto à subordinação, agregou o entendimento de que “em caso de descumprimento das regras impostas, o motorista [...] [perde] acesso ao aplicativo de motorista, [...] [demonstrando que a] Uber exercia plenamente seu poder diretivo ao expedir normas relativas ao comportamento e às condições de trabalho do motorista” (BRASIL, 2021a). Ademais, o fato de que o motorista “não era advertido pela reclamada se ficasse algum dia sem trabalhar, não constitui[ria] obstáculo ao reconhecimento da relação de emprego [...] porque a subordinação, nesse novo contexto de organização da forma de trabalho, apresenta-se de maneira diferenciada”,

---

profissional. Essa previsão, que elimina a subordinação, tem sido um ponto recorrentemente frisado pelo TST como forma de comparar que os valores a serem repassados aos “ubersitas” pela plataforma seriam muito superiores aos que “de praxe” são praticados no mercado (BARBOSA JUNIOR, 2020).



avultando que se de um lado a tecnologia avança, também devem avançar as formas de interpretação do Direito de modo que elas não restem obsoletas<sup>9</sup> (BRASIL, 2021a).

Outro argumento contrário à inexistência de subordinação está presente na sentença da 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte datada de 2019, quando a juíza do caso avultou que “o motorista somente toma ciência do destino escolhido pelo usuário, quando o recebe em seu veículo e dá o comando de início da corrida”, o que denotaria, ao seu ver, claramente a impossibilidade de escolha, não sendo factível não ler este argumento em concomitância ao fato de que, se porventura o prestador de serviço se negue ao mesmo, cancelando a viagem por exemplo, este poderia ser “negativado”, logo, prejudicando a sua reputação perante a empresa, o que lhe ocasionaria prejuízos no que tange ao repasse de outras viagens (BRASIL, 2019). Além disso, interessante notar que nessa decisão, a referida juíza também ordenou o repasse dos prejuízos sofridos por parte do “uberista” quanto ao uso/desgaste do veículo quando do reconhecimento do vínculo entre este e a plataforma, denotando a superação do elemento da alteridade acima referido.

Apesar de o julgamento ainda não ter sido concluído forte em um pedido de vista, a própria 3ª Turma do TST, em dezembro de 2021, já formou o posicionamento majoritário de que há, sim, vínculo de emprego entre motoristas e as plataformas de transporte, tendo manifestando-se o Relator Ministro Maurício Godinho Delgado (2022) no sentido de que a subordinação é evidente na medida em que o motorista “só consegue realizar [...] serviço [prestado] porque existe uma entidade empresarial gestora extremamente sofisticada, avançada, de caráter mundial, a qual consegue realizar um controle minucioso da prestação de serviço”, seja pela permanente fiscalização, através do algoritmo, de sua rota, seja pelo concreto e intenso controle digital que é exercido pelo aplicativo por meio dos canais de reclamação entre o cliente e a empresa sobre o serviço que está sendo prestado (BRASIL, 2022)<sup>10</sup>. Sobre esse ponto, aliás, importante notar que a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em setembro de 2021, já havia apontado que o fato de se “terceirizar” a avaliação não implica em uma desconstituição da subordinação, vez que a plataforma pode excluir os motoristas pautando-se neste fato, além de se responsabilizar pela sua remuneração (BRASIL, 2021c).

Nesse sentido, a despeito da prática ser divergente da teoria e uma breve observação da realidade, reputa-se já ser suficiente a comprovação do caráter utópico dessa liberdade que os prestadores de serviços teriam caso sejam realmente considerados “colaboradores/parceiros” das plataformas/empresas de aplicativo, denotando, por outro lado que mesmo os conceitos jurídicos postos, a depender da interpretação a eles conferida, preparam o terreno para o capitalismo de plataforma prosperar. Afinal, as empresas de aplicativo prometem a liberdade como sendo um atributo essencial, mas não garantem segurança econômica e dignidade humana, sendo que esses

9 No voto prevaletente deste caso destacou-se, ainda, o artigo 6º, parágrafo único, da CLT que equipara os meios telemáticos e informatizados de supervisão aos meios pessoais e diretos de comando, de modo que a subordinação, na atualidade, pode estar sendo avaliada de outra forma (BRASIL, 2021a). Apesar disso, note-se que em recente decisão, o TST suspendeu a realização de perícia técnica no algoritmo da Uber que permitiria obter informações mais concretas sobre essa subordinação (BRASIL, 2021c). Acredita-se que essa decisão, em que pese fundamentada em critérios de sigilo empresarial, teria sido determinante para efetivar o entendimento do TRT-MG.

10 Para mais informações sobre a referida sessão de julgamento, ver: TST: maioria da 3ª Turma vê vínculo entre motorista e aplicativo (2021).

são imprescindíveis para aquela existir.

Não há escolha quando a alternativa é o desemprego. Por isso, é verificado uma realidade não só divergente da teoria, mas verdadeiramente oposta a esta, em que o auto-gerenciamento deu origem a uma vida à espera constante de solicitação de serviço, mecanizada em função do *smartphone*, marcada por jornadas extensas, abolição de dias de descanso e necessidade de aderência a outros aplicativos. Em que a falta do relógio de ponto não significou, nem por um momento, a liberdade do trabalhador *just-in-time*, que recebe o pagamento apenas sobre o serviço efetuado, embora esteja conectado a todo momento para realizar a atividade de imediato (ABÍLIO, 2020, p. 115-117).

Longe de trabalhar como entregador por conta de um desejo de se tornar microempreendedor, o entregador está lá, na imensa maioria das vezes, por falta de alternativa a outras formas mais dignas de trabalho, ou seja, o que caracteriza o engajamento a esse tipo de trabalho não é uma adesão voluntária, mas uma ‘adesão social compulsória’ (AMORIM, 2020)

Mesmo frente a um aparente microempreendedorismo, uma clara relação subordinada mediante o “gerenciamento eficaz e onipresente” (KREIN, 2018, p. 51) se consolida na sociedade, fomentando, em última instância, a legalização da informalidade. A partir da auto-proclamação das empresas como meras intermediárias da relação entre o consumidor e o prestador de serviço, ou seja, como plataformas que simplesmente centralizam a oferta e a demanda das atividades, retira-se delas os encargos inerentes à relação trabalhista, consubstanciando o processo de precarização das relações de trabalho, a qual não encontra no ordenamento internacional, por exemplo, prescrições que a contradiga abertamente, inexistido, com isso, previsões às quais forcem os Estados, dentre eles o Brasil, a repelir aberta e contundentemente tal prática.

## CONCLUSÃO

As plataformas digitais de trabalho, que se firmaram como padrão para o futuro laboral, são constituídas sobre as bases do retrocesso e da relativização dos direitos dos trabalhadores, isto é, o seu desenvolvimento - e o seu sucesso - são devidos, sobretudo, à precarização laboral. Os lucros dessas empresas têm, dessa maneira, a violação constante dos direitos básicos do trabalhador como fonte, enquadrando-se, assim, à prática do *dumping* social.

A vendida ideia de conquista de autonomia e de liberdade trouxe às classes historicamente subalternas uma sedutora aproximação com o empreendedorismo. A convicção de que a autorregulação e a falta de autoridade significariam a sua emancipação conquistou uma enorme quantidade de trabalhadores que, cansados de serem empregados, se fascinaram com a ideologia do gestor-de-si mesmo.

Em um cenário de crise econômica mundial, que colocou mais de 200 milhões de pessoas no desemprego, as empresas de aplicativo ascenderam como uma solução rápida e fácil pela qual as pessoas conseguiram garantir os seus sustentos. Retirar delas esse mérito é, no mínimo, injusto.

Não é inédito na história a recorrência à informalidade em contextos de desemprego em massa. A diferença, no entanto, observada no caso da uberização do trabalho, é que ela legaliza a condição de trabalho informal, mascarando-a de microempreendedorismo.

Na seara do capitalismo de plataforma, portanto, muito embora ele tenha sido uma fonte de renda importante, os retrocessos acarretados são gritantes e nocivos à sociedade, os quais não foram levados em consideração quando houve essa adesão generalizada. Atualmente, com o espraiamento das plataformas digitais de trabalho, o número de estudos acerca das consequências sociais acarretadas por ela tem se expandido cada vez mais, o que nos mostra, claramente, que elas aprofundam a exploração do trabalhador, retrocedendo, brutalmente, com direitos laborais conquistados através de muitas lutas dos trabalhadores.

Assim, em uma analogia, é possível afirmar que a multidão desempregada disposta à informalidade - pós-crise de 2008 - foi o combustível para colocar em prática o capitalismo de plataforma. Entretanto, o que está no âmago do fenômeno é a ideologia de gestor-de-si mesmo, que outorga ao trabalhador o cargo de microempreendedor, colaborador dos aplicativos, sendo, assim, o seu motor. Por isso, mesmo quando os efeitos da crise começaram a se amenizar, e o mercado de trabalho foi se normalizando, as empresas de aplicativo continuaram a se espalhar territorial e setorialmente, ou seja, se, alguns anos atrás, a Uber só existia em capitais dos países, hoje, é difícil encontrar cidades onde ela ainda não chegou; em mesmo sentido, se, antes, os aplicativos se restringiam ao transporte de pessoas e a entregas de comida a domicílio, hoje, eles existem para os mais variados tipos de serviço.

Isto porque o que mantém a mão-de-obra em massa constante nas plataformas digitais de trabalho não é o desemprego, mas a ideia de autonomia despejada sobre os trabalhadores. Essa ganha respaldo quando o controle unilateral da atividade exercida pelos aplicativos é eficazmente mascarado possibilitando o enquadramento do trabalhador à condição de autônomo, como previsto por lei. Diante disso, entretanto, movimentos contrários à precarização do trabalho exercido por essas empresas vêm crescendo e ganhando espaço, o que acarretou várias decisões judiciais em prol dos trabalhadores.

Assim, é possível inferir que o tripé econômico-ideológico-jurídico produziu um cenário propício para o capitalismo de plataforma prosperar, se disseminando velozmente pela sociedade. Esse rápido crescimento impossibilitou uma análise aprofundada acerca dos perigos que rondavam esse nascente formato laboral, muito embora ele já seja objeto de pesquisa crescente nas mais diversas áreas do conhecimento. Nesse sentido, parece já ser irrefutável que as plataformas digitais de trabalho têm se modificado, visto que são frutos de um fenômeno contemporâneo, que, sendo recentes, não se estabeleceram em um formato único. Elas vêm sendo transformadas conforme as pautas levadas ao âmbito jurídico, e de acordo com as reivindicações sociais promovidas pelo aprofundamento de estudos, que culmina na popularização do conhecimento.

É evidente que há um longo caminho a ser percorrido para que a uberização do trabalho seja regulamentada, de maneira que todas as empresas de aplicativo respeitem os direitos laborais básicos e ofereçam condições dignas de trabalho, mas é igualmente importante observar esse

fenômeno como um movimento recorrente na história, em que o retrocesso em relação aos direitos trabalhistas é utilizado em função do aumento das margens de lucro dos trabalhadores - a prática do *dumping* social -. Por isso, as lutas dos trabalhadores devem ser contínuas e os ganhos obtidos através delas devem ser constantemente defendidos.

## REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA da Uber. Osasco: Uber, c2021. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/Hist%C3%B3ria/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

A UBERIZAÇÃO do Trabalho. Direção: Carlos Juliano Barros; Caue Angeli; Maurício Monteiro Filho. Produção: Carlos Juliano Barros. Roteiro: Carlos Juliano Barros; Maurício Monteiro Filho. Brasil: Repórter Brasil, 2019. 1 filme (60 min.), son., color.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. **Uberização do trabalho**: subsunção real da viração. [S. l.]: Passa Palavra, 2017. Disponível em: <https://passapalavra.info/2017/02/110685/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 111–126, jan. 2020.

AGREEMENT on implementation of article VI of the general agreement on tariffs and trade 1994. Geneva: World Trade Organization, [2021]. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/adp\\_e/antidum2\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/antidum2_e.htm). Acesso em: 25 fev. 2021.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 129-141, 1999.

AMORIM, Henrique José Domiciano. Da falsa ideia de empreendedorismo e autonomia à dura realidade da exploração algorítmica do trabalho de entregadores. [Entrevista cedida a] Ricardo Machado e João Vitor Santos. **Instituto Humanias Unisinos**, São Leopoldo, 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/601363-da-falsa-ideia-de-empreendedorismo-e-autonomia-a-dura-realidade-da-exploracao-algoritmica-do-trabalho-de-entregadores-entrevista-especial-com-henrique-amorim>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ANDRADE, Isabela Piacentini de. **A cláusula social e os tratados internacionais do comércio**. 2002. 128 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

ANTUNES, Luana. **Aplicativo de carros ‘tipo Uber’**: 9 apps para pedir corridas ou caronas. [S. l.]: TechTudo, 2020. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2020/10/aplicativo-de-carros-tipo-uber-9-apps-para-pedir-corridas-ou-caronas.ghtml>. Acesso em: 31 mar. 2021.

ANTUNES, Ricardo. “Uberização” do trabalho: caminhamos para a servidão, e isso ainda será um privilégio. [Entrevista cedida a] Heitor Peixoto. **Congresso em Foco**, Brasília, 25 jul. 2019. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591102-uberizacao-nos-leva-para-a-servidao-diz-pesquisador>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. A recente decisão do TST e o vínculo de emprego entre motoristas e aplicativos. **ConJur**, São Paulo, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-22/barbosa-junior-tst-vinculo-entre-motoristas-aplicativos>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BARROS, Alexandre Rands. Dependência, dumping social e nacionalismo. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 31-46, 1995.

BARROS, Carlos Juliano. Gamificação: como o trabalho vira uma gincana viciante e até perigosa. **UOL**, São Paulo, 08 mar. 2021. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/carlos-juliano-barros/2021/03/08/gamificacao-como-o-trabalho-vira-uma-gincana-viciante-e-ate-perigosa.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BAZOLLI, Afonso. Gamification motiva e amplia a produtividade em contact centers. *In: Blog Televendas & Cobrança*, [s. l.], 04 nov. 2013. Disponível em: <https://www.televendasecobranca.com.br/estrategia-e-modelagem/gamification-motiva-e-amplia-a-produtividade-em-contact-centers-27577/>. Acesso em 05 abr. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 11937, 11 ago. 1943. 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: 01 jun. 2021.

BRASIL. Previdência Social. Lei nº 5.890, de 11 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 jun. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15890.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15890.htm). Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. Secretaria de Governo da Presidência da República. Lei nº 13.352, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei nº 12.592, de 18 de janeiro 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 208, p. 5, 28 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0010635-18.2017.5.03.0137**. FERNANDO HARRISON DIAS, qualificado à f. 03, ajuizou reclamação trabalhista contra UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., alegando, em síntese, o seguinte: que foi contratado pela reclamada em 15/06/2015; que o contrato se encerrou em 14/02/2017 [...]. Recorrente: Fernando Harrison Dias. Recorrido: UBER do Brasil Tecnologia LDTA. Relatora: Juíza Ana Maria Espi Cavalanti, 22 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 0010258-59.2020.5.03.0002**. A embargante alega que sua petição de ID. c976ea4, apresentada após manifestação do Ministério Público do Trabalho e antes julgamento do recurso ordinário, não foi apreciada pelo acórdão. Embargado: Rodrigo de Almeida Macedo. Embargante: UBER do Brasil Tecnologia LDTA. Relator: Min. Antônio Gomes de Vasconcelos, 02 fev. 2021a.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Ação Trabalhista - Rito Ordinário**

**0021864-81.2017.5.04.0028.** Trata-se de petição inicial com indicação de valores aproximados para cada pedido formulado e atribuição de valor da causa para fins de adequação ao rito. Considerando que o dever legal de documentação do contrato de trabalho é do empregador e que a nova redação do artigo 840 da CLT dada pela Lei nº 13.467/2017 não refere à liquidação inequívoca dos pedidos e, sim, à mera indicação de valores, entendo que restam preenchidos os requisitos legais da petição inicial, não havendo que se falar em adequação ou emenda à inicial. Inclua-se o feito em pauta de audiências iniciais. Notifique-se as partes. Recorrente: Alexandre Roberto de Oliveira. Recorrido: UBER do Brasil Tecnologia LDTA. Relator: Juiz Atila da Rold Roesler, 05 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Recurso de Revista 100353-02.2017.5.01.0066.** Recurso de revista processo sob a égide da lei 13.015/2014 e anterior à lei 13.467/2017. Uber do brasil tecnologia ltda. natureza jurídica da relação mantida entre os trabalhadores prestadores de serviços e empresas que organizam, ofertam e efetivam a gestão de plataformas digitais de disponibilização de serviços de transporte ao público, no caso, o transporte de pessoas e mercadorias. novas formas de organização e gestão da força de trabalho humana no sistema capitalista e na lógica do mercado econômico [...]. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 06 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). **Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038.** Agravo de instrumento em recurso de revista. Acórdão publicado na vigência da Lei nº 13.015/2014. vínculo de emprego. motorista. Uber. Ausência de subordinação. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 3º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento de recurso de revista [...]. Embargante: Marcio Vieira Jacob. Embargada: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues, 07 jun. 2021b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Tutela Cautelar Antecedente 1000825-67.2021.5.00.0000.** Em sua petição, a Requerente narra que já se encontrava a preclusa a oportunidade para requerer a produção da prova pericial questionada, pois o Requerido já havia sido intimado para manifestação, tendo indicado especificamente as provas que pretendia produzir, sem aludir à necessidade da prova técnica. Requerente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Requerido: Juízo da 80ª vara do Trabalho do Rio de Janeiro - RJ. Relator: Juiz Douglas Alencar Rodrigues, 28 maio 2021c.

CAMPOS, Catherine Fernandes de. **A Crise do Subprime e seus efeitos sobre os Estados Unidos e reflexos no Brasil.** 2010. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2010.

CARTA CAPITAL. **A uberização das relações de trabalho.** São Paulo: Carta Capital, 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/a-uberizacao-das-relacoes-de-trabalho/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

DESGRANGES, Nina. Os algoritmos do empreendedorismo: a plataformação do trabalho de entregadores de iFood. **Pensata**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 2-16, 2021.

DUMPING social: indenização deve ser requerida pelo ofendido. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013. Disponível em: [https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido](https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido). Acesso em: 25 mar. 2021.



DUMPING. *In*: GLOSSARY. Geneva: World Trade Organization, [2021]. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/glossary\\_e/glossary\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/glossary_e.htm). Acesso em: 21 fev. 2021.

ENTREGADOR Antifascista critica precarização do trabalho e omissão de veículos da imprensa. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (14 min.). Publicado pelo canal Folha de S. Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ttciccleoIq>. Acesso em: 05 abr. 2021.

FESTI, Ricardo. Artigo: A distopia do capitalismo de plataforma. **Correio Braziliense**, Brasília, 25 fev. 2020. Opinião. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/02/25/internas\\_opiniaio,830394/artigo-a-distopia-do-capitalismo-de-plataforma.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/02/25/internas_opiniaio,830394/artigo-a-distopia-do-capitalismo-de-plataforma.shtml). Acesso em: 02 abr. 2021.

FONSECA, Mariana. Quais são as startups de delivery preferidas dos brasileiros?. **Exame**, [s. l.], 08 jun. 2020. Disponível em: <https://exame.com/pme/quais-sao-as-startups-de-delivery-preferidas-dos-brasileiros/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. **Marx e o Marxismo - Revista do NIEP Marx**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 45-67, 2017.

KALIL, Renan Bernardi. **Capitalismo de plataforma e direito do trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos**. 2019. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; FREITAS, Paula; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 52, p. 41-66, 2018.

LEGAL texts: the WTO agreements. Geneva: World Trade Organization, [2021]. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/ursum\\_e.htm#fAgreement](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#fAgreement). Acesso em: 23 fev. 2021.

LUXEMBURGO, Rosa. **A acumulação de capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MARTINS, Eduardo Cândido; PARREIRA JÚNIOR, Walteno Martins. Aplicação da Gamificação na Sustentação de Sistemas. *In*: SIMPÓSIO DA PÓS-GRADUAÇÃO DO IFTM, 3., 2016, Uberaba. **Anais [...]**. Uberaba: IFTM, 2016. v. 3.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O dumping social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 43, p. 40-61, 2015.

MORAES, Maria Regina Cariello. Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 37, n. 126, p. 287-289, 2012.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio

Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 3, p. 136-153, 2011.

PRINCIPLES of the Trading System. Geneva: World Trade Organization, [2021]. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

SANDRONI, Paulo. **O que é mais-valia?**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

SENA, Victor. Pesquisa mostra que aplicativos como Uber atraem legião de desempregados. **Exame**, [s. l.], 11 nov. 2020. Carreira. Disponível em: <https://exame.com/carreira/pesquisa-mostra-que-aplicativos-como-uber-atraem-legiao-de-desempregados/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

TRADE and Labour Standards. [Geneva: World Trade Organization, 1996]. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min96\\_e/labstand.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/labstand.htm). Acesso em: 10 mar. 2021.

TST: maioria da 3ª Turma vê vínculo entre motorista e aplicativo. **Migalhas**, [s. l.], 15 dez. 2021. Vínculo de emprego. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/356651/tst-maioria-da-3-turma-ve-vinculo-entre-motorista-e-aplicativo>. Acesso em: 20 fev. 2022.

UBERIZAÇÃO. *In*: ACADEMIA Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, [2021]. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/uberizacao>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UBERIZE. *In*: CAMBRIDGE Dictionary. Cambridge: Cambridge University, [2021]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/uberize>. Acesso em: 31 mar. 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Dez anos após a crise de 2008, bancos seguem no controle da economia. **Brasil de Fato**, Brasília, 15 set. 2018. Mercado. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/09/15/dez-anos-apos-a-crise-de-2008-bancos-seguem-no-controle-da-economia>. Acesso em: 02 abr. 2021.

WAKKA, Wagner. **Brasil tem uma dezena de apps regionais similares a Uber e Cabify**; conheça-os. [S. l.]: CanalTech, 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/brasil-tem-uma-dezena-de-apps-regionais-similares-a-uber-e-cabify-conheca-os-129693/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? - Dumping. **Desafio do Desenvolvimento**, Brasília, ano 3, n. 18, p. 64, 2006. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23](https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23). Acesso em: 01 jun. 2021.

**Como citar**: OKUSIRO, Izabela Ambo; SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. A utilização do *dumping* social pelo capitalismo de plataforma: o processo da uberização do trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 52-74, nov. 2023. DOI: 10.5433/21788189.2023v27n3p52-74. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 01/04/2022

Aprovado em: 28/02/2023

**CONTRIBUIÇÕES DO *FOREST STEWARDSHIP COUNCIL* AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONJUGAÇÃO DE INTERESSES POR MECANISMOS DE GOVERNANÇA**

FOREST STEWARDSHIP COUNCIL'S  
CONTRIBUTIONS TO SUSTAINABLE  
DEVELOPMENT: CONJUGATION OF INTERESTS  
BY GOVERNANCE MECHANISMS

**Celi Aparecida Consolin Honain\***  
**Flávio de Miranda Ribeiro\*\***

\*Mestre em Direito Ambiental  
(Universidade Católica de Santos,  
UNISANTOS/SP)  
E-mail: celihonain@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5689-8962>

\*\*Docente (Universidade Católica  
de Santos, UNISANTOS/SP)  
Doutor em Ciências Ambientais  
(Universidade de São Paulo,  
USP/SP). Mestre em Energia  
(Universidade de São Paulo, USP/  
SP)  
E-mail: flv.ribeiro@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9856-6066>

**Como citar:** HONAIN, Celi Aparecida Consolin; RIBEIRO, Flávio de Miranda. Contribuições do *forest stewardship council* ao desenvolvimento sustentável: conjugação de interesses por mecanismos de governança. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 75-93, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p75-93. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** No contexto marcado pela transnacionalidade, surgem novos modos de normatização ambiental não mais marcados pelo poder estatal com seus instrumentos jurídicos tradicionais de comando e controle. Destacam-se os instrumentos privados, como o *Forest Stewardship Council (FSC)*, que se propõem a enfrentar questões complexas, como as ambientais, para as quais os instrumentos convencionais sozinhos não têm se mostrado eficientes em muitos casos. O objetivo deste artigo é demonstrar que a forma como o FSC se estrutura e traz impactos positivos para o desenvolvimento sustentável. Baseado em ampla governança, com participação igualitária de representantes dos três pilares: social, ambiental e econômico-, consegue conjugar interesses de diversos *stakeholders*, contribuindo para a governança ambiental global, como instrumento *soft law*. Ademais, suas ações são pautadas em dez princípios amplos e normas que também se alinham aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030. A pesquisa foi exploratória, bibliográfica e documental, de modo que os dados coletados foram analisados pelo método dialético e dedutivo. Conclui-se que, na busca pelo desenvolvimento sustentável, como uma das primeiras urgências coletivas, o FSC tem desempenhado papel relevante como indutor de mudanças no paradigma ambiental do manejo florestal

e da cadeia de custódia da madeira. Acredita-se que as lições aprendidas na experiência do FSC possam inspirar iniciativas semelhantes em outros temas complexos da sustentabilidade.

**Palavras-chave:** certificação ambiental privada; FSC; governança; ODS; *soft law*.

**Abstract:** In the context marked by transnationality, new modes of environmental standardization appear, not marked by state power with its traditional legal instruments of command and control. Private instruments stand out, such as the Forest Stewardship Council (FSC), which aim to tackle complex issues, such as the environmental ones, for which conventional instruments alone have not been effective in many cases. The purpose of this article is to demonstrate that the way the FSC is structured has positive impacts for sustainable development. Based on broad governance, with equal participation of representatives from the three pillars: social, environmental and economic, it manages to combine the interests of several stakeholders, contributing to global environmental governance, as a soft law instrument. In addition, its actions are guided by ten broad principles and standards that also align with the Agenda 2030 SDGs. The research was exploratory, bibliographic and documentary, so that the data collected were analyzed using the dialectic and deductive method. It is concluded that, in the search for sustainable development, as one of the first collective emergencies, the FSC has played an important role in inducing changes in the environmental paradigm of forest management and the chain of custody of wood. Lessons learned at the FSC case study can be taken as inspiration to other initiatives on complex sustainability issues.

**Keywords:** private environmental certification; FSC; governance; ODS; soft law.

## INTRODUÇÃO

Os problemas ambientais globais, até a década de 80, eram considerados como questões menores pela maioria dos governos. Todavia, receberam um novo olhar na política mundial, com a divulgação das ameaças que tais questões representariam ao bem-estar da humanidade – como mudanças climáticas e esgotamento da camada de ozônio-, somada ao crescimento dos movimentos ambientais nos países industrializados. Por tal razão, além de governos, muitos outros atores se debruçaram sobre esses problemas ambientais a fim de enfrentá-los.

Ademais, desde a década de 70, a demanda da população mundial sobre a natureza por ano ultrapassou a capacidade que a Terra tem de se renovar no mesmo período. E isso só foi se agravando ao longo dos anos subsequentes, pois, com o aumento populacional, a demanda por recursos naturais também aumentou, gerando mais resíduos e poluição.

Nessa demanda maior por recursos naturais, -como água, energia, alimentos- inclui-se a madeira. E foi em atenção a este ponto, como resposta às preocupações sobre o desmatamento global, que o *Forest Stewardship Council*<sup>1</sup> – FSC foi criado na década de 90, para promover o manejo responsável das florestas, no mundo todo, por meio de certificação ambiental privada.

Essas certificações, por meio de rotulagem, são uma das estratégias de ações ambientais além do *Compliance*, ao lado de economia circular, *ecodesign*, relatórios ambientais, consumo sustentável, sistema de gestão ambientais, produção mais limpa, avaliação do ciclo de vida. Apesar de ditas voluntárias quanto à adesão, as empresas têm investido cada vez mais nessas estratégias, que compatibilizem seus próprios objetivos com o desenvolvimento sustentável, indo além das exigências legais.

Um aspecto interessante da rotulagem, como certificação privada, é o fato de ser regida por normas do mercado<sup>2</sup>. Dessa forma, por meio da outorga de um selo, atesta-se o atendimento a características pré-definidas de um produto ou serviço, a fim de ajudar a direcionar as escolhas de alguns consumidores, conforme às suas exigências.

Fato é que essas novas organizações sociais privadas, como o FSC, têm contribuído para o enfrentamento de problemas ambientais. Embora esses meios privados não substituam os instrumentos regulatórios, como os de comando e controle exercido pelo poder público, eles os complementam. Destaca-se ainda, que por serem privadas, tais certificações não contam com a interferência estatal, nem ficam sujeitas a oscilações que, dependendo do comprometimento da política governamental vigente, afetam a tutela das questões ambientais.

E mais, as práticas voluntárias têm se mostrado eficazes para modelar comportamentos ambientalmente corretos por parte de empresas que, seja por consciência ambiental ou por interesse econômico, buscam tais selos, ajustando-se a todas as exigências dessas certificadoras.

O objetivo deste artigo é estudar alguns aspectos da certificação FSC em particular, porque, entre as certificações ambientais privadas, é a que detém maior credibilidade internacional.

1 Em Português, Conselho de Manejo Florestal.

2 Todavia há exceções. Existem rótulos que são obrigatórios, impostos por regulação. É o exemplo de produtos contendo organismos geneticamente modificados (OGM).



Além disso, aparentemente, é a única que se estruturou de forma a agregar interesses de grupos ambientais, econômicos e sociais, de maneira equitativa.

É nesse ponto que esta pesquisa pretende se centrar, por ir ao encontro das balizas para o desenvolvimento sustentável. Para tanto, analisar-se-á como o FSC é estruturado, bem como as dinâmicas decisórias adotadas para, de fato, agregar interesses tão diferentes e conflitantes. Nesse aspecto, abordam-se alguns pontos de sua gestão baseada em governança e consenso que lhe confere legitimidade.

Esse processo, que agrega a participação de vários atores, favorece uma visão ampla das questões ambientais, não se limitando a uma abordagem por um só prisma. Isso assume especial relevo na complexidade que envolvem as questões ambientais, principalmente no caso das florestas, pela sua grande biodiversidade e tantas outras questões que imbricam nesse processo.

Ademais, aborda-se também que, como o FSC está alinhado com as diretrizes do desenvolvimento sustentável - na medida em que se observam, em suas decisões, as questões ambientais, sociais e econômicas-, acaba por contribuir para o cumprimento de diversos dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS da Agenda 2030.

Nesse sentido, procura-se demonstrar que o FSC, de alguma forma, alinha-se a vários ODSs, não se limitando às questões referentes ao bioma das florestas (especificados no ODS 15). Ressalta-se, isso só ocorre porque, por meio de governança, foram estabelecidos princípios e normas que reverenciam questões trabalhistas, tributárias, indígenas e tantas outras, que de alguma forma incidem na questão das florestas.

Para esta pesquisa, consultou-se a doutrina especializada bem como a legislação aplicáveis ao tema. Os métodos empregados foram o dialético e dedutivo. A metodologia foi predominantemente bibliográfica e documental.

## **1 AS CERTIFICAÇÕES SOCIOAMBIENTAIS PRIVADAS NO CONTEXTO DA TRANSNACIONALIDADE**

A sociedade contemporânea, com seus novos problemas complexos e multifacetados, abriu espaço para outros instrumentos, que pudessem contribuir no enfrentamento para tais questões. Ademais, ficou evidente que muitos dos novos problemas não se limitam às fronteiras geográficas estatais, e que nem era possível resolvê-los apenas com instrumentos de comando e controle. Nessa realidade fática, marcada também pela globalização, a transnacionalidade assume relevo.

Por transnacionalidade entende-se um processo pelo qual as relações sociais, desencadeadas pelos mais diversos fatores e fins, não mais se restringem aos limites territoriais dos Estados Nacionais, muito menos à soberania desses (STAFFEN; NISTLER, 2014, p. 1543).

Essa nova dinâmica de relações sociais entre os membros da comunidade internacional, segundo Smolarek Dias (2015, p. 76), “[...] gerou a eliminação das fronteiras de diferenciação

entre eles, sendo hodiernamente impossível a separação entre o nacional e o internacional, entre o próprio e estrangeiro, entre o público e o privado.”

Nesse caso, a função regulatória tradicional – que ocorria no âmbito doméstico, interestatal decorrente da atividade do próprio Estado – sofreu dois deslocamentos: “[...] do nacional para o transnacional e do público para o privado [...]” (NASSER, 2015, p. 130). Ou seja, a normatização que era propriamente estatal amplia-se com a inserção de novos atores. Dessa forma, a ação administrativa de padronização passa a ser operada diretamente também por entes privados.

Ressalva-se, entretanto, que, ao se falar em transnacionalização, não se exclui o Estado, apenas o coloca entre outros tantos atores. Ademais, as normatizações privadas não desprezam as regulações estritamente estatais; pelo contrário, elas se posicionam em conformidade a estas e vão além – caracterizando o que se denomina como “ação ambiental além do *compliance*”. Observa-se, então, que há uma ampliação tanto da normatização em si, quanto dos atores envolvidos.

É que, nesse cenário contemporâneo, as conexões não se limitam entre dois polos ocupados por Estados. Nessas conexões transnacionais, ao lado dos Estados, ocupam espaços empresas, ONGs, comunidades epistêmicas, universidades e outros atores. Explicam Djelic e Sahlen (2006) que os atores dessa nova governança se conectam e convergem seus interesses “*across fluid boundaries*”<sup>3</sup>. E essa “maior interdependência e emaranhamento fomentam a necessidade de comparações e parâmetros de referência [...]”. Isso, por sua vez, gera ainda mais atividade regulatória.” (SAHLEN, 2006, p.7).

O impacto dessa nova forma de normatização é amplo. Incide na própria empresa, nos produtos, no processo de produção, no meio ambiente, no mercado nacional e internacional. Observa-se ainda que o escopo de regulações privadas por meio de certificações é crescente e em diferentes áreas<sup>4</sup>, entre as quais se destacam as socioambientais.

A preocupação com as questões ambientais e de sustentabilidade emergiram de forma mais organizada a partir de 1968, com a Conferência da Biosfera, seguidas por várias discussões e publicações, que foram determinantes para que, em 1972, a Conferência de Estocolmo acontecesse. Desponta, então, a ideia de ecodesenvolvimento<sup>5</sup>.

Nota-se que, ao longo das outras Conferências e Declarações Ambientais subsequentes à de Estocolmo, evidenciou-se que, para se alcançar o desenvolvimento sustentável, outros mecanismos mais participativos, como por exemplo a governança, eram necessários para o enfrentamento de problemas globais e complexos.

Apesar de a governança, por natureza, ser ampla e poder incluir o setor público (LIMA; GONÇALVES, 2017, p. 8), no caso das normas socioambientais privadas, ocorre uma padronização por atores não estatais. Não são oriundas nem da regulação do estado, nem da sociedade estatal

---

3 “através de linhas fluidas” (tradução livre).

4 A exemplo, citam-se as normas ISO (*International Organization for Standardization*). Apesar de a ISO 14001 ser a mais conhecida, a qual estabelece um sistema de gestão ambiental, há inúmeras outras. A exemplo, a ISO 27001, que estabelece um Sistema de Gestão de Segurança da Informação.

5 Este conceito foi criado primeiramente por Maurice Strong (1973) para designar uma concepção alternativa de política do desenvolvimento, para a qual Sachs formulou seus princípios básicos. Atualmente, Sachs usa o conceito ecodesenvolvimento como sinônimo de desenvolvimento sustentável (BRÜZEKE, 1993).

internacional, mas são mais eficientes do que a *hard law*.

É o próprio setor privado que se auto regula, se auto fiscaliza, com consequências positivas para o desenvolvimento sustentável e para si próprio.

### 1.1 A ROTULAGEM COMO AÇÃO EMPRESARIAL ALÉM DO *COMPLIANCE*

Já ficou evidenciado ao setor empresarial, que ações ambientais além do *compliance* podem representar uma oportunidade econômica e competitiva.

Nesse sentido, Porter e Van Der Linde (1995, p. 130) destacam que “*To avoid making the same mistakes, managers must start to recognize environmental improvement as an economic and competitive opportunity, not as an annoying cost or an inevitable threat*”<sup>6</sup>. Observam ainda que é necessária outra mentalidade, não mais estática e centrada apenas na conformidade regulatória tradicional.

De fato, ir além pode trazer benefícios ao meio ambiente e aos negócios conjuntamente. E, como são ações ambientais além do *compliance*, devem trazer benefícios à empresa sim. Ademais, implantar algum dos instrumentos dessas ações (relatórios ambientais, consumo sustentável, sistema de gestão ambientais, produção mais limpa, avaliação do ciclo de vida, economia circular, *ecodesign*, dentre outros) envolve custo – mas pode resultar em reduções de desperdício ou mesmo novas receitas, gerando resultados financeiros muitas vezes positivos.

A rotulagem, como uma dessas ações empresariais, é entendida como “[...] atribuição de um selo ou rótulo a um produto para comunicar ao seu consumidor que este atende aos padrões ambientais requeridos para sua concessão [...]” (ROTULAGEM..., 2002).

Há rótulos confiáveis, que realmente atestam o produto final bem como todo o processo produtivo, com total respeito ao consumidor que vai decidir sua escolha pela qualidade que o selo atesta. Aliás, são éticos e têm potencial de direcionar até mesmo a compra pública.

Todavia, ao lado desses, há aqueles ludibriosos em que a certificação não corresponde à realidade. São configurados como *Greenwashing*, ou seja, uma informação falsa para ostentar um *status* irreal de sustentabilidade de uma ação, um produto ou um serviço, para fins vantajosos no mercado (OTTMAN, 2012).

Esses, pautados em *marketing* enganoso, além de não terem compromisso nem com o meio ambiente e nem com o consumidor, ainda põem em risco a imagem da rotulagem em geral. Nas palavras de Porter e Van Der Linde (1995, p. 129): “*Bad regulation is damaging to competitiveness, but the right kind of regulation can enhance it*”<sup>7</sup>.

Muito embora esta reflexão tenha sido feita no contexto da regulação pelo estado, o mesmo se aplica às da esfera privada.

---

6 “Para evitar cometer os mesmos erros, os gerentes devem começar a reconhecer a melhoria ambiental como uma oportunidade econômica e competitiva, não como um custo irritante ou uma ameaça inevitável.” (tradução livre)

7 “A má regulamentação prejudica a competitividade, mas o tipo certo de regulamentação pode aprimorá-la.” (tradução livre)

## 2 A CERTIFICAÇÃO FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL

O *Forest Stewardship Council* (FSC), que em português significa Conselho de Manejo Sustentável, surgiu como resposta aos intensos desmatamentos que ocorriam na década de 90 em florestas tropicais, inclusive na Amazônia (FSC, 2012b).

Almejava-se garantir que a extração de madeira ocorresse com foco na sustentabilidade, com menor impacto possível ao meio ambiente. Dessa forma, esse produto -diferenciado e com valor agregado- ostentaria um selo atestando que a madeira utilizada foi originada de manejo responsável das florestas. Por tais características, esse produto responderia às exigências de muitos mercados.

Em 1993, foram emitidos os primeiros certificados de Cadeia de Custódia (nos Estados Unidos) e os certificados de Gestão Florestal (no México). Nesse mesmo ano, no Canadá, ocorreu a Assembleia Geral da entidade, na qual se elegeu a primeira direção do FSC, o qual foi oficialmente criado em 1994, como uma entidade independente, internacional, sem fins lucrativos, pautada por princípios universais a fim de garantir manejo florestal sustentável (FSC, 2012c, p. 2).

Tecnicamente, essa certificação é um processo voltado para três categorias: Manejo florestal, Madeira controlada e Cadeia de custódia. Na primeira, avaliam-se as técnicas de manejo florestal responsável segundo os princípios e normas do FSC. No entanto, apesar de os princípios e critérios serem internacionais, podem ocorrer adaptações ao contexto nacional ou regional onde se encontra a empresa (FSC, 2017a). Na segunda, deixa-se evidente que se trata de fonte mista, podendo ser associada somente com produtos de florestas certificados FSC. E na terceira, na Cadeia de Custódia, avalia-se o caminho de produção do produto, desde a floresta até o ponto em que é certificado com o selo FSC e/ou ainda comercializado. Para tanto, rastreia-se a matéria prima em toda sua cadeia produtiva (FSC, 2021, p. 2).

Ao ser certificada pelo FSC, a empresa obtém o selo no produto que evidencia sua responsabilidade socioambiental. Isso melhora a imagem corporativa; a credibilidade com parceiros comerciais, consumidores, instituições financeiras e organizações ambientais; como também o nível de eficiência na produção e organização<sup>8</sup>. Essa melhora em tantos aspectos contribui para que a empresa se mantenha em mercados já existentes e ainda se insira em novos.

### 2.1 A ORGANIZAÇÃO/ESTRUTURA FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL

O FSC é uma organização bem estruturada. Conta com um escritório central e diversos escritórios regionais.

O escritório central localiza-se em Bonn – Alemanha, coordena as atividades dos quatro escritórios regionais (África, Ásia, Europa e América Latina), bem como das iniciativas nacionais (ZARBINI, 2014, p. 9).

---

<sup>8</sup> Como, para ocorrer a certificação, há uma série de revisões sobre o processo produtivo, a empresa, consequentemente, acaba revendo desperdícios e falhas, podendo corrigi-los, melhorando assim a eficiência.

A cada três anos, ocorre a Assembleia Geral Internacional, que é a autoridade máxima da organização, na qual os membros discutem propostas de alterações e melhorias, como também se elege um Conselho Diretor<sup>9</sup>. Esse conselho é presidido por um Diretor Geral e conta com nove integrantes eleitos pelas câmaras (ambiental, social e econômica) para o mandato de três anos (MATTIELLO, 2015, p. 110-111).

No Brasil, desde 2001, há o Conselho Brasileiro de Manejo Florestal, que é uma das iniciativas nacionais. Todavia, esse escritório nacional permanente atua também como agente nominal, monitorando o uso da logomarca FSC no país (FSC, 2012a, p. 3).

Os membros brasileiros também se reúnem, mas anualmente, para discussões sobre soluções para o manejo florestal responsável, desafios, bem como sobre o futuro da organização (ALVES, 2018).

Do mesmo modo que, em Bonn, o Diretor Geral coordena uma equipe técnica para “executar estratégias e implementar as políticas da organização”; em São Paulo há uma Direção Executiva, que coordena um Conselho Diretor local e uma equipe técnica (ALVES, 2018).

O FSC possui um Plano Estratégico Global para o período 2015-2020 (FSC, 2015), pelo qual se esclarece qual o papel do FSC no enfrentamento aos desafios das florestas e dos atores florestais no cenário florestal global. Oportuno destacar que entre as metas desse plano estão: aumentar a quantidade de certificações, em especial em países tropicais; e promover ações que empoderam pequenos proprietários, mulheres, comunidades, trabalhadores, povos indígenas e outros grupos, dando-lhes voz.

Destaca-se que também existe um Plano Estratégico FSC Brasil 2015-2020. Esse documento apresenta “[...] a agenda estratégica, [...], cujo foco é interligar as pautas internacionais com as principais potencialidades e ameaças da realidade brasileira, frente ao projeto comum de fortalecimento do manejo florestal responsável em nosso país [...]” (FSC, 2015, p. 3).

Ambos os planos – global e nacional- dão sequência ao ciclo de planejamento quadrienal anterior (2011-2014), em um contínuo processo de avanço de cumprimento de metas. Por seu dinamismo e revisão constante, é apontado como um documento vivo (FSC, 2015).

Nota-se que no último plano estratégico do FSC Brasil (2022-2027), busca-se uma maior integração das pautas internacionais com as principais potencialidades e ameaças nacionais.

## 2.2 O PROCESSO DE GOVERNANÇA NA ORGANIZAÇÃO FOREST STEWARDSHIP COUNCIL

O FSC, como organização mundial, tem se destacado também pela forma como sua estrutura é baseada em um processo de governança ímpar, de forma a agregar os interesses de grupos ambientais, econômicos e sociais, de modo igualitário.

O mesmo modelo de governança adotado para o FSC Internacional estende-se para

---

<sup>9</sup> Compõem esse Conselho Diretor representantes de câmaras das diversas regiões. Como se verá na página seguinte, são três câmaras: social, econômica e ambiental. Cada uma delas representa os interesses de seu segmento e têm o mesmo poder de voto. Isso garante que tanto as questões sociais, ambientais e econômicas sejam relevadas em busca do desenvolvimento sustentável.

os conselhos nacionais<sup>10</sup>. Assim, o Conselho Brasileiro de Manejo Florestal subdivide seus membros<sup>11</sup>, conforme os interesses, em três câmaras: ambiental, social e econômica (ALVES, 2018). Segundo o próprio site da instituição, a câmara ambiental é composta por “[...] instituições sem fins lucrativos, organizações não-governamentais, institutos de pesquisa e cidadãos com interesse no manejo florestal ambientalmente correto das florestas nativas e plantadas.” Já a câmara econômica é representada por “empresas e organizações com interesse comercial, como: indústrias, comerciantes, associações atacadistas, associações varejistas e associações de consumidores.” E a câmara social é formada por “organizações sem fins lucrativos, organizações não-governamentais, associações comunitárias e entidades de representação dos Povos Indígenas e Quilombolas, dentre outras ligadas ao campo social” (FSC, 2020a).

Mesmo essas câmaras sendo formadas por grupos de poder econômico e interesses desiguais, a equidade no poder decisório é garantida, pois o peso dos votos para cada uma delas é o mesmo: um terço, ou 33,3%. Ademais, dentro de cada câmara, a tomada de decisão é determinada pela maioria dos votos de seus integrantes (FSC, 2020a).

Observa-se que esse modelo de governança e tomada de decisão das assembleias anuais estende-se para reuniões das instâncias diretivas: Comitê de Desenvolvimento de Padrões, Comitê de Resolução de Conflitos, Conselho Diretor, Conselho Fiscal. Os representantes de cada câmara nesses comitês e conselhos têm mandato de três anos (FSC, [2023c]).

O que fica evidente é que a estrutura de governança adotada garante ampla participação das múltiplas partes interessadas de forma direta e democrática. Assim, as decisões são construídas por meio de “negociações, acordos e consensos” entre os membros das três câmaras (ALVES, 2018).

No cenário da governança ambiental global, Philipp Pattberg (2005, p. 175) aponta três funções adicionais do FSC, que moldam os contornos dessa governança: “(1) *facilitating a solution to complex multi-interest problems*; (2) *brokering knowledge and norms among a wide range of stakeholders*; and (3) *constituting a learning network in environmental governance*”<sup>12</sup>.

Não há dúvida de que esse modelo robusto de governança construído pelo FSC, tanto em âmbito internacional quanto nacional, envolvendo múltiplos atores (*multistakeholders*) a fim de definir padrões para o manejo florestal responsável, foi e é decisivo para seu sucesso.

Todo esse processo baseado em governança com participação de múltiplas partes interessadas confere legitimidade a essa certificação. O que é confirmado por Lima e Gonçalves (2017, p. 22): “[...] a legitimidade das normas está identificada no seu processo de construção

10 A iniciativa nacional brasileira do FSC tem a mesma base da estrutura do FSC internacional. Promove uma Assembleia Geral, subdividida em câmaras (ambiental, social e econômica), a qual representa a “instância máxima do FSC Brasil”. Nessa Assembleia é escolhido o Conselho Diretor, que “conta com um secretariado executivo e coordenadores técnicos para auxiliar as ações deliberadas pela Assembleia Geral” (MATTIELLO, 2015, p. 111).

11 O FSC evidencia que esses interesses são representados por indivíduos e organizações, sendo que a associação ao FSC é aberta. Podem se tornar membros tanto pessoas físicas como jurídicas, que apoiem e se interessem pelo manejo florestal responsável, mediante o pagamento de taxa e ficha cadastral. Devem ainda “demonstrar um compromisso ativo com o FSC e seus Princípios e Critérios” (FSC, [2023a], p. 14). Cabe observar ainda que as câmaras são formadas em 90% por organizações e 10% por indivíduos.

12 “(1) facilitar solução para problemas complexos de múltiplos interesses; (2) intermediar conhecimentos e normas entre uma ampla gama de partes interessadas; e (3) constituir uma rede de aprendizagem em governança ambiental.” (Tradução livre).



através dos consensos estabelecidos pelas múltiplas partes interessadas.”

Quanto à efetividade, a questão é outra. Ainda segundo Lima e Gonçalves (2017, p. 22), faz-se necessário verificar a “[...] sua real utilização pelas organizações e pela capacidade de gerar resultados a partir das adesões aos seus princípios e diretrizes [...]”.

Nesse sentido, há informações que levam a conclusões positivas sobre a efetividade do FSC, ao longo de seus 26 anos de existência. Segundo o site do FSC (2020b), são 1.168 membros em 90 países, com 211.529.676 hectares certificados<sup>13</sup>. Ademais, conta com um sistema on-line, pelo qual informações são interconectadas internacionalmente, permitindo a consulta por qualquer cidadão, bem como fiscalização e denúncia de irregularidades (IMAFLOTA, [2023]). Caso haja problemas, isso favorece a sua correção.

Outro ponto que merece destaque é que a certificação FSC tem sido um dos requisitos para objeto de compras públicas<sup>14</sup>. O Decreto Federal nº 9.178/2017<sup>15</sup> (BRASIL, 2017) foi decisivo ao estabelecer critérios e diretrizes para contratações realizadas pela administração pública, a fim de promover o desenvolvimento nacional sustentável

Esse Decreto “[...] tornou requisitos de sustentabilidade mandatórios para as compras públicas [...]” (FSC, 2018, p. 3), evidenciando, em seu artigo 4º, inciso VIII, que são considerados critérios e práticas sustentáveis “[...] a utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento [...]” (FSC, 2018, p. 4). Além disso, em seu artigo 8º, esclarece-se que “[...] a comprovação das exigências apresentadas no instrumento convocatório poderá ser feita por meio de certificação emitida ou reconhecida por instituição pública oficial ou instituição credenciada ou por outro meio definido no instrumento convocatório” (BRASIL, 2017).

Com essas novas diretrizes para as compras públicas, para as quais a sustentabilidade assume relevo, as certificações FSC se destacam. Por tal razão, a organização FSC disponibiliza um guia, “FSC® nas Compras Públicas Sustentáveis: Guia para Licitações Sustentáveis de Produtos Florestais” (FSC, 2018), em que traz esclarecimentos e orientações técnicas a respeito de licitações de produtos florestais com certificação FSC.

### 3 AS AÇÕES DO FSC E SEUS REFLEXOS NOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - ODSs

O FSC tem suas raízes no discurso do desenvolvimento sustentável, e foi influenciado pelas ideias da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 1992 (Rio 92). Tanto é que foi oficialmente fundado no ano seguinte.

Nesse contexto da Conferência do Rio/92, Sayer e Maginnis (2005, p. 11) apontam que *“Certification is another reflection of the same underlying trends that led to the emergences of*

13 Os dados foram coletados em 24 de junho de 2020.

14 A exemplo, cita-se o Pregão Eletrônico Nº 002/2020 (BRASIL, 2020).

15 Alterou o Decreto nº 7.746/2012 (BRASIL, 2012), que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

*ecosystem approaches and current concepts of sustainable forest management*”<sup>16</sup>. Trazem ainda a argumentação de que o *Forest Stewardship Council* representa, em parte, uma solução para o insucesso de se estabelecer uma convenção internacional sobre florestas e reconhecem essa certificação como “[...] *highly consistent with, and a powerful tool for achieving, ecosystem approaches to forest management*.aginnis<sup>17</sup>” (SAYER; MAGINNIS, 2005, p. 11).

Segundo o próprio site (FSC, 2020b), o FSC trabalha em consonância com a Agenda 2030, ou seja, para o desenvolvimento sustentável, destacando sua contribuição para se atingir quarenta metas de catorze<sup>18</sup> dos dezessete ODSs- Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Analisando individualmente cada um dos Objetivos, destaca-se a contribuição do FSC, em especial, ao ODS 15, assim descrito: “Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade” (TRANSFORMANDO..., 2015, p. 34).

Esse objetivo é importante pois reconhece as ameaças a que os ecossistemas estão expostos. Ademais, suas doze metas abrangem desde a conservação de ecossistemas terrestres, gerenciamento sustentável de florestas, combate à desertificação, bem como proteção de habitats e da biodiversidade até a mobilização de recursos financeiros para proteção da biodiversidade.

De fato, o FSC, a princípio, tem como foco difundir o uso sustentável das florestas, garantindo sua existência a longo prazo, guardando assim estreita ligação com o princípio ambiental da solidariedade intergeracional. No entanto, como esse objetivo se interliga com tantos outros aspectos que dependem da manutenção desse ecossistema, o FSC também volta sua atenção a questões sociais como: o bem estar econômico e social dos trabalhadores florestais e comunidades locais; respeito aos direitos legais e costumários dos índios, de poder usar suas terras e recursos; padrões de produção e consumo sustentável, entre outras.

Por tal razão, não é à toa que os princípios do FSC – como regras e “elementos essenciais do manejo florestal ambientalmente adequado, socialmente benéfico e economicamente viável<sup>19</sup> – voltam-se para muitas questões, estreitando ainda mais a conexão com outros ODSs, além do ODS15 propriamente dito.

Conforme a própria entidade, esses princípios observam: conformidade com toda a

16 “A certificação é outro reflexo das mesmas tendências subjacentes que levaram ao surgimento de abordagens ecossistêmicas e dos conceitos atuais de manejo florestal sustentável.” (tradução livre)

17 “[...] altamente consistente e uma ferramenta poderosa para alcançar abordagens ecossistêmicas ao manejo florestal.” (tradução livre)

18 Observa-se, no entanto, que, segundo o site do FSC – Brasil, em matéria datada de 2016, são 11 objetivos e 35 metas da Agenda 2030 com os quais o FSC contribui. “Nós identificamos 11 objetivos e 35 metas onde o FSC fará a diferença”, comentou John Hontelez, Chefe-Executivo de *Advocacy* do FSC: “A certificação florestal se tornará um indicador para o progresso com os ODS relacionados à terra que ocupamos com agricultura e também com nossas cidades, mas também contribui para metas de combate à pobreza, fome, igualdade de gênero, água, energia, trabalho digno, produção e consumo sustentáveis, energia, mudança climática, entre outros” (FSC, 2016).

19 Os princípios foram publicados em 1994. Entretanto, foram ainda várias vezes ampliados e revistos (1996, 1999 e 2001). Atualmente está na versão 4. Não existe hierarquia entre os princípios e os critérios. Situam-se no centro da estrutura de padrões do FSC e devem ser aplicados em conjunto com outros documentos interligados. Diferente dos princípios que são universais, os indicadores e verificadores sofrem adaptações de acordo com cada realidade nacional e formalizados em Padrões Nacionais de Manejo Florestal, utilizados pelas certificadoras como referência para garantir o cumprimento e conformidade aos princípios e critérios (FSC, 2020c).

legislação aplicável e aos próprios princípios do FSC; direitos e responsabilidades de posse e uso; direitos dos povos indígenas; relações comunitárias e direitos dos trabalhadores; benefícios da floresta; impacto ambiental, aumentando as funções ecológicas e integridade das florestas; plano de gestão com objetivos claros, de longo prazo e com definição clara dos meios utilizados para atingi-los; monitoramento e avaliação da floresta, dos impactos ambientais e sociais; manutenção de florestas de alto valor de conservação; e plantações (FSC, 2020c).

Dessa forma, nota-se que os princípios norteadores das ações do FSC, abrangem muitos pontos para a sustentabilidade, sempre se dissociando de crescimento meramente econômico com degradação socioambiental, e possuem total aderência ao ODS15 especificamente.

Ademais, pelo fato de os critérios, para se obter essa certificação, incidirem em um largo espectro de questões ambientais, sociais e econômicas, conseqüentemente acabam se alinhando a outros Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Nesse aspecto, aponta-se o ODS 8 - “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos” (TRANSFORMANDO..., 2015, p. 26), na medida em que coloca em pauta para a certificação a qualidade das condições de trabalho a que as pessoas estão sujeitas para a produção da madeira. Dessa forma, contribui com esse objetivo por observar se o trabalho e remunerações são decentes, proteção aos direitos trabalhistas bem como a garantia de ambiente seguro de trabalho, aplicando as principais convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT (FSC, 2019, p. 6).

O FSC guarda estreita ligação também com o ODS 12 – “Consumo e produção responsáveis”, por promover o que tal objetivo busca: a melhoria na sustentabilidade das cadeias de produção e consumo. Isso porque os fabricantes podem obter matéria prima de florestas gerenciadas de maneira sustentável, favorecendo uso eficiente dos recursos naturais. Assim, permite oferecer aos consumidores um produto final também sustentável. Observa-se que todo o processo pelo qual passa a produção de um produto é monitorado em todas as etapas da cadeia de custódia quanto à sustentabilidade.

Quanto ao ODS 6 – “Água limpa e Saneamento”, o FSC, por fazer uma abordagem ecossistêmica, gerencia, de maneira integrada, os recursos hídricos e protege os ecossistemas relacionados à água, por meio de treinamentos aos trabalhadores florestais para manterem a qualidade das águas florestais. Promove ainda o uso eficiente e sustentável da água<sup>20</sup>.

Ressalta-se que a certificação também contribui para os ODS 7- “Energia limpa e acessível” e ODS 13 – “Ação contra a mudança global do clima”, na medida em que a energia produzida da madeira pode ser uma alternativa ao impacto causado pelo uso dos combustíveis fósseis. O FSC começou a desenvolver novas ferramentas para recompensar a preservação de serviços ecossistêmicos valiosos, incluindo armazenamento de carbono. Além disso, promove a reciclagem de materiais de madeira usados. Dessa forma, colabora para o aumento da energia renovável, além de minimizar a emissão de gases de efeito estufa (FSC, 2019, p. 6).

Da mesma forma, verificam-se esforços do FSC para a consecução dos ODSs com foco

---

20 Protege e restaura corpos d’água, cursos de água naturais, zonas ribeirinhas (FSC, 2019, p. 5)

mais socioeconômico, tais como o ODS 1- “Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”, e o ODS 2- “Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável” (TRANSFORMANDO..., 2015, p. 18). Corroboram com esses ODSs, a garantia de salários razoáveis aos trabalhadores florestais e estabelecimento de acordos com as populações locais para que possam se beneficiar do manejo florestal. Além disso, “[...] em alguns casos, pequenos proprietários e silvicultores comunitários podem obter renda e segurança adicionais ao se inscreverem para a certificação FSC” (FSC, 2019, p. 3-4)<sup>21</sup>.

Observa-se que em conformidade com a Convenção central da OIT, o FSC garante salário e oportunidades de emprego, iguais para homens e mulheres, licença de maternidade e paternidade, não-discriminação, entre outros. Dessa forma, vai também ao encontro do ODS 5- “Igualdade de Gênero”.

Como já dito, há outros ODSs e também metas com os quais os princípios do FSC guardam estreita relação. Todavia, o objetivo deste artigo não é esgotar exemplos, mas apontar o quanto as ações empresariais além do *compliance* podem impactar positivamente na sociedade, contribuindo, inclusive, com os ODSs, utilizando como ponto de análise o caso do FSC.

#### 4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Propõe-se, neste artigo, trazer à discussão a certificação ambiental privada FSC como exemplo de ação além do *compliance*, evidenciando seus impactos positivos para o desenvolvimento sustentável e mudança de paradigma ambiental.

À primeira vista, o surgimento da certificação FSC, como uma ação ambiental além do *compliance*, não obrigatória, pode ser explicada, aparentemente, como sendo decorrente de uma mudança de paradigma ambiental por parte das empresas.

No entanto, não se pode tomar essa tese como totalmente verdadeira, pois, como visto anteriormente, existem forças de mercados mais exigentes, que ditam normas, mesmo que implícitas à estas empresas para que possam seguir atuando em determinados locais e situações. Dessa forma, desejando se inserir nesses mercados, as empresas são induzidas a conjugarem seus objetivos com a sustentabilidade. Assim, não se trata de uma mudança de consciência meramente ambiental, mas também o ajuste das práticas empresariais em resposta a novos requisitos.

Interessante é que, mesmo que seja por tal razão, no caso da rotulagem, a empresa necessariamente vai depender de uma mudança de paradigma ambiental por parte do consumidor de seu produto. Isso porque, ao aderir a uma certificação ambiental, como o FSC, a empresa deseja demonstrar, por meio do selo, que questões ambientais estão inseridas nas ações empresariais e contribuem, de alguma forma, com a preservação do meio ambiente. Ou seja, a questão ambiental é tida como um valor.

---

21 No original: “*In some cases, smallholders and community foresters can gain additional income and security by applying for FSC certification.*”

Dessa forma, para vender seus produtos certificados ambientalmente, essas empresas dependem de consumidores informados e com consciência ambiental, sejam eles empresas ou cidadãos. No caso destes, é necessário primeiramente informação, pois de que vale uma certificação ambiental, mesmo que séria, se o cidadão-consumidor não entende o que está sendo atestado naquele selo. Por tal razão é que Alves (2018) destaca, entre os desafios da organização FSC, a ampliação do “conhecimento do consumidor final e da sociedade em geral sobre o significado da certificação e sobre essa estrutura de governança que está por trás do selo nos produtos.”

Destaca-se para além da mera informação que, mesmo entendendo o significado do selo, é fundamental que exista certo grau de educação ambiental para que se dê o devido valor ao que ele atesta. Ou seja, se não houver educação ambiental, dificilmente haverá mudança de paradigmas.

Por tal razão, Leff (2002, p. 160-163) aponta que para haver realmente o desenvolvimento sustentável, impõe-se uma mudança no paradigma da racionalidade econômica- que tem imperado- para uma racionalidade ambiental. Destaca que essa mudança de paradigma se viabiliza justamente por meio de educação ambiental, que deve envolver todos os atores para uma real transformação na mentalidade social, que veja as questões ambientais como uma causa comum.

Mesmo sendo evidente que muitas empresas busquem aderir à certificação ambiental FSC por impulso meramente econômico - seja para se inserir ou se manter em um mercado mais exigente quanto às questões ambientais-, fato é que, a partir do momento em que a pretensão esteja formalizada, tais empresas terão de cumprir obrigatoriamente uma série de requisitos, que muito contribuem para o desenvolvimento sustentável, ainda que este não tenha sido um impulso embasado em uma racionalidade ambiental.

E a partir dessa decisão, podem de fato constatar que aderir a ações ambientais além do *compliance*, pode ser muito favorável não só à preservação da natureza – o que já é muito relevante!-, mas ao próprio negócio, seja agregando valor ao produto, seja reduzindo gastos a longo prazo, entre outros benefícios. Dentre esses deve-se destacar a própria manutenção e restauração da qualidade dos ecossistemas e de sua capacidade em fornecer serviços, temas fundamentais para assegurar a produtividade dos negócios florestais no longo prazo.

Adicionalmente, no caso da certificação FSC é interessante o fato de que, ao aderir a esta certificação privada, por causa de seus princípios, a empresa conseqüentemente estará contribuindo para muitos ODSs, como se demonstrou no capítulo anterior.

E a essa contribuição deve ser dada publicidade de alguma forma. Os *stakeholders* devem ser informados desse impacto positivo da certificação FSC para ODSs, a fim de ampliar a percepção de outras empresas para ações ambientais além do *compliance*. Talvez neste ponto resida uma possível melhoria na comunicação dos resultados do programa do FSC em relação ao que é feito hoje, com possíveis reflexos na atração de mais usuários e interessados na certificação como forma de, também, divulgar seus esforços para atendimento aos ODS.

## CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que o Forest Stewardship Council é um dos novos instrumentos de normatização privada ambiental que emergiu no contexto marcado pela transnacionalidade, como resposta à necessidade de enfrentamento a problemas ambientais complexos, no caso, o desmatamento florestal. Como uma norma transnacional privada, a certificação FSC pode suprir lacunas deixadas por normas legais de comando e controle, complementando-as. Também, por conta de sua natureza, não fica sujeita a oscilações políticas de governos locais, regionais ou mesmo nacionais menos comprometidos com as questões ambientais.

Outra característica extremamente positiva, que faz toda diferença, é que, como conta com a participação de diferentes atores no processo de governança, favorece uma abordagem mais ampla e diversificada das questões de manejo florestal adequado. A diversidade de atores que compõem as três câmaras -ambiental, social e econômica- lhe confere legitimidade, além de ir ao encontro de seu objetivo de promover a gestão florestal de forma ambientalmente correta, socialmente justa e economicamente viável. São muitos atores buscando um consenso para interesses diferentes, contando ainda com um sistema de votação, em que os três pilares do desenvolvimento sustentável têm o mesmo peso.

Acrescenta-se que a efetividade também vem da adesão aos princípios e diretrizes. Suas normas *soft law*, apesar de ditas voluntárias quanto à adesão, uma vez iniciado o processo para certificação, a empresa terá de cumprir uma série de exigências baseadas em amplos princípios e normas, para obter e manter tal rotulagem.

Esses princípios se interseccionam de tal modo com vários ODSs que, ao aderir à certificação FSC, automaticamente estará contribuindo com diversos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Embora especificamente o programa atue na vertente do ODS 15, como já discutido, suas ações apoiam também vários ODS como o 8, 12, 6, 7, 13, e mesmo aqueles de foco mais socioambiental, como o 1, 2 e 5.

Ainda neste aspecto, sugere-se que isso deva ser melhor informado aos *stakeholders*, para que mais empresas se sintam motivadas a contribuir com os ODSs por meio dessa certificação ambiental privada. Ademais, esta, como uma ação ambiental além do *compliance*, traz benefícios ao meio ambiente e à própria empresa, seja por poder se inserir/manter em novos mercados mais exigentes, seja até para rever seus processos produtivos e reduzir custos a longo prazo.

No mundo contemporâneo, em que os problemas são das mais diferentes ordens e, não raras vezes, entrelaçam-se com as questões ambientais, as atenções também se voltam para os perigos do desmatamento. Nesse cenário, o FSC, como norma ambiental privada, ganha destaque, como instrumento que contribui para o manejo correto das florestas, respeitando seu ecossistema como um todo. A adesão das empresas a esta certificação, que passa não só pelo atendimento de seus requisitos, mas também as submete a seu sistema de governança, traz novas perspectivas à atuação empresarial, com benefícios não apenas ambientais, mas também aos próprios negócios da empresa.



## REFERÊNCIAS

ALVES, Maurem Kayna Lima. **Quer entender melhor como funciona a governança do FSC?**. São Paulo: FSC, 2018. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/newsfeed/quer-entender-melhor-como-funciona-a-governanca-do-fscr>. Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Pregão Eletrônico n. 002, de 2020**. Torna-se público, para conhecimento dos interessados, que a Escola Preparatória de Cadetes do Exército, por meio do Setor de Licitações e Contratos, sediado na Avenida Papa Pio XII, 350, Jardim Chapadão, Campinas/SP, CEP 13.070-903, realizará licitação para REGISTRO DE PREÇOS, na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, do tipo menor preço [...]. Campinas: Ministério da Defesa, 2020. Disponível em: [https://espcex.eb.mil.br/downloads/EDITAL\\_0022020.pdf](https://espcex.eb.mil.br/downloads/EDITAL_0022020.pdf). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Decreto n. 7.746, de 05 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 9, 6 jun. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm). Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Decreto n. 9.178, de 23 de outubro de 2017. Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, n. 204, p. 1, 24 out. 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9178.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9178.htm). Acesso em: 2 maio 2023.

BRÜZEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. **Papers do NAEA – [Núcleo de Altos Estudos Amazônicos]**, Guamá, n. 13, p. 1-12, 1993. Disponível em: <https://silos.tips/download/papers-do-naea-n-013>. Acesso em: 2 maio 2023.

DIAS, Bruno Smolarek. Direito transnacional e a premissa de uma comunidade internacional universalista. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 68-79, 2015. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/842>. Acesso em: 2 maio 2023.

DJELIC, Marie-Laure; SAHLEN, Kerstin. **Transnational governance introduction: a world of governance the rise of transnational regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Câmaras de adesão**. São Paulo: FSC, 2020a. Disponível em: <https://br.fsc.org/pt-br/fsc-brasil/governana/cmaras-de-adeso>. Acesso em: 28 maio 2022.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Certificação de cadeira de custódia**. Bonn: FSC, 2021. Disponível em: <https://br.fsc.org/sites/default/files/2022-04/FSC-STD-40-004%20V3-1%20PT%20Certificacao%20de%20Cadeira%20de%20Custodia.pdf>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Conselho de manejo florestal**. São Paulo: FSC, 2017a. Disponível em: <https://br.fsc.org/sites/default/files/2022-05/Folder%20institucional%202017.pdf>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Estrutura organizacional**. São Paulo: FSC, 2012a. Disponível em: <https://br.fsc.org/pt-br/fsc-brasil/governana/estrutura-organizacional>. Acesso em: 19 jan. 2022.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **FSC Contributions to achieving the sustainable development goals**. Victoria: FSC, 2020b. Disponível em: <https://anz.fsc.org/impact/sustainable-development-goals>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **FSC: a tool to implement the sustainable development goals**. Oaxaca: FSC, 2019. Disponível em: <https://fsc.org/sites/default/files/2019-09/FSC%20and%20SDGs%20revised%20July%202019%20EN%20%281%29.pdf>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **FSC® Brasil e FSC Internacional lançam seus Planos Estratégicos 2015-2020**. São Paulo: FSC, 2015. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/newsfeed/fscr-brasil-e-fsc-internacional-lancam-seus-planos-estrategicos-2015-2020>. Acesso em: 26 abril 2022.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **FSC®: Uma ferramenta para alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: FSC, 2016. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/newsfeed/fscr-uma-ferramenta-para-alcancar-os-objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Governança**. São Paulo: FSC, [2023c]. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/quem-somos/governanca>. Acesso em: 4 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Guia FSC® para licitações sustentáveis de produtos florestais**. São Paulo: FSC, 2018. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/newsfeed/guia-fscr-para-licitacoes-sustentaveis-de-produtos-florestais>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Histórico da certificação FSC**. São Paulo: FSC, 2012b. Disponível em: <https://br.fsc.org/pt-br/fsc-brasil/historico>. Acesso em: 20 abril 2022.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Linha do tempo**. São Paulo: FSC, 2012c. Disponível em: <https://br.fsc.org/preview.linha-do-tempo.a-102.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Princípios e critérios**. São Paulo: FSC, 2020c. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/fsc/principios-criterios>. Acesso em: 3 maio 2023.

FSC - FOREST STEWARDSHIP COUNCIL. **Principles and criteria**. Petaling Jaya: FSC, 2017b. Disponível em: <https://my.fsc.org/my-en/fsc-principles-and-criteria#:~:text=The%20FSC%20Principles%20are%20the,a%20Principle%20has%20been%20met>. Acesso em: 03 maio 2023.

IMAFLORA. **Empreendimentos certificados**. Piracicaba: IMAFLORA, [2023]. Disponível em: <https://www.imaflora.org/empreendimentos-certificados>. Acesso em: 2 maio 2023.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LIMA, Luciana; GONÇALVES, Alcindo. Normas socioambientais privadas: instrumentos para a governança global da sustentabilidade. **Caderno de Relações Internacionais**, [s. l.], v. 8, n. 14, p. 5-31, 2017. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/583>. Acesso em: 2 maio 2023.

MATTIELLO, Rafael. **As trajetórias da certificação florestal dos standards do FSC – Conselho de Manejo Florestal**. Alemanha: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-138, 2015.

OTTMAN, Jacquelyn. **As novas regras do marketing verde: estratégias, ferramentas e inspiração para o branding sustentável**. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2012.

PATTBERG, Philipp. What role for private rule-making in global environmental governance? analysing the forest stewardship council (FSC). **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**, Holanda, n. 5, p. 175-189, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/226322957\\_What\\_Role\\_for\\_Private\\_Rule-Making\\_in\\_Global\\_Environmental\\_Governance\\_Analysing\\_the\\_Forest\\_Stewardship\\_Council\\_FSC](https://www.researchgate.net/publication/226322957_What_Role_for_Private_Rule-Making_in_Global_Environmental_Governance_Analysing_the_Forest_Stewardship_Council_FSC). Acesso em: 2 maio 2023.

PORTER, Michael Eugene; VAN DER LINDE, Claus. Green and competitive: ending the stalemate. **Harvard Business Review**, Boston, p. 120-134, 1995. Disponível em [https://www.academia.edu/2917976/Green\\_and\\_competitive\\_ending\\_the\\_stalemate](https://www.academia.edu/2917976/Green_and_competitive_ending_the_stalemate). Acesso em: 2 maio 2023.

ROTULAGEM ambiental: o compromisso selado. **Sitivesp News**, São Paulo, ano 2, ed. 6, mar. 2002.

SAYER, Jeffrey; MAGINNIS, Stewart. New challenges for forest management. *In*: SAYER, Jeffrey; MAGINNIS, Stewart; LAURIE, Michell (ed.). **Forests in landscapes: ecosystem approaches to sustainability**. London: Earthscan, 2005. p. 1–16. (Series The Earthscan Forestry Library).

STAFFEN, Márcio Ricardo; NISTLER, Regiane. Transnacionalidade e relações de trabalho: análise da imigração dos haitianos ao Brasil. Estamos preparados?. **Revista Eletrônica Direito e**

**Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1542-1568, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6750>. Acesso em: 2 maio 2023.

TRANSFORMANDO nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Tradução de UNIC Rio. [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 2 maio 2023.

ZERBINI, Fabíola. **Cenário da madeira FSC no Brasil 2012-2013**. São Paulo: FSC, 2014. Disponível em: <https://br.fsc.org/br-pt/comunicacao/materiais-de-comunicacao>. Acesso em: 2 maio 2023.

**Como citar:** HONAIN, Celi Aparecida Consolin; RIBEIRO, Flávio de Miranda. Contribuições do *forest stewardship council* ao desenvolvimento sustentável: conjugação de interesses por mecanismos de governança. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 75-93, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p75-93. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 05/10/2020

Aprovado em: 09/05/2023

**PALAVRAS SÃO APENAS PALAVRAS? A  
CONCEITUAÇÃO DE FATO RELEVANTE PELA  
COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS A  
PARTIR DA METODOLOGIA DE ANÁLISE DE  
DECISÕES**

WORDS ARE WORDS ONLY? THE CONCEPT  
OF A MATERIAL FACT BY THE SECURITIES  
COMMISSION FROM THE DECISION ANALYSIS  
METHODOLOGY

**Ives Nahama Gomes Dos Santos\***  
**Mariana Dionísio de Andrade\*\***

\*Doutoranda em Direito e Desenvolvimento (Fundação Getúlio Vargas, FGV/SP). Mestre em Direito Constitucional Público (Universidade Federal do Ceará, UFC/CE)  
E-mail: ives-nahama@hotmail.com  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2327-0962>

\*\*Docente (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE). Doutora em Ciência Política (Universidade Federal de Pernambuco, UFPE/PE). Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE)  
E-mail: mariana.dionisio@unifor.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8698-9371>

**Como citar:** DOS SANTOS, Ives Nahama Gomes; DE ANDRADE, Mariana Dionísio. Palavras são apenas palavras? A conceituação de fato relevante pela Comissão de Valores Mobiliários a partir da metodologia de análise de decisões. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 94-118, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p94-118. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** Esta pesquisa tem como objetivo responder ao seguinte questionamento: no teor da decisão dos Processos Sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários o que se considera “fato relevante” para condenações ou absolvições dos indiciados por *insider trading*? A abordagem é qualitativa, com base em revisão de literatura e aplicação da Metodologia de Análise de Decisões. A unidade de análise é Comissão de Valores Mobiliários, e a periodização entre 2017 e 2021. Conclui-se que os limites os quais constituíram a influência significativa/material/considerável nos preços dos ativos, conjugaram os seguintes fatores: a) conceituação normativa de fato relevante; b) panorama acerca da liquidez da ação; c) variações percentuais comparadas às médias históricas do período do caso; d) análise da capacidade, ou não, do mercado absorver o impacto da informação; e) fato relevante não ser um fato isolado no tempo, mas aquele evento objetivo que conclui uma sucessão de eventos relevantes; f) variação dos preços após a divulgação das informações.

**Palavras-chave:** uso de informação privilegiada; *insider trading*; comissão de valores mobiliários; fato relevante; metodologia de análise de decisões.

**Abstract:** This research aims to answer the following question: in the content of the decision of the Sanctioning Processes of the Securities and Exchange Commission, what is considered a “material fact” for convictions or acquittals of those indicted for insider trading?. The approach is qualitative, based on a literature review and application of the Decision Analysis Methodology. The unit of analysis is the Securities and Exchange Commission, and the periodization between 2017 and 2021. It is concluded that the limits that constituted a significant/material/considerable influence on asset prices, combined the following factors: a) normative conceptualization of material fact ; b) overview of the share’s liquidity; c) historical percentage variations; d) analysis of the ability, or not, of the market to recognize the impact of the information; e) Relevant fact is not an isolated fact in time, but that event that concludes a sequence of relevant events; f) Price data after disclosure of information.

**Keywords:** use of privileged information; insider trading; securities and exchange commission; relevant fact; decision analysis methodology.

## INTRODUÇÃO



Um dos principais problemas na disciplina do uso de informações privilegiadas é a imprecisão conceitual existente. Nesse contexto, um estudo que permita identificar de forma mais aprofundada as condutas com potenciais efeitos danosos para o mercado encontra justificção para o aperfeiçoamento da fiscalizaçõ e dos processos sancionadores desde a primeira instância, contribui para maior segurança na identificaçõ de quais condutas sã, de fato, parte do ilícito.

A necessidade de rigor nos estudos das delimitaçõs teóricas dos comportamentos a serem vedados fora de um contexto de crise é o fio condutor da presente pesquisa a qual busca responder o seguinte problema: no teor da decisõ dos Processos Sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários o que se considera “fato relevante” para condenaçõs ou absolviçõs dos indiciados por *insider trading*?. Para responder ao referido problema, é necessário abordar o conceito de uso de informaçõs privilegiadas, expor a controvérsia na temática sobre o que seria fato relevante, investigar o papel da Comissão de Valores Mobiliários nos processos sancionadores; e discutir sobre a definiçõs, para a autarquia, sobre fato relevante.

O estudo se justifica pela atualidade do tema no contexto social, econômico e jurídico, uma vez que o sistema financeiro brasileiro é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País, o qual assume seu dever de fiscalizaçõ, intervindo para proteger a estabilidade da economia, devendo ser exercido dentro dos limites estabelecidos pelos princípios e fundamentos da ordem econômica.

Dando notícia sobre uma discussõ em andamento acerca dessas questõs e, por isso, o leitor não encontrará aqui tomadas de posiçõ em favor ou contra os resultados, tampouco ensaios de propostas de melhorias, o que se pretende fazer em outra oportunidade. A escolha da CVM justifica-se por demonstrar a realidade da autarquia com maior fluxo decisório no mercado financeiro, tendo em vista ser a primeira instância, bem como de dirimir questõs controversas, e por atender ao critério de relevância decisória, o qual diz respeito ao impacto da discussõ no âmbito jurídico e administrativo sancionador.

O texto possui uma divisõ em três tópicos. No primeiro, realizam-se esclarecimentos iniciais e necessários sobre o conceito uso de informaçõs privilegiadas. No segundo tópico, identifica-se o papel da Comissão de Valores Mobiliários nos processos sancionadores; explicando qual a funçõ da CVM, quando surgiu, e os Diretores que proferiam os votos analisados na pesquisa. No terceiro tópico, denominado “discussõ de resultados”, utiliza-se a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), ferramenta de abordagem qualitativa com elementos quantitativos, , onde podem ser verificadas as análises das fundamentaçõs dos votos da CVM, para vislumbrar se há, ou não, a delimitaçõ do que pode ser uma informaçõ apta a exercer influênciã significativa nos preços dos ativos.

O estudo possui abordagem qualitativa, e se baseia em um estudo descritivo-analítico fundado em revisõ de literatura, mas também se utiliza de termos estatísticos e quantitativos, quando da utilizaçõ da MAD, da análise de conteúdo, e da análise de similitude.

O artigo possui relevância em termos práticos, porque adentra uma esfera que ainda carece

de discussões judiciais mais abrangentes, e cujas consequências jurídicas ainda se apresentam como novidade para os profissionais da área.

A relevância teórica se evidencia pelo contributo que o artigo tem a oferecer para a literatura nacional sobre o tema, uma vez que, em que pese os quase 20 anos de vigência da Instrução 358/2002, ainda há escassez de material que aborde as questões aqui levantadas de forma específica; como a delimitação do que seria a influência de determinado fato, a ser verificado em cada caso concreto.

O estudo é original e inédito, destaca a atuação de uma autarquia específica e oferece como principal contribuição a explicação sobre a aplicação da MAD em pesquisa jurídicas, para que o estudo seja replicável e sua validade externa seja testável.

### **1 NO INÍCIO ERA O VERBO: *INSIDER TRADING*, INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA E FATO RELEVANTE. DELIMITAÇÕES TEÓRICAS**

Do Título VII do texto constitucional podem ser retiradas três ideias, aqui tidas como principais e interdependentes: a primeira delas é que o sistema financeiro brasileiro é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País (art. 192), e, para tanto, foram elencados princípios norteadores da Ordem Econômica, dentre eles, o da livre concorrência (art.170, IV), que poderá ser resguardado pela intervenção estatal, visto que o Estado exercerá a função típica de fiscalização daquele sistema (art.174) (BRASIL, 1988).

As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, em decorrência da livre concorrência e do livre jogo de mercado. Essa ordem, no entanto, pode ser distorcida quando, por exemplo, um dos agentes do mercado, se valendo de informações sigilosas, negocia para auferir vantagem econômica com base nessas informações, assumindo uma posição de privilégio, num mercado regido pela concorrência.

Quando isso acontece, o Estado assume seu dever de fiscalização, intervindo para proteger a estabilidade da economia, devendo ser exercido dentro dos limites estabelecidos pelos princípios e fundamentos da ordem econômica, de modo a não mitigar o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da República (art. 1º da CF/1988).

Em um contexto de modernidade reflexiva, uma sociedade que se confronta consigo mesma em uma espécie de espelho social, as fontes de perigos já são não mais o desconhecimento, mas, sim, o conhecimento (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 275). Assim, mesmo que grande parte da população mundial viva na era da informação, esta não se encontra disponível a todos e a qualquer momento. E esse cenário é ainda mais evidente no mercado acionário.

A informação é um bem. Um bem dotado de valor econômico (PRATAS, 2017, p. 35) e representa um anseio e uma busca humana basilar, seja para questões simples do dia a dia, entre as relações interpessoais, seja para o desenvolvimento tecnológico, científico e até mesmo místico (EIZIRIK *et al.*, 2011, p. 460).

No eixo temático do mercado financeiro, o poder da informação na tomada de decisões

é demonstrado não tão somente pelo caráter de influência que pode ter no âmbito negocial das partes envolvidas, mas por abranger, também, a capacidade de que uma assimetria informacional, fora das marcas tidas como permitidas, pode afetar diretamente a credibilidade dos investidores no funcionamento e estrutura de todo o mercado (FERREIRA, 2013).

Os investidores fazem seus cálculos de riscos baseando-se no que foi posto naquele momento de análise, para que seja sopesada qual situação de investimento será mais vantajosa. Uma base informativa completa visa a proteger a decisão individual para que esta, pertencente ao todo (mercado mobiliário), propicie um ambiente de livre concorrência, princípio constitucional norteador da ordem econômica (art. 170, IV, CF) (BRASIL, 1988).

Eficiência e transparência são indissociáveis em matéria de simetria informacional no mercado de capitais. Transparência, ou princípio do *full disclosure*, pode ser conceituada como o grau em que as informações se apresentam tanto no cenário pré-negocial como pós-negocial. O primeiro se apresentando desde o momento anterior as ofertas mercantis, sendo verificado na própria política da companhia de divulgação de informações, bem como a própria regulamentação que comanda as práticas do sistema financeiro. As informações pós-negociação estão relacionadas a lume de todas as transações individuais efetivamente concluídas e a verificação de se a resposta do ordenamento à prevenção do *insider trading* foi satisfatória, ou não (IOSCO, 2003, p. 11).

A utilização de informações não públicas mina a confiança do investidor na integridade e justiça dos mercados de capitais. A partir dessa hipótese, a *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), Organização Internacional com sede em Madrid que reúne os órgãos reguladores de valores mobiliários do mundo e tida como referência em padronização legislativa do setor, afirma que quase todas as jurisdições promulgaram legislação proibindo tal atividade. Nesses países, informações privilegiadas podem ser definidas como notícias sobre fatos não públicos e materiais, com *poder de influenciar cotação de valores mobiliários* (IOSCO, 2003).

Quando se fala de um estudo sobre *insider trading*, até a própria expressão leva a um equívoco. Mesmo que no ordenamento brasileiro tenha sido desenvolvido o hábito da incorporação de expressões em língua inglesa sem qualquer adaptação<sup>1</sup>, nesse caso, além da ausência de respeito ao português, que possui expressão adequada para a conduta, não se respeitou nem a tradução literal.

Na tradução literal da expressão pode ser tido que todo *insider* seria um agente propenso às ilicitudes, quando na verdade *insider* nada mais é aquele que possui as informações. *Insider* é somente um agente interno, não necessariamente um divulgador de tais informações enquanto não públicas. Essa contextualização, é necessária para que se comece a entender sobre as dificuldades conceituais em torno do ilícito. A informação é sobre o fato. Sobre o fato relevante. Então a pergunta é sobre qual informação pode ser considerada informação de relevância, em um conceito um pouco menos dúbio e confuso.

Conforme precedentes da CVM<sup>2</sup>, o *insider trading* demanda, em linhas gerais, a confluência

<sup>1</sup> *Compliance, plea bargain e full disclosure* são somente alguns dos exemplos que podem ser mencionados.

<sup>2</sup> PAS CVM nº RJ 2014/0577; PAS CVM nº RJ 19957.001639/2016-15; PAS CVM nº 22/99; PAS CVM nº 04/04; PAS CVM nº RJ 2015/13651, todos PAS fruto da coleta do presente artigo.

dos seguintes elementos: (i) existência de informação relevante ainda não divulgada ao público; (ii) posse de tal informação pelo investidor em nome do qual se executou a operação investigada; e (iii) utilização de tal informação para obtenção de vantagem em operações no mercado.

É privilegiada a informação que contém o trinômio: obtida em virtude da função/cargo que exerce, ainda não divulgada e considerada detentora de conteúdo capaz de influenciar, de maneira notória, as relações mercantis.

Desse modo, quando se fala sobre informação é sobre um fato encoberto por privilégio, confidencialidade e relevância. Privilegiada por ser fruto de uma posição próxima ao emitente da informação (a companhia) seja de maneira direta ou indireta, no caso dos secundários. Confidencialidade, ainda que momentânea, perante os demais operadores do mercado, por se optar pela não divulgação do fato no momento em questão. Por fim, a relevância, cuja busca por definições é o fio condutor do presente trabalho.

Goshen e Parchomovsky (2006), propõem uma classificação em dois grupos, para que se possa entender de que forma as informações que orientam as decisões dos investidores podem ser. O primeiro grupo, trata de informações implícitas ou endógenas ao processo de negociação, sendo mais refinadas, tendo como conteúdo a identidade dos intermediários das relações negociais e os preços de compra e venda. O segundo grupo, por sua vez, é de informações explícitas ou exógenas ao processo de negociação. Os dados pertencentes a este grupo têm relação com a companhia emissora de valores e seus assuntos internos, as chamadas informações privilegiadas, sendo geralmente deste grupo que há o fluxo de informação não permitida (GOSHEN; PARCHOMOVSKY, 2006, p. 721).

De uma maneira bem simples, o artigo 2º do FINMA (2013) define informações privilegiadas: “dados que são consideradas confidenciais”. Assim o são pois não estão disponíveis, ou melhor, estão apenas disponíveis para um grupo restrito de pessoas. Se terceiros desconectados podem obter tais dados de fontes geralmente acessíveis, essas informações serão de domínio público, não privilegiadas.

Os elementos iniciais da pesquisa são os exemplos de fatos considerados relevantes, constantes no parágrafo<sup>3</sup> único do artigo 2º da ICVM 358 e o mesmo artigo, mas com diferentes

3 “Parágrafo único. Observada a definição do *caput*, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: I - assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva; II - mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas; III - celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia; IV - ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa; V - autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro; VI - decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta; VII - incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas; VIII - transformação ou dissolução da companhia; IX - mudança na composição do patrimônio da companhia; X - mudança de critérios contábeis; XI - renegociação de dívidas; XII - aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações; XIII - alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia; XIV - desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação; XV - aquisição de valores mobiliários de emissão da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de valores mobiliários assim adquiridos; XVI - lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro; XVII - celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público; XVIII - aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação; XIX - início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço; XX - descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia; XXI - modificação de projeções divulgadas pela companhia; XXII - pedido

incisos<sup>4</sup>, da resolução nº44, a qual hoje figura como norma principal sobre o tema.

A abrangência da expressão “que possa influir de modo ponderável”, como definição de fato relevante, mesmo que mereça elogio pela objetividade e concisão, peca em sua amplitude. Assim, determinar se um fato tem potencial de influência ponderável sobre a decisão de investimento é um processo que, na sua essência, requer uma análise casuística e envolve certo grau de subjetividade.

A CVM entende que a divulgação dos fatos relevantes, dada a sua natureza não definitiva, deve ocorrer em diferentes fases, à medida que as informações sejam produzidas e se tornem suficientemente concretas, sempre com a ressalva de que estão sujeitas a modificações dado seu caráter incerto.

A divulgação nas diferentes fases é somente um dos pontos que tornam a definição de fato relevante fluída, sendo, ao mesmo tempo, sua própria definição e seu ponto de conflito, dando azo ao surgimento de perguntas como:

1. Qual o nível aceitável de alteração na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia pelo fato relevante?
2. Qual o critério para a fixação dos valores do nível de aceitabilidade?
3. Há informações que mesmo exercendo poder de influência não causam danos à liquidez mercantil pelo próprio mecanismo de reajuste do mercado?
4. Pode ser imposto ao mercado uma margem de transações suportáveis com base em fatos relevantes ainda não divulgados? Como seria essa margem?
5. Como se mensurar a influência dos fatos tidos como relevantes nas decisões dos investidores?
6. Poderiam ser fixados critérios matemáticos para afirmar um fato como tendo aptidão para afetar o comportamento dos investidores em relação aos valores mobiliários?

No Relatório denominado: *Insider Trading How Jurisdictions Regulate It. Part Two: The Implementation of Insider Trading Rules in The Legislation of Particular Jurisdictions*; formulado

---

de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico financeira da companhia,” (CVM, 2002).

4 Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: I – assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva; II – mudança no controle da companhia, inclusive por meio de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas; III – celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia; IV – ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa; V – autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro; VI – decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta; VII – incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas; VIII – transformação ou dissolução da companhia; IX – mudança na composição do patrimônio da companhia; X – mudança de critérios contábeis; XI – renegociação de dívidas; XII – aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações; XIII – alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia; XIV – desdobramento ou agrupamento de ações ou atribuição de bonificação; XV – aquisição de valores mobiliários de emissão da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de valores mobiliários assim adquiridos; XVI – lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro; XVII – celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público; XVIII – aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação; XIX – início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço; XX – descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia; XXI – modificação de projeções divulgadas pela companhia; e XXII – pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico financeira da companhia. (CVM, 2002).



no ano de 2003, a IOSCO mapeia o panorama legislativo sobre a temática em 40 países.

Fato relevante pode ser definido como: “fato que possa exercer influência *significativa* nos preços dos valores mobiliários”, em países como Luxemburgo, Malásia, Malta, República Tcheca e Dinamarca. Como: “fato que possa exercer influência *material* nos preços dos valores mobiliários” na Albânia e na Áustria como “fato que possa exercer influência *considerável* nos preços dos valores mobiliários”; e “fato que possa, *provavelmente*, exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários”, em países como Alemanha e França (IOSCO, 2003).

As informações sobre como cada um dos 40 países estudados definem o que é fato relevante podem ser visualizadas na tabela abaixo:

**Tabela 1** - Mapeamento realizado pela IOSCO sobre o panorama legislativo sobre *insider trading* em 40 países, no ano de 2003<sup>5</sup>

País	Definição de qual informação pode ser considerada relevante	País	Definição de qual informação pode ser considerada relevante
Albânia	Fato que possa exercer influência material nos preços dos valores mobiliários.	Luxemburgo	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Áustria	Fato que possa exercer influência considerável nos preços dos valores mobiliários.	Malásia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
	Nada consta no relatório.	Malta	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Bulgária	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários.	Noruega	Fato que possa exercer influência nos preços dos valores mobiliários
China	Nada consta no relatório.	Paraguai	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Croácia	Fato que possa exercer influência nos preços dos valores mobiliários	Peru	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Chipre	Fato que possa exercer influência nos preços dos valores mobiliários	Polônia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
República Tcheca	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Portugal	Fato que possa exercer influência de maneira sensata, nas decisões sobre a fixação do preço de mercado dos valores mobiliários.
Dinamarca	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Singapura	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
França	Fato que possa, provavelmente, exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Eslováquia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários

5 A presente pesquisa é ciente da antiguidade do Relatório, datado de 2003. Contudo, os 18 anos desde a sua última atualização demonstram ainda mais a importância da pesquisa sobre as definições que encontram repouso na temática de *insider trading*. Alguns países pertencentes à União Europeia também atualizaram as suas sanções e valores de multas de acordo com as Diretivas da UE, mas para que a pesquisa tivesse unicidade, se optou por não mesclar informações do relatório e das diretivas, sendo utilizada na construção da tabela somente a primeira.



Finlândia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Eslovênia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Alemanha	Fato que possa, provavelmente, exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	África do Sul	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
H o n g Kong	Fato que possa afetar materialmente os preços dos valores mobiliários.	Espanha	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Hungria	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Sri Lanka	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Indonésia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Taipé Chinesa	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Itália	Fato que possa, provavelmente, exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Tailândia	Fato que possa exercer influência, de maneira sensível, nos preços dos valores mobiliários
Jordânia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Turquia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Coreia	Fato que possa exercer influência nos preços dos valores mobiliários	Reino Unido	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Letônia	Fato que possa exercer influência nos preços dos valores mobiliários	Estados Unidos da América	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários
Lituânia	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários	Vietnam	Fato que possa exercer influência significativa nos preços dos valores mobiliários

**Fonte:** Elaboração própria, com base no Relatório do IOSCO (2003).

Como pode ser visualizado, o problema da abstração conceitual sobre relevância não é uma questão dos mercados subdesenvolvidos, tampouco somente do Brasil. É um problema de uma intervenção legislativa impensada, comumente surgida em contextos de crises, onde o tratamento jurídico da matéria é estabelecido por meros voos da imaginação jurídica. O próprio estabelecimento inaugural da matéria, amplamente reproduzido por outros países há quase 100 anos, teve seu início devido a uma crise. A crise de 1929 no mercado dos Estados Unidos (MOTA, 2018).

Em um artigo crítico à proibição do uso de informação privilegiada, Roberto Mcgee (2005, p. 17), afirma que a crítica mais forte levantada contra a legislação sobre informações privilegiadas dos EUA é que o termo informação privilegiada, abarcando com essa expressão o trinômio: privilégio, confidenciais e relevantes, não foi definido. Tendo como resultado de tal omissão, segundo o autor, tão somente um aumento de litígios, uma vez que os tribunais são deixados para formar sua própria definição de ilícito. O uso de informações privilegiadas agora é oficialmente um crime, no entanto, ninguém sabe como definir o crime (MCGEE, 2005).

No Brasil, mesmo que a tentativa amarga e ausente de sucesso de reforma da Lei nº

6.385/76 por meio da Medida Provisória nº 784, não tenha constituído propriamente uma resposta a uma crise específica no contexto mercantil, essa ausência de crise não a protege de críticas quanto ao meio escolhido, levando-se em consideração que grande parte das normas ali propostas e algumas adicionais, foram implementadas pela Lei nº 13.506/17(MOTA, 2018). Assim, o que propõe com as presentes colocações é um olhar mais demorado sobre todas as nuances e perguntas até hoje não respondidas sobre fato relevante. Esse olhar só poderá ser realizado fora do âmbito e dos limites de uma crise específica, famosos por atrapalhar a visibilidade.

Mesmo passível de críticas, a Lei nº 6.385/76, assegura o acesso do público à informação das companhias que os tenham emitido; e a regulamentação sobre a natureza e a periodicidade das informações a serem divulgadas pelas companhias abertas e os padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes a serem observados nas demonstrações financeiras das companhias abertas, constantes no artigo 22 da mesma lei. As normas do mercado impõem a divulgação das informações em dois momentos distintos: i) quando do início da negociação do ativo no mercado, facilitando o conhecimento dos investidores do valor mobiliário em seus termos reais e; ii) posteriormente à oferta, periodicamente, de acordo com o tipo de informação (FERREIRA, 2013, p. 50).

O ideal é um mercado em que as negociações possam ocorrer com os preços refletindo completamente todos as variáveis que podem influenciar nos investimentos, tal mercado foi chamado por Fama (1970) de eficiente.

Nesse sentido, a expressão eficiente, quando inserida no contexto das transações mercantis tem uma duplicidade de variações: a eficiência alocativa e eficiência informacional. A primeira, ocorrendo quando os ativos com maior valor econômico estão em posse dos investidores que lhes atribuíram maior valor. A eficiência informacional, por sua vez, como a própria nomenclatura indica, é no tocante à velocidade e à exatidão de reflexo nos preços a partir de cada divulgação (GILSON; KRAAKMAN, 2013).

O primeiro enunciado específico para o tratamento do tema no Brasil foi o artigo 3º, inciso X, da Lei n.º 4.728/65 (BRASIL, 1965), que disciplina o Mercado de Capitais. Referido dispositivo, ao cuidar do espectro de competências do Banco Central do Brasil (BCB) estabelecia que era de sua da competência fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso.

Da leitura do dispositivo pode se perceber que uma legislação dedicada ao tema veio antes mesmo da criação da CVM, instituição que conforme será tratada nos tópicos adiante tem a função precípua de zelar pelo bom funcionamento do mercado nacional e pela sua eficiência institucional. Requerendo, com a sua atuação, condições jurídicas básicas que preservem e, se possível, fomentem a confiança dos investidores na transparência, estabilidade, justiça e integridade dos segmentos de mercado (JAKOBI, 2011) – mas falhando em estabelecer critérios que mitigassem a porcentagem subjetiva do mercado financeiro.

Nesse contexto, mesmo com o amplo conhecimento de que a assimetria informacional

quando da utilização das informações privilegiadas perturba as operações de capital dos mercados Jakimowicz e Baklarz (2016), afirmam, por meio de um estudo<sup>6</sup> numérico<sup>7</sup>, que a probabilidade total de um vazamento, em cada nova informação privilegiada existente no mercado, é no valor de 98% (noventa e oito por cento).

O modelo numérico pressupõe, ainda, que as transações de repasse devem ocorrer no prazo máximo de dois dias a partir do primeiro vazamento. Sendo o valor apresentado pelo estudo bastante expressivo, cabendo ao Estado fiscalizar e reprimir tal prática. Mas uma pergunta que pode ser formulada da leitura da porcentagem de probabilidade do vazamento é: uma precisa ou pelo menos uma conceituação uníssona sobre o que seria fato relevante poderia mitigar o valor de 98% (noventa e oito por cento)? Qual o papel da CVM perante esse cenário?

## 2 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS: HISTÓRIA, NATUREZA JURÍDICA, DIRETORES E COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO

Os artigos 155 e 157 da Lei nº 6.404/76 impõe os seguintes deveres aos administradores das companhias abertas (*insider*): de informar, de diligência e de lealdade. Todos associados com o dever de sigilo, do art.º 8º da Instrução 358/2002 da CVM. Todos esses deveres são pautados no princípio do *full disclosure* e para assegurar a eficiência do mercado por meio da simetria informacional (BRASIL, 1976).

Em decorrência da competência fiscalizatória das agências reguladoras, tal como a CVM, o processo administrativo sancionador se apresenta como reflexo do exercício do poder de polícia do Estado. O PAS é regulado pela Deliberação da CVM de nº 457/02 e pela Instrução CVM 251/96, aplicando-se, de maneira subsidiária a Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), servindo para aplicar, conforme o próprio nome indica, penalidades administrativas às pessoas e instituições que praticam atos qualificados como ilícitos administrativos, devendo observar os princípios orientadores do processo administrativo da Administração Pública Federal, tais como: legalidade, finalidade, motivação, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa e publicidade (JAKOBI, 2011).

Podendo seguir o rito sumário e ordinário, este último sendo previsto e regulado na Resolução CMN 454/77 e pela Deliberação CVM 457/02, dado início com a formulação de peça acusatória, elaborada pelas áreas técnicas da CVM, denominada termo de acusação, a qual deverá constar a qualificação dos acusados, os fatos, os elementos de suposta autoria e materialidade e o enquadramento legal das supostas infrações. Com posterior intimação dos acusados para apresentação de defesa escrita no prazo de trinta dias, em seguida o processo será levado ao Colegiado para julgamento (MÜSSNICH, 2015).

A CVM pode aplicar as seguintes penalidades administrativas previstas no art. 11º da

6 O estudo empírico que Jakimowicz e Baklarz (2016, p. 985) realizaram com base em informações publicamente disponíveis sobre negociação de valores mobiliários, originadas da Bolsa de Varsóvia.

7 A partir da fórmula:  $P_{total} = 1 - (1 - p_1) \times (1 - p_2) \times \dots \times (1 - p_n)$ , (1)

Lei 6.385/76: multa, suspensão ou inabilitação temporária do exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; suspensão ou cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata a Lei 6.385/76; proibição temporária de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; e proibição temporária de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.

No que diz respeito à classificação das sanções em leve, média e grave, estas serão decididas pelo poder discricionário dos julgadores, podendo ser aplicadas de forma cumulativa. A aplicação da pena de advertência se dá nos casos considerados pelo órgão regulador como mais leves (ALONSO, 2009, p. 49).

A sanção pecuniária, contudo, poderá ser aplicada aos casos em todos os níveis de gravidade (leve, moderada e grave, sendo o *insider trading* da modalidade grave) observando-se os limites máximos da aplicação: quinhentos mil reais; cinquenta por cento do valor da emissão ou operação irregular; três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito. As sanções restritivas ou impeditivas do exercício de atividade ou participação no Mercado de Capitais são aplicadas às infrações de natureza grave.

As interligações entre a teoria, bem como funcionamento do PAS apresentado linhas acima e as respostas sobre os significados de fato relevante, são apresentadas linhas abaixo.

### **3 METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DECISÕES PARA A ANÁLISE DOS DADOS: QUAL O CONTEÚDO QUE DEFINE FATO RELEVANTE PARA A CVM?**

A rigor, o artigo se utiliza da metodologia multi-método, termo utilizado por Peter Cane e Herbert M. Kritzer na obra *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (2010), para especificar trabalhos que se valham de mais de uma técnica de pesquisa. Contudo, no caso, mesmo que utilizando-se da revisão de literatura, preponderante nos tópicos anteriores, a utilização da metodologia de análise de decisões, presente no tópico ora em construção, se destaca.

O ponto de partida para a revisão de literatura foi baseado em duas estratégias de busca: automática e *snowballing* (WOHLIN, 2014). A busca automática foi realizada no *Google Scholar* e *Web of Science* no período de setembro de 2020 a janeiro de 2021. Tal fonte foi escolhida por indexar a maioria das revistas e conferências das mais diversas áreas. O primeiro passo foi a busca nas páginas retornadas pelas bases de dados citadas até não encontrar artigos que atendiam a os critérios de inclusão, ou seja, que ajudavam a responder o problema de pesquisa. Tal estratégia foi adotada para incorporar o máximo de artigos nesta primeira etapa.

As *strings* de busca utilizadas foram “*insider trading*”; “mercado financeiro”; “comissão de valores mobiliários”; e “instrução 38/2002 da CVM”. Para complementar a busca automática,

foi realizada uma rodada de *snowballing*. Tal estratégia consiste em obter artigos a partir de uma amostra previamente identificada e é composto por duas etapas: *backward snowballing* e *forward snowballing*. A primeira consiste em obter artigos a partir da lista de referências e a segunda consiste em identificar artigos que citaram o artigo que está sendo examinado. Após a coleta dos artigos, estes foram devidamente fichados e etiquetados na plataforma *Evernote*. As citações de cada artigo foram obtidas a partir da primeira base de dados, o *Google Scholar*.

Na segunda parte da pesquisa, o procedimento da Metodologia de Análise de Decisões – MAD utilizada neste estudo foi desenvolvido por Freitas Filho e Lima (2010). Selecionou-se este método pois ele permite organizar informações sobre decisões proferidas num determinado contexto, inclusive com a compreensão do seu sentido, forma e fundamentação utilizada.

A primeira fase da MAD é a pesquisa exploratória, a qual foi realizada na revisão de literatura nos tópicos anteriores, em seguida, passa-se ao recorte objetivo, o qual corresponde ao problema de pesquisa delimitado.

A terceira fase da MAD é o recorte institucional, o qual deve atender aos critérios de pertinência temática e relevância decisória (FREITAS FILHO; LIMA, 2010), sendo selecionado, para tanto, a Comissão de Valores Mobiliários. A escolha da CVM justifica-se por demonstrar a realidade do tribunal com maior fluxo decisório no mercado financeiro, tendo em vista ser a primeira instância, bem como de dirimir questões controversa, e por atender ao critério de relevância decisória, o qual diz respeito ao impacto da discussão no âmbito jurídico e administrativo sancionador.

O próximo passo da MAD é a constituição de um banco de dados com decisões e em seguida a identificação de como os julgadores tratam o objeto da pesquisa a partir dos elementos narrativos com os quais os argumentos são construídos. Por fim, deve ser feita a reflexão crítica sobre a prática decisória identificada (FREITAS FILHO; LIMA, 2010). Passa-se então a estas etapas do procedimento da MAD.

A busca pelos Votos foi realizada no sítio eletrônico do sistema da própria CVM em razão da disponibilidade de dados e da uniformização da metodologia de coleta. Utilizou-se a ferramenta consultas de jurisprudência dos PAS, com a inserção de palavras-chave preestabelecidas, com o recorte temporal de 2017 (último ano de alteração substancial na matéria de *insider trading* com a criminalização da conduta de *insider* secundário) até fevereiro do ano de 2021, ano que a pesquisa se findou.

#### Quadro 1 - Palavras-chave e justificativa de seu uso

Palavra-chave	Justificativa
<i>Insider</i>	Palavra relacionada à prática de <i>insider trading</i>
<i>Insider trading</i>	Palavra relacionada à prática de <i>insider trading</i>
Art. 155	Artigo da Lei 6.404 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações
358/02	Instrução CVM nº 358 de 2002

**Fonte:** Elaboração própria.

O sistema apresentou um total de 278 resultados, mas somente 39 referentes aos PAS, sendo essa a população de decisões, a qual foi tabulada em uma planilha do *Excel* que consta: a ordem na pesquisa; Nº do PAS; Data de julgamento; assunto; *insider* primário; sanção para primário; *insider* secundário; sanção para secundário; fato relevante; Diretor Relator; trechos do Voto que merecem menção. Durante a coleta dos dados referente à fundamentação, verificou-se a incidência de Votos que não diziam respeito ao problema de pesquisa, tampouco tratando do assunto “*insider trading*”, motivo pelo qual foram descartados, sendo a amostra efetivamente analisada e trazida nos resultados o total de 17 Votos.

A partir de tal metodologia, pode ser verificado, no teor da decisão dos Processos Sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários o que se considera “fato relevante” para condenações ou absolvições dos indiciados por *insider trading*?

### 3.1 DAS DECISÕES DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS:

Dentre os 17 Votos, 4 são de relatoria do Diretor Gustavo Machado Gonzalez, com posse em 13/07/2017 e término do mandato<sup>8</sup> em 31/12/2020; 4 são de relatoria do Diretor Gustavo Borba<sup>9</sup>, 8 são de relatoria do Diretor Henrique Balduino Machado Moreira, com posse em 20/07/2016 e término do mandato em 31/12/2020; e 1 é de relatoria da Diretora Flávia Perlingeiro, com posse em 15/03/2019 e término do mandato em 31/12/2023 (CVM, [2023]). Não havendo nenhuma alteração considerável no decorrer dos anos analisados, não devendo se fazer menção aos votos em ordem cronológica, por falta de relevância para pesquisa.

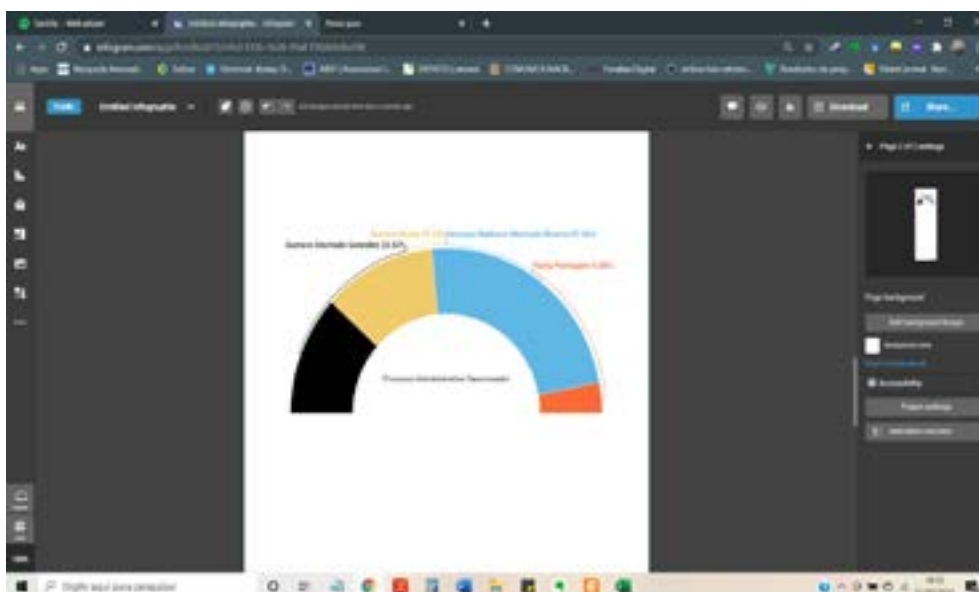
A distribuição por relator pode ser visualizada no gráfico 1.

---

8 Na data da pesquisa, no site da autarquia, o Diretor Gustavo Machado Gonzalez ainda figurava como da Alta Administração, mesmo que tenha renunciado ao cargo em fevereiro de 2021.

9 Do quadro atual da CVM, a única alteração foi a troca do Diretor Gustavo Borba, devido sua exoneração, no dia 12 de setembro de 2012. O mandato do Diretor durou do ano de 2015 até o ano de 2018. Em seu lugar, de maneira definitiva até o término do mandato foi indicado o Diretor Alexandre Costa Rangel com posse em 05/11/2020 e término do mandato em 31/12/2024 (CVM, [2023]).



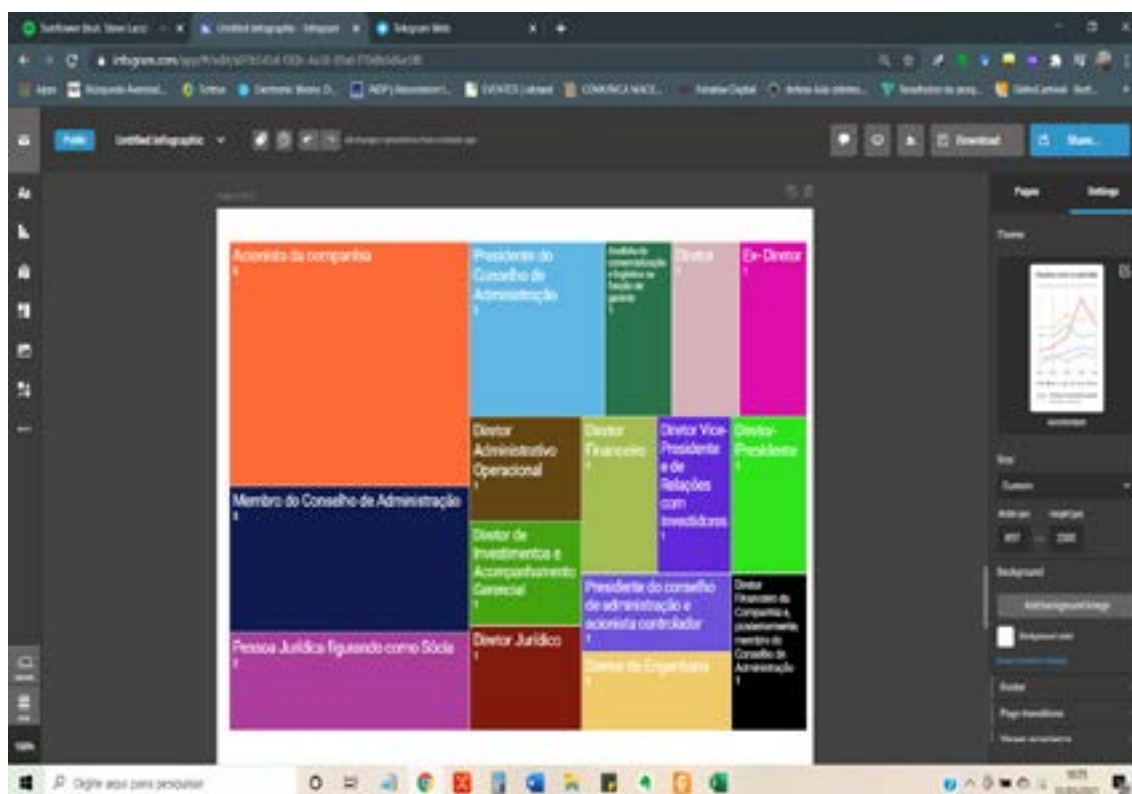
**Gráfico 1** - Distribuição dos PAS por Diretor Relator

**Fonte:** Elaboração própria com base nos dados do site da CVM, com recorte temporal de 2017-2021.

Da leitura do gráfico 1, cuja função é proporcionar um conhecimento dos julgadores, válido mencionar que mesmo havendo 8 PAS de relatoria do Diretor Henrique Balduino Machado Moreira, sendo a maioria dos PAS da pesquisa decididos conforme o entendimento de um único Diretor, isso não significa uma maior proatividade do relator em questão. Conforme mencionado, o Diretor tomou posse em 2016 com término de mandato em 2020 e, levando-se em consideração que o último PAS com resultados na pesquisa foi julgado em 2019, desse modo, antes do término do mandato do Diretor Henrique Balduino Machado Moreira, o total de 8 dentre os 17 PAS sob a sua relatoria só indica que ele foi o único Diretor a estar em todos os anos da MAD realizada.

Dos 17 processos, 15 tratam de casos de *insider* na categoria primário e 6 tratam de casos de *insider* na categoria secundário, havendo a intersecção entre 2 processos os quais possuíam tanto *insider* na categoria primário como na categoria secundário. Sendo 25 pessoas acusadas por terem supostamente usado informação privilegiada que receberam devido a sua função e 19 pessoas acusadas por terem supostamente usado informação privilegiada, sendo agentes externos à companhia.

Na categoria de *insider* secundário, todos os 14 acusados eram da categoria investidores, mesmo as 2 pessoas jurídicas existentes se enquadram na categoria por terem sido assim descritas no PAS. Já na categoria dos primários, os cargos variaram, podendo ser melhor visualizados no gráfico 2, logo abaixo:

**Gráfico 2** - Categorias de cargos dos *insider* primários

**Fonte:** Elaboração própria com base nos dados do site da CVM, com recorte temporal de 2017-2021.

O que pode ser observado do gráfico 2 é que uma preponderância de supostos lapsos éticos nos cargos de Direção, os quais, quando colocados em uma só categoria, ignorando-se as especificidades de atuação, mas levando em consideração somente o ator de dirigir, totalizam 16 das 25 pessoas indiciadas.

Contudo, mesmos que os maiores acusados sejam os agentes internos, estes são também os maiores absolvidos. Dentre os 15 PAS que tratam de casos de *insider* na categoria primário, 6 resultaram em absolvição. Números estes que, em termos individuais significa: dos 25 indiciados nessa categoria, 14 foram absolvidos; restando somente 11 condenados. Já na categoria dos secundários, nos 6 PAS, todos 14 indiciados foram condenados, na modalidade multa, cujos montantes podem ser verificados na tabela 4.

**Tabela 4 -** Quantitativo das multas aplicadas nas duas categorias

	Multas para <i>insider</i> primário	Multas para <i>insider</i> secundário
1	R\$440.780.423,00	R\$1.266.255,51
2	R\$ 13.395.988,36	R\$244.151,27
3	R\$ 11.664.067,98	R\$20.962,76 *
4	R\$ 9.157.631,76	R\$2.141.142,00 *
5	R\$ 3.522.531,24	R\$100.000,00
6	R\$ 8.889.008,74	R\$ 554.254,00
7	R\$200.000,00	R\$ 459.860,00
8	R\$ 100.000,00	R\$ 278.522,40
9	R\$ 100.000,00	R\$122.959,50
10	R\$21.013.228,00	R\$97.299,00
11	R\$ 100.000,00	R\$77.565,00
12		R\$135.550,00
13		R\$1.315.944,00
14		R\$596.600,00
15		R\$103.813,50
	<b>Total: R\$508.922.879,08</b>	<b>Total: R\$7.514.878,94</b>

\*ao mesmo investidor condenado por *insider* secundário foram aplicadas duas multas na mesma modalidade.

**Fonte:** Elaboração própria com base nos dados do site da CVM, com recorte temporal de 2017-2021.

Da leitura do quantitativo das multas aplicadas nas duas categorias, comparando com os dados anteriormente apresentados, pode ser percebido que, mesmo havendo uma maior absolvição na categoria dos primários, o montante dos 11 condenados na modalidade multa somam R\$508.922.879,08 (quinhentos e oito milhões, novecentos e vinte e dois mil e oitocentos e setenta e nove reais e oito centavos de reais), quantia que muito supera os R\$7.514.878,94 (sete milhões, quinhentos e catorze mil e oitocentos e setenta e oito reais e noventa e quatro centavos de reais) das condenações para a categoria dos secundários.

Assim, mesmo que haja uma maior absolvição entre os primários, o quantitativo das multas é maior dentre estes, graças a dois fatores: (i) devido a sua obrigação legal prevista na Lei das S.A. e na ICVM 358/2002, a exemplo do PAS nº 19957.002840/2015-21, os “*insiders* institucionais” ou “corporativos”, devem ter uma maior consciência sobre a nocividade do ilícito e sua atitude de usar o acesso à informação por estarem no interior da companhia é ainda mais traiçoeira e reprovável; (ii) há uma orientação, segundo o PAS 26/2010, que a fixação da pena de D.S.A, *insider* secundário, seria no patamar de 1.5 vezes o benefício auferido, portanto, mesmos que o relator desejasse fixar em um patamar maior, a vinculação aos precedentes de dosimetria de multa em 1.5 vezes o benefício auferido para o secundário deveria prevalecer.

O quantitativo das multas demonstra uma severidade por parte da autarquia quando no

ato das condenações. Esse rigor é louvável em um contexto de precisão de termos e colocações, uma precisão no caminho que levou à formulação da acusação, do que teria constituído o fato reprovável. O que seria a informação privilegiada, não pública e relevante. O que uma informação deve possuir para influenciar e o quanto influenciar em um determinado valor mobiliário.

Em contínua análise, buscando-se respostas para o que se considera “fato relevante” para condenações ou absolvições dos indiciados por *insider trading* no Voto do PAS RJ2013/8609, cuja penalidade foi na modalidade multa pecuniária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o *insider*, o Diretor-Relator afirma que fato relevante seria aquele que é capaz de influir, de modo *ponderável*, nos exatos termos do art. 2º da ICVM nº 358, de 2002.

Podendo, para aquele Diretor, a relevância “ser medida pela influência que ela causou no volume de negociação das ações em questão”. Todavia, os limites e parâmetros da alegada possibilidade de influência da informação tida como relevante não são sequer discutidos, mostrando a abstração habitual que conduz os votos sobre a temática.

Para além de meras confabulações ou repetições desnecessárias sobre o que seria considerado fato relevante, tendo em vista que as abstrações ou literalidade da ICVM 358/02 ou da Resolução 44/2021 já foram exploradas no tópico 1, passa-se agora a elencar, as fundamentações de cada fato considerado como relevante, em cada PAS analisado.

**Tabela 5** - Fatos considerados como relevantes nos PAS pesquisados no recorte temporal de 2017-2021

Nº DO PAS	FATO CONSIDERADO RELEVANTE
19957.001639/2016-15 (RJ2016/2384)	Em 29.08.2012, a Companhia divulgou fato relevante comunicando que, em continuidade à sua estratégia de prospecção de ativos minerais, a empresa planejava iniciar a campanha de sondagem nos meses seguintes.
26/2010	Possibilidade de incorporação da companhia A pela companhia C
19957.002840/2015-21	Termo de Acusação não foi a todo tempo claro quanto a qual seria a “informação privilegiada” que caracterizaria o ilícito neste caso. Por tal motivo, concluiu-se que não tinha fato relevante “concreto” à época das negociações.
RJ2014/0578(19957.000594/2015-72)	Andamento das operações nos poços do bloco BMC-41, sendo alguns deles para comunicar a descoberta de reservas de hidrocarbonetos. Somando-se a isso, em 01.07.2013, a Companhia divulgou ao mercado fato relevante informando a inviabilidade econômica dos Campos, havendo, desse modo, uma alteração do plano de negócios.
RJ2014/3616(19957.003405/2015-13)	A PDG divulgou ao mercado uma revisão de orçamentos de obras terceirizadas, que transformou em prejuízo o lucro anteriormente previsto para o 4º trimestre de 2011. Bem como o aumento de capital divulgada pela PDG em 28.05.2012. Por fim, a revisão do <i>guidance</i> de lançamentos para 2012, anteriormente fixada em R\$ 9-11 bilhões, para a faixa de R\$8-9 bilhões.
RJ2015/5813	A informação relevante em questão decorreria de diversas evidências, de que a Companhia não quitaria a primeira parcela da dívida decorrente da aquisição da SM., circunstâncias essas que provocariam um abalo financeiro na Companhia credora.

RJ2015/13651	Os <i>insiders</i> primários receberam as demonstrações financeiras da companhia, o que, segundo o §4º da ICVM 358/02, cria a presunção de que as demonstrações financeiras anuais e trimestrais contêm informação relevante.
01/2014	Anúncio do o acordo de associação da Companhia emitente com a Sociedade com a CB.
SP2013/094	Operações nos poços do bloco OGX-11D1; OGX-632; OGX-26HP3; OGX-68HP4, todos da Companhia emitente.
RJ2014/577	A sua subsidiária HRT O&G. havia concluído o teste de formação do poço 1-HRT-6-AM, no Bloco SOL-T-170; tendo chegado a um acordo para a contratação da sonda semi-submersível para seus poços na costa da Namíbia, informando, ainda a aprovação, em Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária.
RJ2014/1785	Anúncio de uma parceria entre a P. e a T.I. para exploração de petróleo e demais matérias primas.
RJ2014/3401	Ausência de óleo e gás em poços offshore situados na Namíbia.
RJ2016/5039	Reorganizaçõesocietáriaqueresultarianatitularidade,porTO.,datotalidadedas ações de emissão de BE.
RJ2014/10290	Adesão ao Programa de Parcelamento de Débitos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Secretaria da Receita Federal, sendo fato relevante segundo o XI do art. 2º da ICVM 358/02.
25/2010	Perda financeira em razão de sua exposição a instrumentos financeiros derivativos causada por operações realizadas no mercado futuro de câmbio que poderiam ter excedido os limites previstos na Política Financeira aprovada pelo conselho de administração da Companhia. Com posterior divulgação de condições mínimas para a reestruturação de sua dívida.
RJ2013/13172	A aprovação da alteração do Plano de Negócios da Companhia.
RJ2013/8609	Anúncio de uma parceria entre a P. e a T.I. para exploração de petróleo e demais matérias primas.

**Fonte:** Elaboração própria com base nos dados do site da CVM, com recorte temporal de 2017-2021.

Ao fim da análise dos PAS, há uma clareza na afirmação de que os investidores do mercado de capitais disponibilizam seus recursos, por confiarem e acreditarem que serão adequadamente utilizados, com base no comportamento passado dos emissores, nos compromissos por eles assumidos, bem como no sistema regulatório existente para prevenir e punir eventuais desvios de conduta.

Sob essa perspectiva, é importante reconhecer que uma das funções do regime de *disclosure* é auxiliar na criação e manutenção da confiança dos investidores no mercado de valores mobiliários, por meio da sinalização de que, ao optarem por captar recursos no mercado, os emissores estarão sujeitos à obrigação de tornar pública uma gama variada de informações a seu respeito, sob a fiscalização de um órgão que tem o total domínio das situações que podem vir a surgir.

Na abertura do artigo, mencionou-se que a definição de fato relevante era fluída, sendo, ao mesmo tempo, sua própria definição e seu ponto de conflito, dando azo ao surgimento de 7 perguntas. Após a leitura dos PAS, as perguntas podem ser devidamente respondidas, como forma de fechamento do tópico administrativo.

Pergunta 1: Qual o nível aceitável de alteração na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia pelo fato relevante?

Resposta: o nível “aceitável” de alteração na cotação dos valores mobiliários em determinada companhia não é uma resposta que se constrói com valores matemáticos rígidos e pré-determinados, mas com a análise de variações percentuais comparadas às médias históricas do período do caso; análise da variação dos preços após a divulgação das informações; e a análise da capacidade, ou não, do mercado absorver o impacto da informação; o que é devidamente realizado pela CVM quando das investigações administrativas.

Pergunta 2: Qual o critério para a fixação dos valores do nível de aceitabilidade?

Resposta: a análise de variações percentuais comparadas às médias históricas do período da ação.

Pergunta 3: Há informações que mesmo exercendo poder de influência não causam danos à liquidez mercantil pelo próprio mecanismo de reajuste do mercado?

Resposta: em verdade, o termo correto não seria “não causam danos à liquidez mercantil”, mas informações que podem desajustar o funcionamento do mercado. Para essa segunda pergunta, sim, há a possibilidade de análise da capacidade, ou não, do mercado absorver o impacto da informação; o que é devidamente realizado pela CVM quando das investigações administrativas.

Pergunta 4: Pode ser imposto ao mercado uma margem de transações suportáveis com base em fatos relevantes ainda não divulgados? Como seria essa margem?

Resposta: não é possível que seja imposto ao mercado uma margem de transações pré-estabelecidas, pois pelo próprio funcionamento do mercado de capitais, há uma constante mutação em suas diretrizes transacionais.

Pergunta 5: Como se mensurar a influência dos fatos tidos como relevantes nas decisões dos investidores?

Resposta: verificando-se o panorama acerca da liquidez da ação, as variações percentuais comparadas às médias históricas do período do caso; a análise da capacidade, ou não, do mercado absorver o impacto da informação; e a variação dos preços após a divulgação das informações.

Pergunta 6: poderiam ser fixados critérios matemáticos para afirmar um fato como tendo aptidão para afetar o comportamento dos investidores em relação aos valores mobiliários?

Resposta: não é possível que seja imposto ao mercado uma margem de transações pré-estabelecidas, devido o próprio funcionamento (e conceito) do mercado de capitais.

No PAS RJ2015/5813 menciona-se que a informação relevante em questão decorreria de diversas evidências de que a Companhia não quitaria a primeira parcela da dívida decorrente da aquisição da SM., circunstâncias essas que provocariam um abalo financeiro na Companhia credora, “tendo aptidão para afetar o comportamento dos investidores em relação aos valores mobiliários da F.T”. Todavia, não são expostos os argumentos que construíram a lógica métrica utilizada para tal colocação.

Destarte, verifica-se que há uma inegável construção de esforços por parte da autarquia



para implementação de critérios, serviços de inteligência, estudos dos seus diretores e uma sublime dedicação na construção coerente de seus votos.

Contudo, também é inegável que os limites os quais constituíram a influência significativa/material/considerável nos preços dos ativos, pode ser verificada no caso concreto, conjugando-se os seguintes fatores: a) conceituação normativa de fato relevante; b) panorama acerca da liquidez da ação; c) variações percentuais comparadas às médias históricas do período do caso; d) análise da capacidade, ou não, do mercado absorver o impacto da informação; e) fato relevante não ser um fato isolado no tempo, mas aquele evento objetivo que conclui uma sucessão de eventos relevantes; f) variação dos preços após a divulgação das informações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo ao problema de pesquisa e a partir da análise realizada pelo artigo, no teor da decisão dos Processos Sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários o que se considera “fato relevante” para condenações ou absolvições dos indiciados por *insider trading*, os objetivos da pesquisa foram atingidos, pois realiza-se esclarecimentos iniciais e necessários sobre o conceito uso de informações privilegiadas; identifica-se o papel da Comissão de Valores Mobiliários nos processos sancionadores; explicando qual a função da CVM, quando surgiu, e quem são os diretores da composição atual; utiliza-se a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), ferramenta de abordagem qualitativa com elementos quantitativos, verificando-se as análises das fundamentações dos votos da CVM.

Da análise dos 17 votos frutos da pesquisa, tabulando-se: a ordem na pesquisa; Nº do PAS; Data de julgamento; assunto; *insider* primário; sanção para primário; *insider* secundário; sanção para secundário; fato relevante; Diretor Relator; trechos do Voto que merecem menção; percebe-se que não são expostos os argumentos que construíram a lógica métrica utilizada para as colocações sobre existência, ou não de fato relevante.

Verifica-se que há uma inegável construção de esforços por parte da autarquia para implementação de critérios, serviços de inteligência, estudos dos seus diretores e uma sublime dedicação na construção coerente de seus votos. Contudo, também é inegável que os limites os quais constituíram a influência significativa/material/considerável nos preços dos ativos, pode ser verificada no caso concreto, conjugando-se os seguintes fatores: a) conceituação normativa de fato relevante; b) panorama acerca da liquidez da ação; c) variações percentuais comparadas às médias históricas do período do caso; d) análise da capacidade, ou não, do mercado absorver o impacto da informação; e) fato relevante não ser um fato isolado no tempo, mas aquele evento objetivo que conclui uma sucessão de eventos relevantes; f) variação dos preços após a divulgação das informações.

Para além de uma leitura manual, a pesquisa atentou para a necessidade da análise de maneira integral de todos os acórdãos analisados, podendo ser vislumbrado, dessa maneira, a

partir de uma análise de conteúdo, qual o contexto de cada decisão e quais os argumentos globais utilizados. Assim se procedendo para que não houvesse nenhuma perda de conteúdo, ou mesmo a manifestação de um viés de confirmação da hipótese inicial na pesquisa. Quando dessa pesquisa, o resultado permaneceu inalterado.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Leonardo. **Crimes contra o mercado de capitais**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14728.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 20 maio 2020.

CANE, Peter; KRITZER, Herbert (ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. OUP Oxford: Oxford University Press, 2010.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Alta administração**. Brasília: CVM, [2023]. Disponível em: [http://conteudo.cvm.gov.br/alta\\_administracao/sobre.html](http://conteudo.cvm.gov.br/alta_administracao/sobre.html). Acesso em: 25 mar. 2021

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução n. 358, de 03 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, [...]. Brasília: CVM, 2002. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst358.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº 19957.001639/2016-15**. Manipulação de preços e uso de informação privilegiada [...]. Acusado: Jaime Augusto da Cunha Rebelo. Relator: Gustavo Machado Gonzalez, 26 de novembro de 2019.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 04/04**. Negociações de

valores mobiliários realizadas por advogados que tiveram acesso, no exercício de sua profissão, a informações sobre negócios dos emissores (insider trading). Absolvição e multa. Acusados: Carlos Augusto Coelho Branco e Roberto Mário Amaral Lima Neto. Relator: Marcelo Fernandez Trindade, em 28 de junho de 2006.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 19957.002840/2015-21**. Utilização de informação privilegiada na aquisição de ações de emissão da Invest Tur Brasil – Desenvolvimento Imobiliário Turístico S.A. Acusados: GPCP4 Fundo de Investimentos em Participações Multiestratégia e Latin America Hotels LLC. Relatora: Flávia Perlingeiro, em 4 de junho de 2019.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 2013/8609**. Diretor Pedido de anulação de decisão proferida pelo Colegiado da CVM [...]. Requerente: Fábio Feital de Carvalho. Relator: Henrique Machado, em 27 de novembro de 2019.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 2014/0577**. Apurar o eventual uso de informação privilegiada [...]. Acusados: Marcio Rocha Mello, Milton Romeu Franke e Eduardo de Freitas Teixeira. Relator: Gustavo Machado Gonzalez. em 11 de dezembro de 2017.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 2015/13651**. Apurar o eventual uso de informação privilegiada, em infração ao artigo 155, § 4º, da Lei nº 6.404/1976 c/c o disposto no artigo 13, § 4º, da Instrução CVM nº 358/2002. Acusados: Ariovaldo da Silva Rocha Filho e Luiz Eduardo Haus Sukienik. Relator: Gustavo Machado Gonzalez, em 19 de junho de 2018.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 2015/5813**. Apurar eventual responsabilidade de Edair Deconto, na qualidade de membro do Comitê de Auditoria e Riscos e Ex- Diretor da Forjas Taurus S.A. [...]. Acusado: Edair Deconto. Relator: Gustavo Borba, em 13 de julho de 2018.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 22/99**. Não divulgação imediata de fato relevante acerca das negociações para venda de imóvel industrial da companhia Cerâmica Chiarelli S/A. Multa. Acusado: Caio Albino de Souza Relator: Marcelo Fernandez Trindade, em 16 de agosto de 2001.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **PAS CVM nº RJ 26/2010**. Acusados: Antonio Grisi Neto *et al.* Utilização de informações privilegiadas em negociações com ações da Agra Empreendimentos Imobiliários S.A [...]. Relator: Gustavo Machado Gonzalez. em 26 de novembro de 2019.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais: regime jurídico**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FAMA, Eugene. Efficient capital markets: a review of theory and empirical work. **The Journal of Finance**. Cambridge, v. 25, p. 383-417, 1970.

FERREIRA, Laila Cristina Duarte. **Divulgação de informações no mercado de valores mobiliários brasileiro**: a regulação da atividade jornalística. 240 f. Dissertação (Mestrado) –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FINMA - SWISS FINANCIAL MARKET SUPERVISORY AUTHORITY. **Circular 2013/8 Market conduct rules**. Supervisory rules on market conduct in securities trading. Berna: FINMA, 29 ago. 2013. Disponível em: [https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2013-08-01012021\\_de.pdf?la=en](https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2013-08-01012021_de.pdf?la=en). Acesso em: 30 maio 2023.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Universitas Jus**, Brasília, v. 2 n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GILSON, Ronald J.; KRAAKMAN, Reinier H. **The mechanisms of market efficiency twenty years later: the hindsight bias**. 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=462786>. Acesso em: 30 maio 2020.

GOSHEN, Zohar; PARCHOMOVSKY, Gideon. The essential role of securities regulation. **Duke Law Journal**, Durham, v. 55, p. 711, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=600709>. Acesso em: 30 maio 2020.

IOSCO - INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. **Insider Trading How Jurisdictions Regulate It**. Madrid: IOSCO, 2003. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>. Acesso em: 30 maio 2020.

JAKIMOWICZ, Aleksander; BAKLARZ, Agnieszka. Identification of insider trading using network numerical models. **Acta Physica Polonica**, [s.l.], v. 129, n. 5, p. 980-985, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Agnieszka\\_Baklarz/publication/303826668\\_Identification\\_of\\_Insider\\_Trading\\_Using\\_Network\\_Numerical\\_Models/links/5b56ba9c45851507a7c41565/Identification-of-Insider-Trading-Using-Network-Numerical-Models.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Agnieszka_Baklarz/publication/303826668_Identification_of_Insider_Trading_Using_Network_Numerical_Models/links/5b56ba9c45851507a7c41565/Identification-of-Insider-Trading-Using-Network-Numerical-Models.pdf). Acesso em: 30 maio 2020.

JAKOBI, Karin Bergit. **A atuação da CVM na regulação do mercado de capitais e na consagração do full disclosure, sob o enfoque da análise econômica do direito**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Socioambiental-Pontifícia) - Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

MCGEE, Robert W. **Ethical issues in insider trading: case studies**. 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.538682>

MOTA, Fernando de Andrade. **Abusos no mercado de capitais: conceituação e repressão pela Comissão de Valores Mobiliários**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. **O insider trading no direito brasileiro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

PRATAS, Marta Alexandra Fialho. **O insider trading nos mercados financeiros: o papel da informação no funcionamento dos mercados e sua regulação**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/31925?mode=full>. Acesso em: 30 maio 2020.

WOHLIN, Claes. Guidelines for snowballing in systematic literature studies and a replication in software engineering. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON EVALUATION AND ASSESSMENT IN SOFTWARE ENGINEERING, 18<sup>th</sup>, 2014, London. **Proceedings** [...]. New York: Association for Computing Machinery, 2014.

**Como citar:** DOS SANTOS, Ives Nahama Gomes; DE ANDRADE, Mariana Dionísio. Palavras são apenas palavras? A conceituação de fato relevante pela Comissão de Valores Mobiliários a partir da metodologia de análise de decisões. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 94-118, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p94-118. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 30/03/2023

Aprovado em: 16/05/2023

**FRAUDES “INOCENTES” COMO  
GERADORAS DO DEVER DE ABSTENÇÃO  
OU RESSARCIMENTO: UMA ANÁLISE  
CONSUMERISTA**

“INNOCENT” FRAUDS AS GENERATORS OF  
THE DUTY TO ABSTAIN OR COMPENSATE: A  
CONSUMER’S LAW ANALYSIS

**Sandro Mansur Gibran\***  
**Helio José Cavalcanti Barros\*\***

\*Doutor em Direito Econômico e Socioambiental (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR). Mestre em Direito Social e Econômico (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR)

E-mail: sandro@rochaadvogados.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>

\*\*Mestrando em Direito (Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA/PR). Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC/RJ)  
E-mail: hcbarrros@mib.adv.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8742-1446>

**Como citar:** GIBRAN, Sandro Mansur; BARROS, Helio José Cavalcanti. Fraudes “inocentes” como geradoras do dever de abstenção ou ressarcimento: uma análise consumerista. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 119-136, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p119-136. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** A relação entre fornecedores e consumidores carrega em sua essência aspectos complexos. Por um lado, fomenta-se a liberdade de oferta de produtos e serviços como um movimento natural em prol do desenvolvimento econômico; por outro, é necessário regular práticas comerciais e publicitárias com o objetivo de proteger os consumidores evitando abusos e danos. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo responder à problemática: É possível haver uma proteção efetiva do consumidor em relação às más práticas comerciais, inclusive aquelas socialmente aceitas, subliminares e disfarçadas? Para alcançar resposta satisfatória ao problema, este estudo utiliza pesquisa exploratória, método analítico-dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica, fundada na literatura acadêmica, legislação vigente e em decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ao analisar as práticas comerciais corriqueiras - práticas comuns do ofertante - juridicamente denominadas “*dolus bonus*”, conclui-se ser necessária a firma atuação do Poder Judiciário para que haja uma proteção efetiva do consumidor em relação às más práticas comerciais, em especial àquelas subliminares e disfarçadas eis que, não raro, fornecedores veiculam propagandas claramente ilegais valendo-se da tênue linha que distingue legalidade de ilegalidade para obter vantagens exageradas, desequilibrando assim as relações de consumo.

**Palavras-chave:** fraudes inocentes; dever de informação; boa-fé contratual; abuso de direito.



**Abstract:** The relation between suppliers and consumers inherently carries complex aspects. On one hand, the freedom to offer products and services is encouraged as a natural movement towards economic development; on the other hand, it is necessary to regulate commercial and advertising practices with the aim of protecting consumers from abuses and damages. In this context, the present study aims to answer the problem: Is it possible to have effective consumer protection against bad business practices, including those that are socially accepted, subliminal, and disguised? To find a satisfactory answer to this problem, this study uses exploratory research, an analytical-deductive method, and a bibliographic research technique, based on academic literature, current legislation, and judicial decisions handed down by the Brazilian Superior Court of Justice. By analyzing common commercial practices legally referred to as “*dolus bonus*”, it is concluded that a firm Judiciary is necessary for having an effective consumer protection against bad commercial practices, especially those that are subliminal and disguised since, not rarely, suppliers broadcast clearly illegal advertisements, exploiting the thin line that distinguishes legality from illegality to obtain exaggerated advantages, thus unbalancing consumer relations.

**Keywords:** innocent frauds; duty of information; contractual good faith; abuse of rights.

## INTRODUÇÃO

A competitividade mercadológica traz consigo a necessidade de se estimular o consumo progressivo de determinados produtos e serviços e essa engrenagem básica do sistema capitalista, pode gerar por parte das empresas uma agressividade publicitária e comercial, de forma a incutir na mente do consumidor o desejo e, muitas vezes, a quase necessidade de adquirir o que lhe é oferecido a qualquer preço. Manipula-se a paixão, a emoção e o desejo do ser humano, introjetando em seu consciente ou subconsciente mensagens e atributos que tornam aquele produto ou serviço altamente desejável e cobiçado como conquista próxima ou futura. São feitas promoções, *black Fridays*, ofertas imperdíveis, criação de pontas de estoque ou *outlets* que induzem, claramente, à ideia de vantagem, benefício ou oportunidade em determinada compra ou contratação.

Usando pesquisa exploratória, método analítico-dedutivo e pesquisa bibliográfica fundada em literatura acadêmica, legislação e decisões judiciais, o objetivo deste trabalho é analisar a questão das práticas comerciais corriqueiras, em especial da oferta de produtos e serviços ao mercado, sob a ótica dos limites entre a legalidade e ilegalidade na conduta do ofertante. Analisa-se a dinâmica que envolve a fase de oferta ou pré-contratual à fase contratual propriamente dita - passando pelo *dolus bonus* até aquele dolo que justifica a incidência do ordenamento para puni-lo ou coibi-lo, na busca por um equilíbrio saudável entre os direitos dos fornecedores os direitos dos consumidores.

## 1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS - DO *DOLUS BONUS* AO ABUSO DE DIREITO

Sabe-se que as práticas publicitárias têm como objetivo incutir no consumidor a vontade de aquisição de certo produto ou serviço e, para isso, os profissionais da publicidade utilizam-se das mais diversas e bem desenvolvidas técnicas de convencimento. Ocorre que a regulação das práticas de marketing pelo Código de Defesa do Consumidor tem como principal objetivo a proteção dos direitos do consumidor que, por não deter conhecimento específico e aprofundado sobre o produto ou serviço ofertado, podem ser lesados com promessas irreais.

Por meio da análise dos limites de legalidade do chamado “*dolus bonus*” e definição de quais são os parâmetros indicativos de abusividade é possível trazer maior clareza ao tema e definir de forma mais segura quando uma publicidade acaba desrespeitando as balizas da legalidade e se torna verdadeiro abuso de direito.

### 1.1 O *DOLUS BONUS* E AS “FRAUDES INOCENTES”

Como vício do consentimento, o dolo torna o negócio jurídico anulável, desde que essencial e determinante para manifestação de vontade da parte dele destinatária, esta previsão do art. 145 do Código Civil. Se o dolo não for determinante para a realização do negócio jurídico, mas apenas

alterar seu aspecto, diz-se acidental e só possibilita a postulação de perdas e danos (art. 146 do mesmo diploma legal).

O dolo pode ser definido como “[...] o emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou terceiro” (DINIZ, 2018, p. 463). Desde o Direito Romano já se fazia a distinção entre o *dolus malus*, aquele que maliciosamente leva uma das partes a enganar a outra na formação de um negócio jurídico e que possibilita, conforme o caso, a anulação do negócio jurídico ou a pura reparação de danos; e o *dolus bonus*, aquele típico da exaltação das qualidades do bem, produto ou serviço que se disponibiliza a outrem. Desta forma, o *dolus bonus*:

É uma categoria jurídica tolerada juridicamente, especialmente no mundo dos negócios. Consiste basicamente nos exageros cometidos pelo vendedor, valorizando o objeto a ser alienado ou potencializando as suas qualidades (é o exemplo do vendedor que anuncia o objeto da compra e venda como o “melhor carro do mundo”). Assinala Washington de Barros Monteiro serem admissíveis tais manifestações exageradas “no giro diário dos negócios, porque, com um pouco de diligência, um pouco de perspicácia, podem ser dissipadas, desde que os exageros não sejam acompanhados de artifícios (FARIA; ROSENVALD, 2013, p.657).

O *dolus bonus* é tolerado porque nele não se verifica má-fé, mas apenas uma busca de melhores condições negociais, da mesma forma que se entendem as condutas do possível adquirente em enxergar critérios defeituosos ou depreciativos no produto ou serviço para obter preço menor. Se um vendedor afirma que certo produto é “o melhor doce do mundo”, exalta, de forma subjetiva, as qualidades do produto que vende. Contudo, diante desse cenário do uso do *dolus bonus*, não parece exagerado trazer à discussão a ideia segundo a qual “a fraude inocente, legal, exerce um papel indiscutível na vida privada e no discurso público [...]” (GALLBRAITH, 2004, p. 15).

Naturalmente, não se espera de um produtor, comerciante ou industrial que considere que as mercadorias que produz, vende ou fabrica não detêm atributos suficientes a serem propalados ao mercado. De igual modo, não é de se esperar que um fornecedor de serviços não os exalte como tendo a “melhor qualidade” ou “o melhor atendimento do mercado”. A intenção de induzir o consumidor à decisão de compra e a utilização irrestrita de técnicas de venda inserem-se em um contexto que tem a potencialidade de se tornar perigoso pois “[...] acreditar numa economia de mercado em que o consumidor é soberano é uma das formas de fraude mais difundidas.” (GALLBRAITH, 2004, p. 28).

A leitura da referida obra sobre o tema das fraudes inocentes suscita alguns questionamentos. Considerando a maneira com a qual muitos fornecedores de produtos e serviços veiculam suas ofertas por meio de publicidade, é possível traçar um paralelo entre o conceito de “Fraudes Inocentes”. Isso porque, não raras vezes são veiculadas campanhas publicitárias flagrantemente abusivas, porém socialmente aceitas e que exercem um papel determinante na dinâmica social, causando prejuízos aos consumidores. As empresas desempenham um papel de extrema importância na

sociedade e na economia e detém considerável poder de influência e manejo social e, dessa forma os “[...] grandes sistemas econômicos e políticos - a partir das pressões pecuniárias e políticas e dos modismos da época - cultivam sua própria versão de verdade, que não tem, necessariamente relação alguma com a realidade.” (GALLBRAITH, 2004, p. 11).

É esse o cenário em que as fraudes inocentes se colocam e, invariavelmente, exercem forte influência tanto na vida privada, quanto no discurso público. Porém, parece não haver qualquer sentimento de culpa ou responsabilidade social quanto à manutenção desse sistema. Utilizando técnicas de vendas que apelam ao emocional, muitas empresas fazem com que um simples símbolo de um produto ou serviço o transforme em um verdadeiro sonho de consumo e a forma como essa dinâmica é construída induz o consumidor à falsa percepção de que ele é soberano em relação ao seu desejo - como se realmente fosse o detentor da última vontade quanto à aquisição de um produto ou serviço.

[...] considera-se que o poder máximo, na economia de mercado, está nas mãos daqueles que compram ou que decidem não comprar; portanto, com algumas restrições, o consumidor detém o poder mais alto. Sua escolha traça a curva da demanda. Assim como o voto dá autoridade ao cidadão, na vida econômica a curva da demanda confere autoridade ao consumidor. Nos dois casos, há uma dose significativa de fraude. Tanto no caso de eleitores quanto no de consumidores, existe um formidável e bem financiado controle da resposta do público. Isso se acentuou na era da propaganda e das modernas promoções de vendas. Eis uma fraude aceita, inclusive no ensino universitário (GALLBRAITH, 2004, p. 27).

As pessoas em geral, na qualidade de consumidores, creem escolher soberanamente o que querem consumir, porém, a realidade não parece ser exatamente essa. As práticas publicitárias e comerciais da oferta e as atuações no mercado da indústria, comércio e serviços, desempenham um grande fator indutivo na escolha por parte do consumidor. Dessa força indutiva, quase vinculativa (ao menos na noção de desejo e cobiça pelo produto ou serviço), pode surgir a ideia de fraude. É nesse sentido que Gallbraith (2004) identifica algumas fraudes que se mostram como crenças para benefício próprio e contrassensos deliberados como, por exemplo, persuadir a coletividade, induzindo a crença de que ela é soberana. Essa coletividade persuadida, ademais, discrimina quem foge da fraude; o indivíduo que opte por uma vida fora das marcas, modismos, dos luxos propalados aqui e ali, muitas vezes é taxado de comunista, *hippie*, ou excêntrico em seu meio.

O consumidor, assim como o eleitor, tem o direito de optar, de exercer uma escolha independente. Alguns se recolhem a um estilo de vida fora do sistema, o que é considerado excêntrico e até um tanto insano. A existência e o exercício dessa escolha não diminuem a força da persuasão do mercado. A economia, como é ensinada e entendida, está sempre um passo atrás da realidade, exceto nas faculdades de administração de empresas (GALLBRAITH, 2004, p. 29).

Sabemos que o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a inovação e a remodelagem

desses bens de consumo desempenham importante função econômico-social e, nesse contexto, todos os fornecedores que lançam seus novos produtos e serviços sabem de maneira evidente que é preciso estimular e demanda por consumo, o que se faz por meio das mais diversas mídias. Essa dinâmica que nos parece natural, por estar estruturada nas bases de nossa sociedade, esconde uma realidade preocupante: o poder de influência e controle que essas empresas e fornecedores detém em relação aos grupos sociais em geral cresce de forma progressiva.

No mundo real, as empresas produtoras e a indústria fazem tudo para estabelecer preços e definir a procura, e empregam, para isso, o monopólio, o oligopólio, o design e a diferenciação do produto, a propaganda e outras promoções de venda e de comercialização. Isso é reconhecido até pela visão ortodoxa da economia. Referir-se ao sistema de mercado como uma alternativa benigna ao capitalismo é um disfarce brando e sem sentido de uma realidade empresarial mais profunda: do poder cada vez maior do produtor para influenciar ou mesmo controlar a procura do consumidor (GALLBRAITH, 2004, p. 23).

A manipulação e controle das vontades do grupo social é feita das formas mais amigáveis, festivas e agradáveis, mas trazem consigo uma intenção não tão positiva. Fomenta-se o consumo imoderado por meio de apresentações musicais e influências de personalidades do meio para manejar as massas, influenciando sua vontade e, como todo bom estrategema ilusório, mantém-se um discurso dotado de malabarismos retóricos para convencer o público de que a soberania do consumidor é uma realidade quando fato é que a verdade não poderia ser mais contrária a essa afirmação.

Esse é um custo considerado normal nos negócios, até mesmo destacado. Lança-se mão do talento teatral e musical mais bem-sucedido e mais bem pago. Artistas que outrora buscavam patrocinadores, escritores que se preocupavam em ganhar leitores, gerentes cuja principal preocupação já deve ter sido a produção de bens e serviços dedicam-se agora à formação das respostas do mercado. Está implícito um alto nível de criatividade artística e de gastos (GALLBRAITH, 2004, p. 28).

Considerando a realidade econômico-social e a influência que o mercado de consumo (aqueles que o controlam) têm sobre as mais diversas esferas que compõem nosso mundo, faz-se necessário um debate transparente acerca da dinâmica instituída para que o sistema jurídico-político, em especial os poderes legislativo e judiciário, possam atuar de maneira a conferir maior equilíbrio às relações entre fornecedores e consumidores. Isso pode ser feito com fundamento nas boas práticas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico como a boa-fé negocial, o dever de informação, somado a uma atuação eficiente do poder judiciário para coibir punir abusos de direito.

## 1.2 A BOA-FÉ E O DEVER DE INFORMAÇÃO

A boa-fé, conquanto só expressamente prevista na legislação como regra de conduta obrigacional e contratual com a égide do Código Civil vigente, em seu art. 422, já encontra embasamento normatizante da conduta humana desde o direito romano.

Não havia, no direito romano, nem no direito canônico superveniente, um conceito preciso de boa-fé, na sua aplicação principiológica, vinculado às noções de retidão e honestidade nos comportamentos humanos. Para a Igreja, por exemplo, a boa-fé caracterizaria, simplesmente, a ausência de pecado. Já no Direito Romano, a base ética de comportamento era o norte da análise da *bona fides*. Mas até a boa-fé encontrar positivação na legislação mundial passaram-se vários séculos.

A doutrina indica como primeiros diplomas legislativos a incorporarem a previsão da boa-fé objetiva nas relações jurídico-contratuais o § 242 do BGB (Código Civil alemão) de 1896, de construção inicial em 1881 e com consolidação e reflexos no Código Civil japonês de 1947 que, de forma geral, sofreu influência germânica, vejamos:

Na verdade, os motivos pelos quais a Boa Fé foi introduzida no Código Civil japonês, remontam à doutrina anterior à Codificação, tais como a busca por uma maior adaptabilidade do direito às diversas situações da vida, e a vontade de instituir o primado do coletivo sobre o individual. A Boa Fé Objetiva no Japão é tida como uma norma, cujo fim precípua é o de limitar a autonomia da vontade e, ao mesmo tempo, permitir ao magistrado melhor adaptar a sua decisão ao concreto. A doutrina encarregou-se desse estudo e, graças as suas valiosas contribuições, o Minpô recepcionou, em seu texto, a Boa Fé, tendo em vista uma maior flexibilidade do direito, certamente sob uma forte e evidente influência da Escola do livre direito, o Freirechtsbewegung alemão (FRADERA, 2003, p. 137).

Nacionalmente, o Código Civil brasileiro de 1916 não trouxe a guarida expressa do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, limitando-se a cuidar da boa-fé subjetiva, com a doutrina os vícios de consentimento, provendo o dolo como motivo de anulação do negócio jurídico. Isso não significa, porém, que o princípio não deveria ter aplicação na interpretação dos negócios jurídicos nem que fosse desprezado como regra de conduta, como destaca Couto e Silva (1976, p. 29), *in verbis*:

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. Tradicionalmente, o credor tinha sua conduta restringida, embora de modo mais tênue, pela faculdade que possuía e possui o devedor de obliterar, obstaculizar ou encobrir a pretensão através da *exceptio doli generalis* ou *specialis*.



Nesse cenário, o intérprete, quando da análise principiológica da boa-fé, precisava de um esforço intelectual para conseguir positivar a aplicação em dispositivos legais não expressos. Consequentemente, doutrina e jurisprudência se apoiavam no art. 85 do Código Civil de 1916, o qual indica que nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem. Também se tinha como referência os arts. 1090 e 1443, do mesmo Código, o primeiro prevendo a interpretação estrita dos contratos benéficos e o segundo cuidando expressamente do dever de boa-fé e veracidade das partes do contrato de seguro. O campo jurisprudencial, por sua vez, teve como destaque o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, que, em diversas de suas decisões, trazia a análise jurídica do caso para o princípio da boa-fé, podendo-se extrair o seguinte trecho de uma delas.

O princípio da boa-fé com alcance geral vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao parágrafo 242 do BGB (Clóvis de Couto e Silva, ‘Obrigação como processo’, p. 30 e segs.). ‘No âmbito do Direito das Obrigações, é fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica, e com a finalidade perseguida pelas partes.’ (Diez-Picasso, Prólogo à obra de Wieacker, ‘El Principio General dela Buena Fé, Editorial Civitas, p. 19). Na espécie dos autos, esses deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiriam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo ora autor, dependente, como é sabido, do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois a época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à da venda no varejo. [...] Nesta mesma perspectiva, ainda há um outro argumento. Além de caber ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé. Nesta parte, acolhe-se o princípio de venire contra factum proprium (Wieacker, Ob. Cit., p. 60-61), como exigência da FIDES. Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra. No caso, a ré foi auxiliar o comprador, nos primeiros dias depois da celebração do negócio, e ali efetuou pedidos de novas mercadorias, alguns deles em seu próprio nome e fornecendo o seu CGC, apesar de já transferido o negócio (doc. de fls. 57 e 58, assinado pela ré). Quem assume esta conduta, evidencia estar autorizando os pedidos assim formalizados; não pode, logo depois, sem outra razão aparente, ordenar o seu cancelamento”. Em outra passagem, escreve o Mestre: “A ação de rescisão de contrato improcede, porque a compradora cumpriu substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso na última prestação causa justificadora para a resolução do negócio, assim como pretendido na inicial. O Desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno Direito das Obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos; ‘mas não se permitiria o direito de resolução, se essa pretensão viesse a ferir

a boa fé.’ (Prof. Clóvis do Couto e Silva, ‘Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português’, p. 56-57). Portanto, ainda que a compradora efetivamente tivesse voluntariamente deixado de pagar a última prestação, assim como alegado na petição inicial, e estivesse em mora ainda nesse caso, a ação improcederia, cabendo apenas à vendedora haver a dos danos porventura sofridos. É preciso ficar bem claro que a parêmia *dura lex, sed lex* cedeu lugar à necessidade de decidirem-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado Democrático de Direito é com a Justiça (TUFVESSON, 2021, p. 246).

Acompanhando a evolução histórica, com o advento da Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, tem-se a codificação expressa no direito consumerista da aplicação da boa-fé objetiva como regra de conduta. De fato, seu art. 4º. inciso III, cuida de buscar a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Além desse dispositivo, o artigo 51, inciso IV do mesmo Código, prevê expressamente que são nulas de pleno direito, dentre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé objetiva ou equidade.

Antes da sua previsão no CDC, eram poucos os juristas que ousavam afirmar que a boa-fé objetiva podia ser usada no nosso Sistema Jurídico, face ao apego exacerbado dos operadores brasileiros do direito à existência de norma legislativa. Concentravam-se basicamente no Rio Grande do Sul os juristas que aplicavam a boa-fé para as relações contratuais em geral (MENAGED, 2003, p. 242).

O Código Civil brasileiro de 2002, rendendo-se às crescentes reivindicações doutrinárias e jurisprudenciais, cuidou de trazer a previsão, em seu art. 422, de que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Hodiernamente, portanto, a boa-fé objetiva, envolvendo a relação contratual como um todo e retratando a lealdade obrigatória de conduta entre os contratantes recebeu amparo legislativo claro e inequívoco, seja sob a ótica consumerista ou civil.

Na seara dos comportamentos que a lei espera das partes que se relacionam contratualmente, inclui-se o dever de informação. Diretamente relacionado ao princípio da boa-fé, o dever de informação pode ser traduzido na necessidade de atender às expectativas de ciência do contratante acerca das características e elementos significantes da coisa, direito ou serviço sobre o qual se realiza o negócio jurídico. Esse dever encontra-se intimamente ligado à lealdade, honestidade e ética nas relações jurídicas.

O dever de informar é aplicável a ambas as partes da relação contratual; as informações trocadas pelas partes devem ser claras, não bastando sua mera transmissão à outra parte contratante.

Tanto fornecedores quanto adquirentes têm o dever de prestar as informações necessárias para que o negócio possa ocorrer de forma transparente, clara e leal. Veja-se, por exemplo, o contrato de seguro no qual cabe ao segurador prestar todas as informações ao segurado quanto ao produto ofertado, com detalhamento de coberturas, preço e franquia, mas igualmente compete ao segurado informar ao segurador toda e qualquer circunstância que possa representar agravante de risco.

O Código do Consumidor, traz a questão do dever de informação em diversos dispositivos; o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança, por exemplo, tem o dever de informar ostensiva e adequadamente a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo de outras medidas cabíveis em cada caso concreto (art. 9º). Ainda, caso a nocividade ou periculosidade seja descoberta após a introdução do produto ou serviço no mercado, deverá o fornecedor comunicar às autoridades competentes e aos consumidores mediante anúncio publicitário (art. 10).

Já em relação à oferta, estabelecem os arts. 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor, que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, gera obrigações ao fornecedor e integra os contratos que venham a ser celebrados. Além disso, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que os produtos ou serviços ofertados apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. Ainda, a publicidade deve ser veiculada de forma que possa o consumidor facilmente a identificar como tal, não podendo ser enganosa, ou abusiva, sendo que é enganosa por omissão a publicidade que deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (arts. 36 e 37 da mesma lei). Configuram-se, portanto, com fundamento nas regras previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, os deveres de informação ao consumidor da fase pré-contratual.

Por fim, quanto à proteção contratual, os contratos consumeristas não obrigam o consumidor se não lhe for dado prévio conhecimento do teor, ou se seus instrumentos contiverem redação que dificulte a compreensão do seu sentido (art. 46), devendo o termo de garantia ser padronizado e esclarecedor de forma adequada sobre as características da garantia em questão, como prazo, condições, forma e ônus do consumidor (art. 50, parágrafo único). Nos contratos de adesão, exige-se que as cláusulas de limitação de direitos do consumidor estejam redigidas em destaque (art. 54, § 4º).

### 1.3 O ABUSO DE DIREITO

A questão central do abuso de direito é cuidar de uma atuação que aparentemente é lícita, mas que após análise detida, enquadra-se no conceito de antijuridicidade. No âmago dos direitos individuais, tais como concebidos no formalismo jurídico, o direito de propriedade, por exemplo, com sua origem do direito antigo, não encontrou no direito romano o afastamento de seu caráter

precipuaente absoluto, só enfrentando, em especial dos antigos juizes (pretore) uma relativização.

Conquanto existissem essas poucas relativizações dos direitos subjetivos nalgumas decisões na Roma antiga, não se pode – como alguns fazem com reconhecido esforço – dizer que vem do direito romano a origem da teoria do abuso de direito. Embora na Idade Média não se tenha abandonado o formalismo jurídico, não há como deixar de se considerar que o direito medieval já trazia, em suas leis, algumas normas impeditivas da prática de atos emulativos, assim considerados aqueles que, sob aparência de expressar um direito, tinham como primordial finalidade prejudicar o outro. Porém, ao mesmo tempo em que o direito medieval possuía essas regras esparsas para evitar alguns atos de emulação, dava guarida a outros comportamentos claramente abusivos, diante do privilégio dos senhores feudais e da valorização extrema da propriedade como fator de estratificação social.

De todo o exposto, pode-se retirar a conclusão de que as máximas e aforismos extraídos do Direito Romano não são o bastante para fundar um princípio de ordem geral. A doutrina mesma do abuso do direito não encontra fundamento no direito romano, na *aemulatio*, embora existam ali alguns casos de vedação da prática de atos lesivos sem utilidade própria, mas antes com interesse de lesar.<sup>24</sup> Não obstante, interessa pôr em relevo a elaboração prudencial daquela época, a riqueza do direito pretoriano na tutela de novas pretensões, o trabalho de adequação das velhas fórmulas às exigências históricas. Mas a inserção do abuso do direito nos limites da teoria geral dos atos ilícitos também é objeto de muita controvérsia, como já se teve oportunidade de ver na seção anterior. Há aqueles que consideram o ato abusivo um simples ilícito, categoria não autônoma, com repercussões no campo da responsabilidade civil. Outros tantos consideram-no, ainda que sob denominações diversas, uma *ilicitude lato sensu*, que implica inclusive o dever de abstenção (SOUZA, 2017, p. 2).

A propriedade, por exemplo, era tida como de direito exclusivo absoluto e perpétuo, inclusive com a proteção cristã da Igreja Católica, podendo o senhor feudal dela usar como lhe aprouvesse, ainda que pudesse tal uso prejudicar outrem. Outras situações de abuso eram claras e aplicadas pelo o Estado, como por exemplo a Lei de Talião - olho por olho, dente por dente - confirmada com a descoberta do Código de Hamurabi em 1780. Portanto, não há como afirmar que a Teoria do Abuso de Direito teve sua origem na Idade Média.

Pode-se considerar que a teoria em questão se originou na França, sob a influência da Revolução Francesa e do Iluminismo, em que pesem as visões de direito subjetivo prevalentes, que surgem as bases da teoria do abuso de direito, ainda que não assimiladas pelo Código Napoleônico e não estando, surpreendentemente, positivadas até hoje no ordenamento jurídico francês. Voltaire, em frase citada em artigo de Ustarroz (2019, p. 1), consignou que “*un droit porté trop loin devient une Injustice*” ou, em tradução livre, o exercício desmedido de um direito, sem limitação, conduziria à injustiça por desconsiderar interesses alheios. A partir dessas ideias começam a surgir novas decisões judiciais limitativas do uso dos abusos dos direitos, em especial considerando os atos emulativos.

Nesse contexto, ficou famoso um caso julgado pela Corte de Colmar em 1855 no qual a corte considerou antijurídica a instalação de uma falsa chaminé por um proprietário, eis que o propósito dessa instalação seria impedir a livre locomoção de seus vizinhos; a corte então determinou a retirada da chaminé. Também se tornou emblemático o caso Clement-Bayard, julgado em 1915, pela Corte de Cassação Francesa, que considerou existir abuso por parte de um proprietário rural que instalou lanças de ferro pontiagudas de elevada altura em sua propriedade para prejudicar a circulação de dirigíveis produzidos pela fábrica vizinha.

Tinha-se, porém naquele tempo, a visão ainda subjetivista do abuso de direito, como representativo de um ato de emulação. O conceito de abuso de direito ainda não apresentava a maturidade teórica e prática, que foi desenvolvida a partir das proposições de Josserand e Saleilles os quais desenvolveram uma noção objetiva do abuso de direito, mas alinhando tal noção sob a ótica dos fins sociais e éticos da conduta e analisando-a com a premissa do interesse coletivo. A partir desse momento, o conceito de culpa relacionada ao abuso de direito passou a abrir espaço à ideia de que abusos de direito caracterizam condutas contrárias às finalidades sociais, à ordem pública, aos bons costumes, à moral e à ética. Foi a partir dessa visão que se estabeleceram os contornos contemporâneos da teoria do abuso de direito.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 não adotou expressamente a teoria do abuso de direito, só vindo a doutrina e a jurisprudência a enxergá-lo por aplicação a contrário *sensu* do art. 160, I, do mesmo Código, que previa não constituir ato ilícito os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, justificando que o exercício irregular de direito seria, assim, ilícito.

Com a égide do Código de Defesa do Consumidor, introduziram-se no ordenamento pátrio dispositivos, ainda que no contexto das relações de consumo, que abrangeram, claramente, a teoria do abuso de direito, inclusive sob a ótica finalística e objetiva, como a norma geral do art. 4º, inciso III, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, IV e 37) e a vedação de práticas e cláusulas abusivas (arts. 39 e 51), além da garantia de cobrança ética das dívidas e evitando-se constrangimentos ou ameaças ao consumidor (art. 42).

Foi apenas com o advento do Código Civil de 2002 que houve a consagração explícita da teoria do abuso de direito para as relações civis e consumeristas, ao prever em seu artigo 187 que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Vê-se, portanto, com clareza, que o Código Civil brasileiro vigente adotou a concepção finalística ou objetiva quanto ao tema do abuso de direito.

## **2 “FRAUDES INOCENTES” COMO ATOS ILÍCITOS – CIRCUNSTÂNCIAS DE ENQUADRAMENTO DAS REGRAS JURÍDICAS DE ILICITUDE**

Diante de tudo que se discorreu nos itens anteriores, sobre dolo, boa-fé, dever de

informação e abuso de direito, surge-nos a possibilidade de configurar como ilícitas algumas práticas corriqueiras e socialmente, as ditas “fraudes inocentes”.

Se, por exemplo, um produtor de doce de leite afirma em material publicitário que seu produto é “melhor doce do mundo”, não há como afirmar haver qualquer ilegalidade nesta conduta, por se tratar claramente de uma forma de exaltação subjetiva das qualidades do produto; esse é o *dolus bonus*. Por outro lado, se o produto tiver na propaganda, como é frequente, a expressão “eleito o melhor doce de leite do mundo” e não contiver a informação clara e precisa sobre quem realizou tal eleição, permitindo juízo de valor do consumidor, estar-se-á diante de propaganda em desacordo com o que estabelece o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, eis que desrespeita as regras que o código estabelece acerca das características que devem ser seguidas quando da oferta e apresentação de produtos e serviços, além de constituir abusiva e enganosa (art. 37), em especial se efetivamente inexistir qualquer eleição séria e legítima que implique na qualidade apregoada do produto. Desaparece, nesse contexto, o atributo de fraude inocente, surgindo a ilegalidade que justifica não só as ações individuais dos consumidores lesados como as ações coletivas de consumo previstas no artigo 81 do Código de defesa do Consumidor e propostas por quaisquer legitimados previstos no art. 82 do mesmo corpo normativo, que tem competência concorrente, cabendo inclusive a possibilidade de recolhimento do produto do mercado ou, de forma menos radical, a necessidade de colocação de tarja ou explicação adequada na embalagem. Ainda, deve-se indicar que, por se tratar de prática considerada objetivamente, não se exige a culpa ou dolo do fornecedor para que haja sua responsabilização, seja pela legislação consumerista específica, seja pela atual estrutura do abuso de direito do nosso Código Civil, nos termos do art. 187.

Ainda, para ilustrar o tema, na década passada, ocorreu um fenômeno de vendas no Brasil de determinado vinho que foi divulgado como tendo sido eleito um dos melhores vinhos do mundo, e o valor de cada garrafa não alcançava cinquenta reais. Fomentado pela publicidade e somado ao preço baixo, a importadora vendeu mais de trezentas mil garrafas! Ao investigar os reais atributos da bebida verificou-se que o concurso realmente aconteceu e foi realizado por uma instituição britânica do mercado de eventos e avaliação de vinhos. Mas será que o consumidor foi adequadamente informado sobre as circunstâncias da premiação, tão propalada na oferta e propaganda, como exigem os artigos 30 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor?

Ocorre que o mencionado concurso internacional não avalia vinhos em geral de maneira criteriosa, mas recebe amostras de vinhos de produtores interessados em divulgar seus produtos que ainda não são tão conhecidos ou em acumular medalhas. Logo, o universo deste concurso desconsidera a existência da maioria dos vinhos já consagrados mundialmente, bem como aqueles vinhos que os produtores não se interessaram em enviar amostras. Parece, portanto, haver abusividade e ilicitude na veiculação da propaganda, que não é, pois, inocente, por deixar o consumidor acesso a informações adequadas e suficientes acerca da decantada premiação. E tanto é assim que o mesmo vinho sofreu reposicionamento no mercado brasileiro eis que, após experimentado pelos consumidores, seus tão difundidos atributos de qualidade excepcional (um



dos melhores vinhos do mundo) não foram corroborados por quem degustou a bebida.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado, em diversas ocasiões, pela abusividade na veiculação de propagandas de produtos ou serviços. Um caso interessante é o julgamento do Recurso Especial n. 1.558.086 (BRASIL, 2017a), no qual decidiu-se que a promoção feita por uma empresa de alimentos que ofertava certo produto para o público infantil com fornecimento de brinquedo por um custo adicional seria duplamente abusiva. Conforme trecho da ementa da decisão, os juros embutidos ou disfarçados configuram uma das mais comuns e nocivas modalidades de oferta enganosa e, nos termos do art. 52, caput, do Código de Defesa do Consumidor, a informação prévia e adequada precisa constar obrigatoriamente na oferta que envolva parcelamento ou financiamento de produtos e serviços de consumo. Diante do conteúdo da decisão, é clara a concepção de que a proteção do universo lúdico infantil é essencial, portanto, a publicidade tem como objetivo alcançar menores de idade deveria ser veiculada com maior cuidado e atenção em respeito à natureza do público infanto-juvenil. Contudo, o mercado ainda insiste em bombardear diariamente crianças e adolescentes com incentivos ao consumo por meio de propagandas altamente estimulantes estreladas por ídolos, personagens, influenciadores, além de criar outros materiais publicitários disfarçados.

Em outra decisão paradigmática, proferida no Recurso Especial n. 1.613.561 (BRASIL, 2017b), o Tribunal julgou ser abusiva a propaganda destinada às crianças. O voto do relator enfatiza que se as crianças não exercem atos jurídicos em seu nome e por vontade própria no mercado de consumo, eis que lhe falta poder de consentimento, tampouco deve ser destinatária de campanhas publicitárias.

Já no que tange à abusividade relacionada à venda de bens com omissão de informação de juros embutidos no que se alardeava como “taxa zero” e omissão do valor da entrada, decidiu-se no Recurso Especial n. 1.828.620 que:

O direito de não ser enganado antecede o próprio nascimento do Direito do Consumidor, daí sua centralidade no microsistema do CDC. A oferta, publicitária ou não, deve conter não só informações verídicas, como também não ocultar ou embaralhar as essenciais. Sobre produto ou serviço oferecido, ao fornecedor é lícito dizer o que quiser, para quem quiser, quando e onde desejar e da forma que lhe aprouver, desde que não engane, ora afirmando, ora omitindo (= publicidade enganosa), e, em paralelo, não ataque, direta ou indiretamente, valores caros ao Estado Social de Direito, p. ex., dignidade humana, saúde e segurança, proteção especial de sujeitos e grupos vulneráveis, sustentabilidade ecológica, aparência física das pessoas, igualdade de gênero, raça, origem, crença, orientação sexual (= publicidade abusiva). 4. No mercado de consumo, juros embutidos ou disfarçados configuram uma das mais comuns, graves e nocivas modalidades de oferta enganosa. Tipificam publicidade enganosa nas esferas administrativa, civil e penal expressões do tipo “sem juros” ou falta de indicação clara e precisa dos juros, taxas e encargos cobrados. Conforme o art. 52, caput, do Código de Defesa do Consumidor, a informação prévia e adequada - sobre, entre outros, preço, número e periodicidade das prestações, montante dos juros e da taxa efetiva anual e valor total a pagar, com e sem financiamento - precisa constar obrigatoriamente

da oferta, publicitária ou não, que envolva parcelamento ou financiamento de produtos e serviços de consumo. Não preenche o requisito da adequação estampar a informação em pé de página, com letras diminutas, na lateral, ou por ressalvas em multiplicidade de asteriscos, ou, ainda, em mensagem oral relâmpago ininteligível. 5. Por último, ressalte-se que, nos termos do art. 38 do CDC, o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina, ou seja, trata-se de inversão ope legis, da qual, de acordo com o Tribunal de origem, no caso em apreço, não se desincumbiram os fornecedores, que “deixaram de comprovar a existência da veracidade e correção da informação (BRASIL, 2019).

Em outra importante decisão, proferida no Recurso Especial n. 1.599.423, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que determinada empresa telefônica, ao fazer propaganda de determinada promoção, fosse obrigada a dar destaque às restrições relacionadas à oferta, da mesma forma que o fez com as vantagens. Após recurso interposto pela empresa, a decisão foi confirmada, destacando-se que:

Depreende-se, assim, da moldura fática traçada pelo acórdão recorrido que a demandada em sua campanha publicitária divulgou as vantagens, em destaque, com letras garrafais e com contraste de cores, induzindo o consumidor a acreditar que poderia falar por até 45 minutos e pagar apenas 3 minutos por isso. Restou também reconhecido, de outra parte, que as desvantagens ou restrições para tal uso foram informados mediante letras grafadas em fonte de tamanho reduzido, esclarecendo que a promoção valeria apenas para ligações locais realizadas para telefone fixo da própria Vivo entre 20h e 8h de segunda a sábado em qualquer horário aos domingos e feriados. Por isso, a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem no sentido de que tal disparidade de informações pode efetivamente induzir o consumidor em erro, configurando a propaganda enganosa, prevista no art. 37, § 1º, do CDC. Com efeito, as informações acerca de produtos ou serviços oferecidos deverão ser claras e precisas a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade e do preço, constituindo garantias legais do consumidor, em face da sua vulnerabilidade no mercado de consumo (BRASIL, 2016).

Não se pode deixar de trazer à baila, por fim e para ilustrar a ocorrência de abusos de direito das mais diversas formas, o que ocorre em algumas promoções de *Black Friday*. Tais promoções são veiculadas prometendo descontos elevadíssimos que muitas vezes não existem. São conhecidas do grande público as práticas de algumas empresas que aumentam o preço de seus produtos ou serviços anteriormente à *Black Friday* e aplicam o “desconto” sobre esse aumento, em uma atitude dolosa, abusiva e flagrantemente contrária à boa-fé e aos direitos do consumidor. Diante do cenário atual, é necessário que haja uma clara preocupação dos tribunais quanto à proteção dos direitos dos consumidores. É certo que nossa legislação avançou no sentido de atribuir a responsabilidade cabível ao fornecedor de produtos e serviços pelos produtos e campanhas publicitárias, pois a falta de efetiva fiscalização, controle e punição nos casos de abuso de direito acaba por causar danos à sociedade como um todo.

## CONCLUSÃO

O presente artigo estabeleceu um paralelo entre os direitos dos ofertantes de produtos e serviços ao mercado, com ofertas agressivas e em busca de influenciar os consumidores, e o balizamento legal, doutrinário e jurisprudencial de tais ofertas, por meio do qual se pôde constatar que é tênue a linha entre o *dolus bonus*, enquanto a prática de exaltação do fornecedor, e a abusividade da propaganda, cabendo ao intérprete verificar possíveis excessos e considerar a oferta e quem é alvo da propaganda.

De fato, ao considerar-se o dever de informação ampla, em estreita boa-fé e ética, verificou-se que as propagandas que visam incutir no público amplo ideias de consumo e estimular um exagerado afã de compra são práticas abusivas assim compreendidas pela jurisprudência pátria. A aplicação da teoria do abuso do direito exige que se tenha em mente um rígido controle da atuação do ofertante, para que a suposta liberdade de informar e ofertar não se transforme em armadilha perniciosa e prejudicial ao consumidor e destinatário dos produtos ou serviços. Infelizmente muitas propagandas enganosas ou abusivas acabam sendo socialmente aceitas; não raro, fornecedores veiculam propagandas claramente ilegais, valendo-se da linha tênue que distingue legalidade de ilegalidade para obter vantagens exageradas, desequilibrando as relações de consumo. Como resposta ao problema apresentado no início do presente estudo, sustenta-se ser possível haver equilíbrio entre direitos de fornecedores e consumidores, por meio da observância do Código de Defesa do Consumidor por toda a sociedade mas, em especial, pelos intérpretes e aplicadores do Direito.

Conclui-se, portanto, ser tarefa dos Poderes Legislativo e, especialmente, do Judiciário agir com firme propósito protetivo em relação ao mercado de ofertas de produtos e serviços contra as más práticas comerciais, muitas vezes subliminares e disfarçadas, com o objetivo de garantir maior equilíbrio às relações entre fornecedores e consumidores. Tal objetivo deve ser perseguido de maneira ininterrupta para que se respeitem as boas práticas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico, permitindo um avanço socioeconômico saudável.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1.599.423/SP**. Recorrente: Telefônica Brasil S.A incorporador do vivo participações S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 5 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301366090&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.558.086/SP**. Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Humberto Martins, em 10 de março de 2017a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500615780&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 Turma). **Recurso Especial 1.613.561/SP**. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Recorrido: Sadia S/A. Relator: Herman Benjamin, em 25 de abril de 2017b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600171682&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 Turma). **Recurso Especial 1.828.620/RO**. Recorrente: L F Imports Ltda. Recorrido: Autovema Veículos Ltda. Relator: Herman Benjamin, em 3 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1828620&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). **Recurso Especial 1.377.911/SP**. Recorrente: Danone Ltda. Relator: Luis Felipe Salomão, em 2 de outubro de 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202580116&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1 Turma). **Recurso Especial 1.600.474/SP**. Agravante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor Procon. Relator: Benedito Gonçalves, em 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903055543&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em:

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 1976.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018. v. 1.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito - PPGDIR/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 125-140, nov. 2023. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/48655>. Acesso em: 18 maio 2023.

GALLBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

MENAGED, Marcelo. Aplicação da boa-fé nos contratos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 239-249, 2003.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Abuso do direito. *In*: CAMPILONGO; Celso Fernandes, GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>. Acesso em: 18 mai. 2023.

TUFVESSON, Alessandra. A responsabilidade civil do estado por atos omissivos: da culpa ao conceito objetivo de ilicitude. *In*: Schreiber, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; OLIVA, Milena. **Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de Cátedra do Professor Gustavo Tepedino por Seus Orientandos e Ex-orientandos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Parte 3.

USTARROZ, Daniel. A atualidade da teoria do abuso de direito. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 68, n. 495, p. 47-51, jan. 2019. Disponível em: <https://www.danielustarroz.com.br/wp-content/uploads/2019/04/atualidade-abuso-direito-juridica.pdf>. Acesso em 18 maio 2023.

**Como citar:** GIBRAN, Sandro Mansur; BARROS, Helio José Cavalcanti. Fraudes “inocentes” como geradoras do dever de abstenção ou ressarcimento: uma análise consumerista. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 119-136, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p 119-136. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 08/06/2022

Aprovado em: 26/05/2023

## A EMBRIOGÊNESE DA SISTEMATIZAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA DECORRENTE DO PERÍODO MONÁRQUICO IMPERIAL

THE EMBRYOGENESIS OF BRAZILIAN TAX SYSTEMATISATION RESULTING FROM THE IMPERIAL MONARCHY PERIOD

Rebeca Moreira de Queiroz\*  
Elisberg Bessa\*\*

\*Mestranda em Direito (Universidade Federal do Ceará, UFC/CE). Bolsista CAPES.  
E-mail: rebecamq@yahoo.com.br  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0972-354X>

\*\*Doutor em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE). Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE)  
E-mail: elisberg@unifor.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2927-3507>

**Como citar:** QUEIROZ, Rebeca Moreira de; BESSA, Elisberg. A embriogênese da sistematização tributária brasileira decorrente do período monárquico imperial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 137-154, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p137-154. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O presente artigo científico consiste em analisar o contexto histórico-jurídico da formação do Estado fiscal no Brasil Monárquico Imperial, sendo elencadas nas diversas etapas do Império brasileiro as rupturas e permanências ocorridas no âmbito tributário. No Primeiro Reinado será realizada a averiguação dos institutos tributários presentes na Constituição de 1824. Por conseguinte, no período Regencial serão evidenciadas as reformas tributárias que foram influenciadas pela divisão das receitas públicas entre os governos central, províncias e municipais. Por fim, confere-se ao Segundo Reinado a compreensão dos conflitos sociais, políticos e econômicos que tiveram reflexo na política fiscal e que levaram a derrocada da forma de governo imperial no Brasil.

**Palavras-chave:** Brasil monárquico imperial; tributo; sistematização tributária.

**Abstract:** This scientific article aims to analyze the historical-legal context of the formation of the fiscal State in Imperial Monarchical Brazil, with the ruptures and permanencies that occurred in the fiscal sphere being listed in the different stages of the Brazilian Empire. In the First Reign, the investigation of the tax institutes present in the Constitution of 1824 will be carried out. Therefore, in the Regency period, the tax reforms that were influenced by the division of public revenues between the central government, provinces and municipalities will be evidenced. Finally, the Second Reign was given an understanding of the



social, political and economic conflicts that had an impact on fiscal policy and led to the collapse of the imperial form of government in Brazil.

**Keywords:** imperial   monarchical   Brazil;   tax;   tax systematization.

## INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, recentemente, tem vivenciado uma crise político-econômica que possui influências internas, concatenadas, a atual conjuntura mundial. Esses acontecimentos têm interferido diretamente no cotidiano do cidadão brasileiro, fazendo-se necessária a tomada de decisões estruturais, por parte dos governantes, que vêm sendo estudadas e discutidas em paralelo às sucessões presidenciais que, ao longo dos anos, tem tornado o problema mais grave e complexo de ser resolvido.

Essa fragilidade política, e sobretudo econômica, tem se estabelecido como uma constância histórica, inclusive no âmbito do direito tributário brasileiro. Sobre o assunto, Ubaldo Cesar Balthazar (2005, p. 19) adverte que “as origens históricas do tributo se confundem com as origens da própria história do homem em seu viver social”. E na medida que o ser humano passa a se organizar para viver em coletividade, surge a necessidade do exercício fiscal do Estado e junto com ele a sistematização de práticas tributárias inerentes as suas funções, seja ela de automanutenção e/ou de políticas públicas que beneficiam toda a sociedade. Assim, conclui Amed e Negreiros (2000, p. 21) que: “a origem dos tributos na história da humanidade está relacionada com o aparecimento do embrião do Estado”.

Nesse cenário, constata-se que o Direito Tributário brasileiro, assim como qualquer ramo do direito, passa por diversos processos de interferência e de atuação humana que podem ser elucidados, mediante abordagem histórico-jurídica, pois conforme Castro (2016, p. 3): “já foi possível perceber que História e Direito têm algo em comum: o Homem”. No mesmo sentido, em que a ciência da História e do Direito se interpenetram, aduz Ortolan (apud NADER, 2013, p. 13) que: “todo historiador deveria ser jurisconsulto, todo jurisconsulto deveria ser historiador”.

Portanto, a justificativa deste trabalho se permeia pela análise da problemática do binômio Estado-Tributo, o qual se faz incessantemente presente na realidade brasileira, oportunizando o estudo jurídico e histórico dessa premissa por intermédio da verificação da conjuntura histórica vinculada à construção do Estado brasileiro e, conseqüentemente, do advento das práticas fiscais.

Dessa maneira, buscou-se solucionar as seguintes indagações: qual o contexto histórico que favoreceu a formação e consolidação do Estado Fiscal Monárquico brasileiro? Quais foram as políticas e/ou práticas de tributação adotadas para esta finalidade? Que legislação de caráter tributário fora estabelecida nos diferentes períodos do Império brasileiro que possibilitou de maneira embrionária o surgimento do sistema tributário brasileiro?

Assim, denota-se como objetivo geral o exame dos institutos jurídicos relacionados a tributação brasileira que foram idealizados no Brasil Monárquico Imperial, tendo como objetivos específicos compreender o contexto histórico que favoreceu a formação e consolidação do Estado fiscal monárquico brasileiro, a partir do estudo das políticas e/ou práticas de tributação adotadas na época para esta finalidade; identificar a legislação de caráter tributário do império, verificando, ainda, a influência dessas normas ao se perpetuaram no tempo de forma ressignificada no atual sistema tributário do Brasil.

Os aspectos metodológicos foram edificados pela investigação bibliográfica, sendo a pesquisa detentora da finalidade pura, básica ou teórica com o intuito de elaborar novos conhecimentos a respeito da temática perquirida. Quanto à natureza do problema, deu-se de maneira qualitativa, uma vez que não foram utilizados métodos e/ou técnicas estatísticas. O estudo pode ser caracterizado como exploratório e descritivo por possuir o caráter de levantamento, visando registrar e descrever os assuntos debatidos com a possibilidade de descobertas.

O desenvolvimento do trabalho, encontra-se dividido em quatro tópicos temáticos. O primeiro trata da formação do estado fiscal brasileiro no período monárquico imperial. No segundo, apresenta-se as formas de tributação realizada no Primeiro Reinado. O penúltimo ponto exprime o processo de sistematização da política fiscal desempenhada na Regência. E por fim, discorre-se sobre os aspectos tributários do Segundo Reinado e a extinção do Império no Brasil.

Desse modo, a pesquisa demonstra a sua relevância, pois aborda questões referentes a história das condutas fiscais adotadas no Brasil Monárquico Imperial, através da delimitação de conceitos históricos e jurídicos relativos ao Estado, ao tributo e ao poder de tributar, posto que foi nesse contexto histórico que se originou o Estado brasileiro, fazendo-se pertinente perceber as rupturas e as permanências relativas à matéria tributária que legaram o escopo viabilizador da constituição do sistema tributário hodierno.

## 1 A FORMAÇÃO DO ESTADO FISCAL NO BRASIL MONÁRQUICO

O poder de tributar está intimamente interligado ao surgimento do Estado, sendo este instituído por grupos sociais que se encontram fortemente influenciados pela necessidade do ser humano de viver em coletividade, fator este elucidado por Miguel Reale (2000, p. 70) que o caracteriza como uma forma de “*interferência positiva e criadora do homem* que é tão fundamental que alguns juristas chegaram a negar que o Estado seja uma formação natural, quando mais certo será dizer que o Estado, como realidade cultural que é, tem, em sua base, a natureza, mas valorada e dirigida pela intencionalidade criadora do homem”.

Dessa forma, pode-se compreender a figura do Estado como uma construção essencialmente humana decorrente da experiência estabelecida pela convivência coletiva, podendo ser configurado como um instrumento de realização do bem comum. É nesse íterim que os tributos na maioria das sociedades foram criados, objetivando fontes de recursos para o seu financiamento, a partir das contribuições individuais, tendo como medida a capacidade contributiva de cada um (SEVEGNANI, 2006).

Com essa perspectiva, entende-se que o tributo está para o Estado assim como o Estado carece da criação do tributo, pois no momento que o Estado é concebido, emerge consigo a premência de instituir e arrecadar tributos para sua manutenção e financiamento de políticas públicas, com a intenção de promover o desenvolvimento socioeconômico de sua população. Sendo assim, o sistema tributário passa a ser apreendido, metaforicamente, como a coluna dorsal do Estado,

tornando-se para este o eixo de sua sustentabilidade e existência.

A problemática relacionada ao binômio Estado-Tributo também esteve presente na construção do Estado brasileiro, posto que no momento que o Estado se consolida, o poder de tributar se estabelece e o tributo, sobretudo nas sociedades modernas, legalmente se impõe como uma realidade.

E no caso brasileiro, a formação do Estado político-fiscal, iniciou-se com a vinda da família real à terra de todos os santos (Salvador – BA), na data de 22 de janeiro de 1808, pois anterior a este marco histórico o Brasil era apenas uma colônia de exploração que tinha como obrigação principal fornecer todas as suas riquezas naturais, bem como pagar impostos para manter, exclusivamente, as necessidades e interesses econômicos da metrópole portuguesa.

Com a fuga da família real da invasão encabeçada pelas tropas do francês Napoleão Bonaparte, o Brasil passou a ser considerado como sede do então Império português que, conforme Castro (2016, p. 325):

A partir de 11 de março de 1808, iniciou-se a montagem do Estado português no Brasil. Transplantaram-se todos os órgãos do Estado português: os ministérios do reino, da Guerra e Estrangeiros, da Marinha e Ultramar, o Real Erário (que em 1821 passou a ser chamado de Ministério da Fazenda). Outros órgãos administrativos e da justiça foram também recriados: Conselho de Estado, Desembargo do Paço, Mesa de Consciência e Ordens, Conselho Supremo Militar.

Não houve mudança substancial no sistema político implementado no Brasil que permaneceu com os mesmos vícios do período colonial, unindo-se às práticas tributárias derivadas da cultura fiscal lusitana que impulsionou a criação de um novo aparato legislativo capaz de suprir as demandas da época que segundo Balthazar gerou um verdadeiro “frenesi legislativo” e resultou na promulgação da Carta Régia, de 28 de janeiro de 1808, pelo Príncipe D. João VI. Ainda nas palavras de Balthazar (2005, p. 70), objetivou alterar a estrutura política fiscal e econômica, mediante:

a) liberalização do comércio/exportação no Brasil e abertura dos portos às ‘nações amigas’, com a comercialização de todo tipo de mercadoria estrangeira e a criação do Tesouro Nacional, substituto das Juntas da Fazenda; b) surgimento da Imprensa Nacional; c) criação do Banco do Brasil, que passou a emitir moedas em ouro, prata, cobre, sendo suspensa a utilização do ouro em pó; d) revogação das leis que proibiam qualquer atividade industrial no Brasil e isenção tributária para a matéria importada para a indústria [...].

Com a abertura dos portos do Brasil ao comércio estrangeiro (diga-se à mercancia da Inglaterra), vários tributos, a maioria originados na remota legislação colonial, foram criados ou reformulados para atender às urgências do Erário, possuindo caráter geral e/ou local, os quais eram utilizados para favorecer determinadas instituições ou serviços vinculados a coroa portuguesa, sendo os tributos indiretos e de direitos aduaneiros a principal fonte da receita pública que predominaria por todo o governo luso-monárquico brasileiro (DEVEZA, 2004).

A questão tributária está evidenciada, marcadamente, na Carta Régia de 1808, uma vez

que estabeleceu o livre comércio de todos os gêneros conduzidos por navios estrangeiros para os estados que mantivesse a paz com a Coroa portuguesa, pagando por isso 24% (vinte e quatro por cento) de entrada, totalizando 20% (vinte por cento) de direitos grossos e 4% (quatro por cento) de donativos, além do dobro dos direitos relacionados aos vinhos, águas, aguardentes e azeites doces; autorizando ainda a exportação de quaisquer produtos coloniais aos estrangeiros, salvo o pau-brasil, com o pagamento dos direitos estipulados pelas respectivas capitanias (BRASIL, 1808).

A Carta Régia também fez menção a criação de novos tributos alfandegários e a manutenção ou majoração de impostos colonialmente pré-estabelecidos. Tais tributos visavam, unicamente o aumento na arrecadação fiscal para que fosse possível o custeio das despesas reais e não para o benefício geral da sociedade.

Outra mudança normativa importante aconteceu com a Carta de Lei, de 16 de dezembro de 1815, pois esta elevou o Brasil ao *status* jurídico e político de Reino Unido, passando a antiga colônia portuguesa a ser uma extensão do próprio reino português por fazer parte do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves (PALMA, 2015).

Para que houvesse a consolidação do estabelecimento da corte portuguesa no Brasil, novos e variados tributos foram criados com a finalidade de manter o aparelho burocrático e as regalias da família real, realizando-se na era joanina uma severa fiscalização sobre os tributos existentes, além da criação e aplicabilidade de novos impostos em todas as capitanias, tendo como base diversos atos normativos instituídos pelos portugueses à serventia de seus propósitos no âmbito monetário e fiscal (CORREIA, 2010).

Nesse cenário, percebe-se a importância dos impostos alfandegários e a predominância inglesa nas negociações com Portugal, em virtude da sua adesão aos Tratados de 1810 que passaram a determinar as orientações mercantis e fiscais do Brasil que de acordo com Amed e Negreiros (2000, p. 181) “apontavam os tratados que os direitos aduaneiros sobre as mercadorias portuguesas tornavam-se 1% mais caros que aqueles sobre os produtos ingleses. Ou seja, as mercadorias portuguesas pagariam a taxa de 16% *ad valorem* e as inglesas pagariam 15%”.

Desta feita, na organização fiscal do período joanino os produtos importados possuíam alíquota de 15% (quinze por cento) para produtos advindos da Inglaterra e de 16% (dezesesseis por cento) para as mercadorias portuguesas, sendo estipulado o quanto de 24% (vinte e quatro por cento) para os demais países; bem como o valor de 10% (dez por cento) sobre imóveis urbanos, além da criação de outras contribuições como a pensão para a capela imperial; a contribuição de polícia; imposto de sisa sobre os bens da raiz de imóvel urbano que futuramente passou a ser denominado como imposto sobre transmissão imobiliária por ato inter vivos (BALTHAZAR, 2005).

Ademais, foram instituídas outras exações como a de 5% (cinco por cento) de todo escravo negro comercializado, sabedor de ofício; a décima de heranças e legados; o imposto de selo sobre o papel; os direitos de entrada de escravos novos; os impostos do banco; o subsídio real (sobre carne verde e lã grosseira manufaturada no país); 10% (dez por cento) sobre os vencimentos dos

funcionários da Fazenda e da Justiça que, com a ineficiência da máquina estatal, instituiu-se a má distribuição de competências, tornando concorrente a política tributária da época, mediante a cobrança do mesmo tributo (bitributação) efetuados tanto pela Corte, quanto pelas províncias, onerando ainda mais os encargos fiscais que deveriam ser cumpridos pelos contribuintes (BALTHAZAR, 2005).

As alterações tributárias também aconteceram no âmbito da imunidade e das isenções fiscais. A primeira foi fixada em 1819, a partir de uma espécie de imunidade de livros, a qual o rei D. João VI ordenou que não fossem cobrados quaisquer tipos de tributos sobre a importação e comercialização de livros, dando a entender que esta medida pode ter sido o embrião da atual imunidade prevista para livros, jornais e periódicos e o papel destinado à sua impressão, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea d, da Constituição Federal de 1988 (BALTHAZAR, 2005).

Já as isenções eram concedidas de forma esporádica, objetivando estimular um ou outro setor da sociedade. Dentre elas, Balthazar (2005, p. 77) cita: “a) a isenção de impostos de exportação, por dez anos, aos que se destacassem no cultivo de especiarias finas, farmácia, tinturaria e artes; b) isenção do imposto da dízima urbana, [...] por dez ou vinte anos, para quem construíssem em aterros ou terrenos ‘enxugados’ e pantanosos”.

A rentabilidade da monarquia portuguesa no Brasil provinha, em sua maioria, dos impostos indiretos e alfandegários, sendo as diversas formas de tributação carentes de equidade no que tange a distribuição dos encargos públicos, tendo como agravante o total desinteresse dos governantes de direcionar esses recursos ao crescimento e bem-estar de toda a população brasileira. Percebe-se que a ação do fisco brasileiro ganhou maior amplitude com a independência do Brasil que será no próximo tópico elucidado.

## 2 A TRIBUTAÇÃO NO PRIMEIRO REINADO

A historiografia tradicional tem dividido a história do Brasil Imperial em três períodos: Primeiro Reinado (1822-1831), Regência (1831-1840) e Segundo Reinado (1840-1889). Cada uma dessas fases será abordada sob a perspectiva da tributação, realizada com o intuito de perceber as permanências e as rupturas histórias sofridas na legislação fiscal em que o Estado Imperial construiu as diretrizes embrionárias para o surgimento do sistema tributário brasileiro.

Adentrando a análise da estrutura tributária do Primeiro Reinado, a princípio se faz necessário entender o contexto político que levou a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, pois com a disseminação do ideário liberal os reis puderam permanecer no poder, porém tendo como fonte de governabilidade o texto constitucional que deu origem as denominadas monarquias constitucionais.

No Brasil, essa dinâmica não foi diferente, uma vez que D. João VI teve que retornar para Portugal em 1821 e D. Pedro I, então príncipe regente, passou a ser pressionado pelas elites agrárias a romper com Portugal, sendo este anseio efetivado em 7 de setembro de 1822 e anos depois



fora alicerçado pela Constituição Política do Império do Brasil, em 25 de março de 1824.

Com a independência nasce o Estado fiscal brasileiro, pois em seguida vários empréstimos foram autorizados pelo poder legislativo que levaram a criação de novos impostos e a transformação de tributos transitórios em permanentes. Assim, a estrutura patrimonialista, constituída pelo rei, a Igreja e a nobreza, foi mantida com o objetivo de assegurar os domínios de classes que continham integrantes como magistrados, militares e deputados que lutavam para preservar seus privilégios. Por este motivo, no Brasil o liberalismo foi adaptado, “de forma defeituosa” para que houvesse a permanência de características organizacionais pertencentes a sociedade de outrora (BALTHAZAR, 2006).

O Primeiro Reinado, inicia-se em uma complexa crise econômica e política, pois a Corte portuguesa com a sua partida deixou muitas dívidas a serem arcadas pela jovem nação brasileira, fato este que não foi visto com bons olhos pelas províncias do Norte e Nordeste que não aceitaram o novo regime político por estar consubstanciado pela continuidade do governo português (BALTHAZAR, 2006).

E do ponto de vista dos tributos, Amed e Negreiros (2000, p. 192) esclarece que:

[...] o Brasil independente herdou do período colonial uma precária estrutura. De alguma forma, pode-se dizer que o momento da independência do país, em 1822, acenava para um desejado rompimento inclusive com os excessos fiscais que vinham da Coroa. É assim que, em Manifesto do Príncipe Regente do Reino do Brasil aos Governos e Nações Amigas, em 6 de agosto de 1822, D. Pedro diz que Portugal queria que ‘os brasileiros pagassem até o ar que respiravam e a terra que pisavam’. Em outro manifesto, ao próprio povo brasileiro, proferido no dia 1º de agosto também de 1822, o Imperador asseverava que os brasileiros teriam um sistema de impostos que iria respeitar ‘os suores da agricultura, os trabalhos da indústria, os perigos da navegação e a liberdade do comércio’. E este sistema seria tão ‘claro e harmonioso’, que facilitaria “o emprego e a circulação dos cabedais”, desvendando ‘o escuro labirinto das finanças”, que não permitiria ao cidadão “lobrigar o rasto do emprego que se dava às rendas da Nação”.

Nesse sentido, fora criado em 1823 um anteprojeto constitucional como resultado das aspirações liberais, o que não foi aceito pelo grupo conservador que vivia em torno do Imperador, dando subsídios para que o poder executivo se sobressaísse ao poder legislativo e a partir da dissolução da Assembleia Constituinte por D. Pedro I foi efetuada a prisão dos principais disseminadores do liberalismo constitucional (AMED; NEGREIROS, 2000).

A Constituição foi escrita, portanto, por um conselho composto por membros escolhidos pelo Imperador, sendo o documento fundador do Estado Imperial brasileiro outorgado por D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Adotou-se o modelo moderno de Estado, formulado por Montesquieu, pois os três poderes (legislativo, executivo e judiciário) foram contemplados, entretanto, a novidade do referido instrumento constitucional externalizava características absolutistas, mediante o instituto do poder moderador. Este poder dava ao Imperador a competência de escolher os representantes das províncias, do Senado, os membros do Conselho de Estado, a nomeação de

juízes, inclusive, o poder de dissolver a Câmara dos Deputados (AMED; NEGREIROS, 2000).

Com a feitura da Constituição de 1824, baseada nos interesses do Imperador, sobre a qual detinha plenos poderes através do poder moderador, houve poucas reformulações das leis tributárias, cabendo a Câmara dos Deputados a competência privativa para a sua concepção normativa. Os institutos que tratam do poder moderador, encontram-se estabelecidos no Título 5º (Do Imperador), Capítulo I (Do Poder Moderador), descrito como uma das atribuições exclusivas do Imperador que pode ser verificado dos artigos 98 ao 101 da própria Constituição (BRASIL, 1824).

A Carta outorgada de 1824 não solucionou os problemas relacionados a competência tributária, porém, trouxe alguns dispositivos importantes para a orientação do sistema fiscal que vigorava na época, sendo possível enumerar os mais significativos, a exemplo do artigo 15, inciso X, do Título 4º (Do Poder Legislativo), Capítulo I (Dos ramos do Poder Legislativo e suas atribuições), a saber: “Art. 15. E’ da attribuição da Assembléa Geral: [...] X. Fixar annualmente as despesas publicas, e repartir a contribuição directa”; deixando evidente e expresso que a Assembleia Geral possuía, a cada ano, a responsabilidade de fixar as despesas públicas e de repartir as contribuições diretas (BRASIL, 1824).

Adiante, no artigo 36, inciso I, do Capítulo II (Da Câmara dos Deputados), do mesmo Título, dispõe: “Art. 36. E’ privativa da Camara dos Deputados a Iniciativa: I. Sobre Impostos”; ou seja, as determinações relativas aos impostos estavam a cargo da Câmara dos Deputados de forma privativa. Já nos artigos 170, 171 e 172, do Título 7º (Da administração e economia das Províncias), Capítulo III (Da Fazenda Nacional), fica elencada as atribuições do Tribunal do Tesouro Nacional; a receita e a despesa da Fazenda Nacional, além da delimitação de todas as contribuições diretas, à exceção daquelas que estiverem aplicadas aos juros e amortização da Dívida Pública a serem anualmente estabelecidas pela Assembleia Geral (BRASIL, 1824).

No artigo 179, inciso XV, no Título 8º (Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros), determinava-se que “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres” (BRASIL, 1824), tratando-se do prenúncio do princípio da capacidade contributiva, previsto pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no parágrafo primeiro do artigo 145.

Da análise dos artigos citados, entende-se que o sistema fiscal previsto na Constituição de 1824 possuía uma natureza flexível, tendo em vista que se limitava a enunciar princípios gerais que deveriam ser respeitados pelo legislador ordinário. Em contrapartida, este detinha liberdade para criar, major, minorar, isentar e excluir tributos.

É importante reafirmar que a Constituição de 1824 se destacava pela centralização de todos os poderes nas mãos do Imperador, leia-se, do Governo Geral, onde as Províncias não detinham competência tributária e nem fontes para suas próprias receitas, fazendo jus das dotações orçamentárias administradas pelo próprio Governo Geral, passando as Províncias a terem autonomia financeira, após a edição do Ato Adicional (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834) e da Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835 (BALTHAZAR, 2006).

As normas acima mencionadas possibilitaram às Províncias a aquisição de fontes próprias,

mediante receitas advindas da arrecadação de tributos, porém compartilhadas com seus respectivos municípios. Essas nuances trazidas pela referida alteração legislativa serão adiante aprofundadas.

### 3 O PERÍODO REGENCIAL E O PROCESSO DE SISTEMATIZAÇÃO DA POLÍTICA FISCAL

Na data de 7 de abril de 1831, D. Pedro I abdicou do trono e retornou a Lisboa para disputar o reino português. Porém, antes de partir deixou seu filho, com apenas cinco anos de idade, para assumir o cargo de príncipe regente do Brasil e garantir a continuidade do sangue real de Bragança, através do futuro governante do império que foi nomeado como D. Pedro II.

Joaquim Nabuco concebe que posteriormente à Abdicação de Pedro I houve um ensaio republicano em plena monarquia, pois, a partir da data de 1831, os quadros políticos e jurídicos do Império se transformaram profundamente, dando lugar a uma nova concepção de Estado nacional, podendo-se dizer que se instaurou no país uma monarquia de tipo federal que perduraria até 1889 (PARRON, 2011).

O governo passou a ser gerenciado por pessoas que atendessem aos requisitos constitucionais determinados pelos artigos contidos no Título 5º (Do Imperador), Capítulo V (Da regência na menoridade, ou impedimento do Imperador), enumerados do artigo 121 ao 130 da Constituição de 1824, enquanto o herdeiro do trono não atingisse a sua maioridade (BRASIL, 1824).

O Poder Legislativo do Império elegeu uma Regência Trina provisória, em obediência as exigências constitucionais, com mandato que abrangeu o intervalo temporal de abril a julho de 1831 composta pelos senadores Nicolau de Campos Vergueiro, José Joaquim de Campos e pelo brigadeiro Francisco de Lima e Silva. Após o mandato provisório, a Assembleia Geral elegeu a Regência Trina permanente, constituída por José da Costa Carvalho, Bráulio Muniz e pelo brigadeiro Lima e Silva que durou de 1831 a 1835.

A Constituição de 1824 foi alterada com o ato adicional, aprovado no dia 12 de agosto de 1834, e uma das medidas da reforma estabeleceu a possibilidade da instituição da Regência Una que foi ocupada antes do golpe da maioridade de 1840 pelo padre Diogo Antônio Feijó (1835 a 1837) e por Araújo Lima (1837 a 1840), respectivamente.

Nesse intervalo temporal (1831-1840), houve grande efervescência política e foram promulgados vários textos normativos, tais como leis e decretos que tinham em seu conteúdo matéria de caráter tributário, tendo como exemplo o Decreto de 18 de agosto de 1831 que estabeleceu o processo de execução dos que estavam inadimplentes junto a Fazenda Pública (BALTHAZAR, 2005).

Apesar do marco histórico correspondente à Regência brasileira ter favorecido a existência de uma preliminar sistematização dos impostos no Brasil Imperial, Deveza (2004, p. 82) evidencia que as despesas “quer geral, quer provincial, os componentes da receita continuavam a ser apresentados de forma fragmentária, não permitindo ao contribuinte brasileiro a visão completa do modo como era onerado”.

Somente com a Lei de 24 de outubro de 1832, quando fora orçamentado a receita e ajustada a despesa para o ano financeiro de 1832-1834 que as rendas públicas foram divididas em Receita Geral e Receita Provincial (DEVEZA, 2004).

Vale destacar que a referida inovação legislativa aconteceu com o propósito do poder central esclarecer quais receitas tributárias passariam a ser de competência do governo geral e do governo provincial. E de acordo com a legislação em voga, essa divisão passaria a ser reformulada e aperfeiçoada, o que resultou na atual delimitação das competências tributárias dos governos federal, estadual e municipal. Nessa época também foram propostas e efetuadas algumas reformas, a seguir pormenorizadas.

### 3.1 A REFORMA DA FAZENDA NACIONAL

Em 5 de julho de 1831, Diogo Antônio Feijó assumiu o Ministério da Justiça e juntamente com Bernardo Pereira de Vasconcelos à frente do Ministério da Fazenda conseguiram iniciar uma efetiva renovação no setor administrativo-fiscal (FERREIRA, 1986), tendo como dois fatos importantes a reorganização do Tesouro Nacional e a designação das receitas tributárias pertinentes ao governo central e aos governos províncias.

Com a elaboração da Lei de 4 de outubro de 1831, ainda na Regência Trina permanente, extinguiu-se, segundo Ferreira (1986, p. 49): “o Tesouro Nacional, o Conselho da Fazenda, as Juntas Provinciais e organizou o Tribunal Nacional do Tesouro e as Tesourarias da Fazenda das províncias”, e de acordo com o mesmo autor “na Lei de 15 de novembro do mesmo ano, são definidas as atribuições fundamentais das finanças públicas ou estatais”, passando a conter na estrutura do Tribunal do Tesouro: presidente (Ministro da Fazenda), um inspetor-geral, um contador-geral e um procurador fiscal, todos a serem nomeados pelo Imperador.

A competência do Tribunal do Tesouro se limitava a direção e fiscalização da receita e da despesa, bem como a distribuição e contabilidade de todas as rendas públicas, além de instituir uma análise rigorosa quanto a forma de arrecadação e distribuição das rendas nacionais. E para dar suporte ao Tesouro Nacional, foram inauguradas a Inspetoria Geral, a Contadoria Geral de Revisão e a Tesouraria Geral (FERREIRA, 1986).

Além da criação e organização de instituições responsáveis pela fiscalização do erário nacional, elucida Amed e Negreiros (2000, p. 202) que o “passo significativo rumo à conclusão da Reforma Tributária foi dado com as leis de 24 de outubro de 1832 e de 8 de outubro de 1833”, complementando que “as despesas e as receitas foram, definitivamente, divididas em geral e provincial”. Essa nova conjuntura tributária pode ser analisada pela sistematização dos impostos, proposta pela Lei orçamentária de nº 108, de 26 de maio de 1840.

### 3.2 RECEITAS GERAIS (GOVERNO CENTRAL), RECEITAS PROVINCIAIS (GOVERNO DAS PROVÍNCIAS) E RECEITAS MUNICIPAIS (GOVERNO DOS MUNICÍPIOS)

Em 24 de outubro de 1832, o sistema tributário foi modificado com a tentativa de se efetivar uma descentralização fiscal, mediante a primeira iniciativa de discriminação das fontes de rendas públicas. Por isso, a Lei de 1832 orçou a receita e discriminou a despesa para o ano financeiro de 1833-1834, através da divisão dos impostos referentes as rendas públicas decomposta entre a receita geral e a receita provincial que nas palavras de Amed e Negreiros (2000, p. 202), cabia à Receita Geral:

- Direitos de importação e exportação, baldeação e reexportação, emolumentos que se cobram nas alfândegas; 0,5% de assinados das armazenagens, ancoragem e faróis;
- Contribuições de junta de comércio sobre volumes e embarcações e o imposto de banco; imposto de 5% das embarcações estrangeiras que passam a nacionais e 5% da renda das nacionais;
- Direito de 25% do ouro, sisa dos bens de raiz, porte do correio de mar e terra e o imposto para a caixa de amortização da dívida pública;
- Dízimo do açúcar, algodão, café, tabaco, fumo e contribuição sobre o algodão; dízimo do gado *vacum* e cavalari; 20% dos couros do Rio Grande do Sul e 40% da aguardente na Bahia;
- Selo das mercês, dízimas de chancelarias, novos e velhos direitos das graças e títulos expedidos pelo Poder Executivo e pelos tribunais e emolumentos que se cobram nos tribunais de Justiça, na chancelaria das ordens do carneiro e das três ordens militares e contribuições de montepio;
- Matrícula nos cursos jurídicos e acadêmicos e rendimentos da Casa da Moeda;
- Venda do pau-brasil e dos próprios nacionais, renda diamantina e foros dos terrenos da marinha, bens de defuntos e ausentes, cobrança da dívida ativa e da bula da cruzada;
- Emissão de apólices dos empréstimos estrangeiros; rendas eventuais e não classificadas que provêm dos arsenais e marinha e da renda dos vasos de guerra, limpa das alfândegas e rendimentos da fábrica de pólvora;
- Saldos e sobras da receita geral e provincial.

A Lei orçamentária nº 108, de 26 de maio de 1840, determinou um novo rol de tributos destinados à Receita Geral, trazidos por Amed e Negreiros (2000, p. 207):

- Direitos sobre importação (15%) sobre o chá (30%), sobre a pólvora (50%), sobre reexportação (2%), sobre exportação (7%), etc;
- Direitos sobre embarcações estrangeiras que passassem a ser nacionais (15% de seu valor) – Lei de 15 de novembro de 1831, art. 51;
- Direitos novos e velhos dos empregos e ofícios gerais, pelas mercês gerais (privilégios e faculdades recebidas, como o caso de dignitário da Ordem da Rosa) – Lei de 11 de abril de 1661;
- Emolumentos de certidões de polícia e etc;
- Dízima da Chancelaria. Inicialmente era uma pena que se impunha àquele que fazia má demanda (perdia), revertendo uma receita para o fisco (10% sobre o valor da causa), conforme Alvará de 25 de setembro de 1655. Mais tarde foi

- substituído pelo imposto de 2%, pela Lei nº 98, de 31 de outubro de 1835;
- Décima adicional das corporações de mão-morta. Estas corporações pagavam a décima urbana com 100% de acréscimo; Decreto de 7 de novembro de 1831;
  - Sisa dos bens de raiz. Criada pelo Alvará de 3 de junho de 1809, com alíquota de 10% que incidia nos contratos de compra e venda, de arrematações, de trocas e doações de bens de raiz;
  - Imposto adicional sobre bebidas espirituosas;
  - Impostos sobre barcos do interior;
  - Impostos sobre despachantes e corretores;
  - Impostos sobre exportação, instituído pelo Alvará de 25 de abril de 1818, com o produto da arrecadação dividida entre governo central e províncias;
  - Impostos sobre mineração de ouro e de outros metais (ouro em pó, ouro em barras, etc.). Substituiu o quinto do ouro; Lei de 27 de outubro de 1827;
  - Imposto do selo do papel. Criada pelo Alvará de 17 de junho de 1809, incidia sobre todos e quaisquer títulos, folhas de livros, papéis forenses e comerciais;
  - Impostos sobre as lojas. Criado pelo Alvará de 20 de outubro de 1812, recaindo sobre cada loja, armazém ou sobrado;
  - Imposto sobre seges, carruagens e carrinhos. Alvará de 20 de outubro de 1812;
  - Imposto sobre venda de embarcações nacionais (navios e embarcações). Alvará de 20 de outubro de 1812;
  - Impostos sobre loterias. Lei de 11 de outubro de 1837;
  - Taxa dos escravos. Cobrada por escravo possuído. Lei de 8 de outubro de 1835.

Por outro lado, para Balthazar (2005, p. 87) “competia à Receita Provincial todos os impostos existentes na época que não fossem compreendidos na receita geral”. Exemplos de tributos cobrados pelas províncias, suscitados pela lei orçamentária de 24 de outubro de 1832, são a transmissão de propriedade a título gratuito, excluindo-se a das apólices; as taxas de viação em entradas das províncias e navegação de rios internos; os rendimentos das indústrias e profissões permitidas em lei; a renda do capital pessoal, cuja avaliação se baseava nas despesas suntuárias ou no valor locativo da habitação; o gado de consumo e aguardente (AMED; NEGREIROS, 2000).

Deste modo, as províncias adquiriram relativa autonomia para criar seus próprios impostos desde que não fossem contemplados pelo poder central, sendo que depois da aprovação da Lei orçamentária nº 108, de 26 de maio de 1840, limitou-se os tributos provinciais entre a décima dos legados e heranças pagos pelos herdeiros ou legatários; a dízima dos gêneros (açúcar, café e etc); o imposto sobre a transmissão da propriedade móvel; os novos e velhos direitos; a meia sisa dos escravos ladinos (que sabiam ler); o subsídio literário com diversas finalidades assistenciais; a décima dos prédios urbanos que incidia sobre os proprietários de prédios situados na cidade do Rio de Janeiro e lugares notáveis do município da corte (10% do rendimento líquido), denominado mais tarde como imposto predial; a taxa de viação em estradas provinciais e de navegação em rios internos (passagem dos rios); os impostos sobre casas de leilões e modas; e outros tributos, desde que diversos dos cobrados pelo Governo Central (AMED; NEGREIROS, 2000).

Frisa-se que nesse momento histórico a relação direta existente entre o Estado e a Igreja gerava despesas orçamentárias estatais, as quais todos deveriam contribuir, independentemente de sua religião, pois a separação entre o Clero e o Estado ocorreu somente na Constituição de 1891,



através da laicização do Estado (BALTHAZAR, 2005).

Por fim, além da fixação das receitas geral e provinciais, a Lei orçamentária nº 108 de 1840 inovou quanto as receitas municipais que passaram a existir, mediante a outorga das Províncias. Em outras palavras, os municípios, em tese, adquiriram receitas próprias, mas que dependiam do repasse das províncias. Após a entrega desses recursos o município teria autonomia para usar de suas receitas de acordo com as suas necessidades.

### 3.3 TRIBUTOS ABOLIDOS

Foram pontuadas as principais mudanças efetuadas no período regencial que podem ser caracterizadas como a primeira reforma tributária do país, em virtude da organização do sistema fiscal como um todo, sobretudo com a abolição de alguns tributos que não atendiam mais a conveniência do governo.

Dentre eles estão os direitos de 50 (cinquenta) réis nos couros (Pernambuco e Alagoas); os donativos do azeite (Bahia); a contribuição de 60 (sessenta) réis em saca de algodão exportado (Pernambuco) e de 120 (cento e vinte) réis (Bahia); a contribuição de 10% (dez por cento) sobre a carne seca exportada (São Pedro); a contribuição de 80 (oitenta) réis por tonelada de carne seca exportada (Pernambuco); 40% (quarenta por cento) adicionais da aguardente (Bahia); o direito da parte (São Pedro); a décima da chancelaria foi substituída por 2% (dois por cento) do valor de qualquer demanda; e a contribuição sobre couros para consumo nas províncias (AMED; NEGREIROS, 2000).

A concretização dessas medidas, denominadas como reformas legislativas de repercussões orçamentárias e com impacto tributários, foram possibilitadas pela omissão constitucional que não delimitou de forma expressa como deveria ser realizada a arrecadação e a repartição fiscal das receitas pelo império, o que resultou em sua divisão entre o poder central, as províncias e os municípios, perdurando tal debate em todo o período do Segundo Reinado.

## 4 OS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO SEGUNDO REINADO E A EXTINÇÃO DO IMPÉRIO NO BRASIL

O Segundo Reinado teve início em 23 de julho de 1840, quando Dom. Pedro II assume o poder, aos 14 anos de idade, a partir do Ato Adicional instituído pelo parlamento, conhecido como o “Golpe da Maioridade”. Essa fase histórica, estendeu-se de 1840 até 1889, no qual o Imperador estava envolvido pelas discussões políticas propostas pelos partidos que se intitulavam de um lado liberal e do outro conservador e se diferenciavam apenas de forma superficial, pois ambos almejavam exclusivamente a ascensão e o poder (BALTHAZAR, 2006).

Esse período foi marcado por uma economia agroexportadora, pela guerra do Paraguai, pela

abolição da escravidão e por diversos conflitos que ocorreram entre o governo central e algumas províncias. Tais acontecimentos, foram importantes para a definição do sistema fiscal da época que conforme Baltazar (2005, p. 92) se tem como exemplo a criação da “tarifa Alves Branco com o intuito de controlar a excessiva importação e diminuir os déficits orçamentários”.

No início do reinado de D. Pedro II várias alterações foram feitas no âmbito fiscal, em virtude da instabilidade econômica ocasionada pela crise que se instalava na produção cafeeira, nos desastres públicos relacionados às epidemias de febre amarela e de cólera, além dos agravantes trazidos pela guerra do Paraguai.

Para a manutenção da guerra citada, foram majorados e criados os tributos pertinentes à aplicação do imposto direto de quantidade proporcional, ou seja, o imposto pessoal com base no valor locativo da habitação; bem como a extensão do imposto de indústrias e profissões a toda e qualquer atividade industrial ou profissional; além da execução do imposto do selo pelo sistema das estampilhas; e a elevação da décima urbana, da taxa dos escravos, do imposto de 15% (quinze por cento) sobre loterias e outros (AMED; NEGREIROS, 2000).

As mudanças no campo tributário não pararam por aí, em 1867 foi criado o imposto de indústria e profissões que atingiu toda pessoa, seja ela nacional ou estrangeira que executasse qualquer ofício no Brasil, tornando-se antecessor do conhecido imposto de renda. O impacto da guerra do Paraguai foi tamanho que os principais tributos tiveram suas alíquotas majoradas, a exemplo do imposto de docas e capatazias que foi substituído pela taxa fixada pelo governo proveniente do serviço de descarga e embarque das mercadorias nas alfândegas e trapiches de acordo com o peso e o volume; os direitos de exportação e baldeação; o dízimo do Município; o expediente de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) dos gêneros nacionais transportados entre as províncias; o expediente de 3% (três por cento) dos gêneros estrangeiros desembarcados para consumo; o imposto de chancelaria; e por fim o imposto sobre os vencimentos, estando sujeitos ao imposto pessoal (AMED; NEGREIROS, 2000).

Após o término do confronto com o Paraguai, em 1870 foram contabilizados 100 mil mortos, agravando a repercussão negativa sobre a guerra e sobre as despesas direcionadas à sua realização, sendo inevitável a reavaliação por parte do fisco dos tributos que foram criados para este fim, o que levou a abolição, a isenção e o restabelecimento de alguns deles (AMED; NEGREIROS, 2000).

No caso dos impostos abolidos, tem-se o imposto de 1% (um por cento) sobre os gêneros navegados por cabotagem; o imposto de ancoragem e doca; e o imposto pessoal. Já os isentos foram os de jornais e revistas brasileiras publicadas no exterior; e as fábricas de lapidação de diamantes e as loterias provinciais em benefício da instrução pública, casas de caridade e asilo de órfãos. Reduziu-se ainda o imposto de loterias e foram alteradas a décima urbana quanto a sua cobrança; e a tarifa geral das alfândegas. E por último, restabeleceu-se o imposto de farol que foi elevado ao dobro; o imposto de estadia na doca; os serviços de capatazia e docas voltam ao governo; e o imposto adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre os direitos de importação dos vinhos secos (AMED; NEGREIROS, 2000).

No período do pós-guerra, além da relação de tributos mencionados, delimitou-se também

os impostos pertencentes ao Poder Central e aos Governos Provinciais em que para aquele estavam direcionados os impostos de Caráter Geral, quais sejam, o de importação; de exportação; de propriedade imóvel; de navegação dos mares territoriais e grandes rios; de viação nas estradas de ferro; de transmissão de propriedade imóvel de qualquer espécie a título oneroso; e o de transmissão de propriedade móvel (apólice de dívida pública nacional fundada) por título sucessório “*ex-testamento*” ou “*ab intestato*” ou por doação “*causa mortis*” (AMED; NEGREIROS, 2000).

Quanto aos impostos de Caráter Provincial, reúne-se o de transmissão de propriedade imóvel somente a título gratuito, quer por sucessão “*ex-testamento*” ou “*ab intestato*” quer por doação “*inter vivos*” ou “*causa mortis*”, exceto as provenientes de apólices da dívida pública; o de viação nas estradas provinciais e de navegação dos rios internos; o de renda provável ou verificada das indústrias e profissões legais; o de renda do capital pessoal avaliada ou pela despesa ou pelo valor locativo da habitação (AMED; NEGREIROS, 2000).

Percebe-se que o sistema fiscal edificado no Segundo Império foi estruturado de maneira mais concisa se comparado com os demais períodos da Monarquia brasileira, porém por conta dos problemas políticos, econômicos e sociais que foram ampliados pela libertação dos escravos, o declínio do Império foi irremediável. Essa conturbada conjuntura se estendeu a política tributária que no decorrer de seus 67 anos de existência, tentou-se realizar uma sistematização, mas que na prática não foi bem-sucedida.

Para Balthazar (2005, p. 101), pode-se afirmar que “o Império acabou, com a edição do Decreto de 13 de maio de 1888, o qual promoveu a libertação dos escravos, levando o país ao regime republicano, em 15 de novembro de 1889”, ou seja, a extinção da escravatura foi uma medida socioeconômica que impactou diretamente a economia e o governo do Segundo Reinado, culminando no seu declínio e com a implementação do Estado republicano.

E apesar do árduo estudo e dos diversos debates entre os legisladores e os homens de Governo a respeito das rendas públicas e da matéria dos impostos, o Império foi extinto sem conseguir edificar um sistema tributário que satisfizesse, consoante Deveza (2004, p. 100) “a esses dois fins: 1) uma distribuição e arrecadação conscientemente baseadas nas condições econômicas do país; 2) uma divisão razoável das contribuições públicas, entre a receita geral do Império e a receita particular das Províncias”.

A divisão das Receitas Gerais (Governo Geral), Receitas Provinciais (Governo das Províncias) e Receitas Municipais (Governo dos Municípios), proposta pela Lei orçamentária nº 108, de 26 de maio de 1840, acabou sendo o esboço à repartição tributária dos entes federados na era republicana, bem como a maneira como se estruturou a forma de arrecadação tributária no Império serviu como ponto de partida à ressignificação tributária adotada nos diferentes momentos históricos da República brasileira, concluindo-se portanto que os institutos jurídicos tributários do Brasil Imperial foram a embriogênese do direito tributário brasileiro, sendo estes cruciais ao entendimento dos substratos jurídicos que alicerçam os pilares do atual sistema tributário brasileiro.

## CONCLUSÃO

A formação e consolidação do Estado Monárquico Imperial brasileiro se deu a partir das negociações estabelecidas entre a metrópole portuguesa e o Imperador D. Pedro I que culminaram na Independência do Brasil. Após esse episódio, o Brasil passou a ser político e economicamente livre de Portugal, tornando-se um Estado soberano e, portanto, possuidor efetivo do poder de tributar, posto que de início foram mantidas as diretrizes jurídicas tributárias de supedâneo português.

Antes disso, a Coroa portuguesa obrigada a se refugiar em sua colônia por conta das invasões napoleônicas e a imposição do bloqueio continental ao governo português por ser este aliado dos ingleses (inimigo bélico dos franceses), teve que mudar o *status* do Brasil de colônia para Reino Unido, porém com a Revolução do Porto a Coroa portuguesa teve que retornar a Portugal, sendo Dom Pedro I incumbido de governar o Brasil.

A pressão exercida pelas revoltas separatistas impulsionou D. Pedro I a antecipar e tomar a dianteira da Proclamação da Independência brasileira e a construir um Estado Monárquico constitucional, através da outorga da Constituição de 1824 que originou a organização administrativa e fiscal, melhor sistematizada após o período Regencial e aperfeiçoada no Segundo Reinado, sob a administração do Imperador Dom Pedro II.

Nesse contexto, conclui-se que os institutos jurídicos tributários no Brasil Monárquico Imperial foram o embrião de alguns princípios, competências, de impostos, a repartição de receitas, a relação tributária entre o fisco e o contribuinte que se perpetuaram no tempo e deram embasamento, mesmo que de forma ressignificada, ao sistema tributário brasileiro contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. **História dos tributos no Brasil**. São Paulo: Edições SINAESP, 2000.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **O tributo na história: da antiguidade à globalização**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Carta régia, de 28 de janeiro de 1808. Abre os portos do Brazil ao commercio directo

estrangeiro com exceção dos generos estancados. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 28 jan. 1808. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg\\_sn/antioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html). Acesso em: 13 ago. 2021.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito: geral e Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

CORREIA, Emanuelle Araujo. Evolução histórica do tributo: limitação do poder de tributar. **Diritto.it**, Santarcangelo di Romagna, fev. 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/28896-evolu-o-hist-rica-do-tributo-limita-o-do-poder->. Acesso em: 13 ago. 2021.

DEVEZA, Guilherme. Política tributária no período imperial. *In*: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). **História geral da civilização brasileira: declínio e queda do império**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 74-102.

FERREIRA, Benedito. **A história da tributação no Brasil: causas e efeitos**. Brasília: Senado Federal, 1986. 260 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PARRON, Tâmis. **A política da escravidão no império do Brasil, 1826-1865**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no brasil: o Estado e a sociedade em conflito**. 2006. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: [http://siaibib01.univali.br/pdf/Joacir\\_Sevagnani.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Joacir_Sevagnani.pdf). Acesso em: 3 set. 2016.

**Como citar:** QUEIROZ, Rebeca Moreira de; BESSA, Elisberg. A embriogênese da sistematização tributária brasileira decorrente do período monárquico imperial. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 137-154, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p137-154. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 24/03/2023

Aprovado em: 28/07/2023

## CRISE DO JUDICIÁRIO E O USO DO TESTAMENTO PÚBLICO COMO FORMA DE PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

JUDICIARY CRISIS AND PUBLIC WILL AS A WAY  
OF LITIGATION PREVENTION

Rosana Ferreira Trevizan\*  
Ricardo Goretti\*\*

\*Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC/SC)  
E-mail: rosanafer@hotmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4385-5119>

\*\*Doutor em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES)  
E-mail: ricardogoretti@fdv.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1933-0507>

**Como citar:** TREVIZAN, Rosana Ferreira; GORETTI, Ricardo. Crise do judiciário e o uso do testamento público como forma de prevenção de litígios. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 155-170, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p155-170. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** A crise do Judiciário impacta a vida dos cidadãos, restringindo o acesso à justiça e a garantia dos direitos fundamentais. Nesta pesquisa, destaca-se a desjudicialização como fenômeno capaz de minimizar os danos sofridos nesta área. Para isso, propôs-se o estudo do testamento público, feito nas serventias extrajudiciais, como forma de prevenir litígios quando da sucessão do testador. Propõe-se uma medida de amenização para a crise do Judiciário. O problema de pesquisa é: testamento público pode ser utilizado como forma de planejamento sucessório e prevenção de litígios? Tem como objetivo demonstrar que o testamento público é um instrumento eficaz de planejamento sucessório e de prevenção de litígio. Adotou-se o método dedutivo. O referencial teórico do acesso à justiça pauta-se em Cappelletti e Garth. O estudo aborda a crise do Judiciário, o acesso à justiça por vias alternativas; planejamento sucessório e suas implicações; Testamento Público como forma de planejamento sucessório e de estratégia de desjudicialização. Conclui-se que, com a feitura do testamento, a probabilidade da vontade do testador ser seguida, sem litígios, é maior do que na ausência do testamento, podendo o inventário e a partilha serem extrajudiciais, perante os cartórios de notas. Há uma tendência de se adotar as vias extrajudiciais.

**Palavras-chave:** crise do judiciário; desjudicialização; planejamento sucessório; serventias extrajudiciais; testamento.



**Abstract:** The crisis of the Judiciary impacts the lives of citizens, restricting access to justice and guaranteeing fundamental rights. In this research, dejudicialization stands out as a phenomenon capable of minimizing the damage suffered in this area. For this, it was proposed to study the public will, made in extrajudicial services, as a way to prevent disputes when the testator succeeds. A mitigation measure for the judiciary crisis is proposed. The research problem is: can the public will be used as a form of succession planning and litigation prevention? It aims to demonstrate that the public will is an effective tool for succession planning and litigation prevention. The deductive method was adopted. The theoretical framework of access to justice is based on Cappelletti and Garth. The study addresses the crisis of the Judiciary regarding access to justice through alternative means; succession planning and its implications; the public will as a form of succession planning and a strategy of dejudicialization. It is concluded that, with the making of the will, the probability of the will of the testator being followed, without disputes, is much greater than in the absence of the will, and the inventory and sharing can be extrajudicial, before the notary offices. There is a tendency to adopt extrajudicial means.

**Keywords:** judiciary crisis; dejudicialization; succession planning; notary services; testament.

## INTRODUÇÃO

A necessidade de conviver com o outro é inerente ao ser humano. A grande questão da origem dos conflitos surge exatamente dessa necessidade, pois os seres humanos são diferentes em diversos aspectos, não só no que se refere à estrutura física e psíquica, mas também aos princípios de conduta, aos objetivos e ideais de vida, dentre tantas outras distinções.

O fato de se relacionar com outros seres humanos é algo inerente da essência do homem, visto que ele sente necessidade de estar com outros seres. Isso revela, de modo intrínseco, a relação do eu com o outro como forma de constituição de laços relacionais, mas, apesar de sermos seres relacionais, cada pessoa tem uma história, uma trajetória distinta, com construções familiares, ideológicas, principiológicas e filosóficas diferentes e isso é indiscutível.

Da diferença entre os seres, surgem as mais diversas ordens de conflitos e de problemas, que nem sempre são solucionados no âmbito particular ou familiar. Assim, no afã de buscar solução para os conflitos, não raro, muitos recorrem à justiça para reivindicar aquilo que considera justo aos seus próprios olhos; o que não é um problema, pois todas as pessoas têm seu direito de acesso à justiça garantido como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal.

É bom lembrar que os conflitos atingem, além da esfera extrafamiliar, a esfera intrafamiliar. Neste cenário, destaca-se o direito sucessório, cuja forma tradicional, em geral, de resolução de contendas, é o acionamento do Poder Judiciário.

Ressalta-se que o Judiciário brasileiro tem se mostrado ineficiente e os tribunais cada vez mais abarrotados. Assim, o legislador e o gestor público têm participado ativamente nesta transformação, na tentativa de se criar e se oferecer formas adequadas para que a sociedade possa buscar e ter um pleno acesso à justiça.

Mas, para além deste caminho tradicional da via judicial, destacam-se aqui as serventias extrajudiciais, nas quais são exercidos serviços públicos a título privado, por meio de outorga de delegação do Poder Judiciário, para onde podem ser direcionadas demandas, dando-se o tratamento adequado para as soluções de controvérsias. Ademais, também são locais de prevenção de litígios.

No âmbito dos “cartórios”, como são comumente chamados, valoriza-se a autonomia dos sujeitos, bem como se revela um caminho mais célere, menos oneroso, e que pode, dentro do viés sucessório, prevenir conflitos e evitar rompimentos de laços familiares.

As atividades realizadas pelas serventias extrajudiciais, além de trazerem soluções eficazes para os casos concretos, contribuem para trazer maior celeridade para as demandas e, por consequência, menos demandas perante o Judiciário brasileiro, além de gerar economia também para os cofres públicos.

Dentre os instrumentos do direito sucessório, destaca-se aqui o testamento público, lavrado nos tabelionatos de notas, como forma de prevenir conflitos familiares. Vale dizer que o testamento público é um ato de última vontade, com disposições patrimoniais e não patrimoniais, como o reconhecimento de paternidade ou a nomeação de gestor do patrimônio. Por meio do

testamento, uma pessoa, maior de 16 anos, declara sua vontade ao Tabelião, na presença de duas testemunhas, para que surta efeitos para depois de sua morte.

A ideia de se utilizar do testamento, como forma de impedir conflitos entre os herdeiros e o (a) viúvo (a), parece a forma mais adequada de utilização do testamento. Ele deve ser pensado para garantir a segurança e a qualidade de vida da família, e não como um fim em si.

Em geral, passamos toda a nossa vida trabalhando em troca de um patrimônio, portanto devemos saber utilizá-lo e mantê-lo, impedindo que se torne objeto de conflito ou impedindo que haja risco de se perder.

Deste modo, pensar em testamento é pensar em planejar e regular a sucessão. A lei prevê efeitos para a nossa sucessão, mas permite também que nós próprios, mediante testamento, regulemos especialmente o destino de nossos afetos e de nosso patrimônio, fixando condições, protegendo os bens da herança para que beneficiem as pessoas que entendemos merecer e necessitar de tal proteção.

Neste sentido, o planejamento sucessório é uma estratégia utilizada para a transferência do patrimônio de alguém para os seus herdeiros de forma eficaz. Dentre as muitas possibilidades, pode-se citar: doação em vida (com ou sem cláusula de reserva de usufruto); previdência privada; seguro de vida; holdings familiares e testamento público.

À luz disso, este artigo se propõe a discutir a seguinte questão: o testamento público pode ser visto como estratégia de planejamento sucessório e um instrumento eficaz para diminuir litígios na via judicial do direito das sucessões, quando do inventário e da partilha dos bens deixados pelo *de cuius*?

O objetivo geral do presente trabalho é analisar se o testamento público, como estratégia de planejamento sucessório, lavrado pelas serventias extrajudiciais, podem ser considerados instrumentos capazes de prevenir litígios na área do direito das sucessões quando do inventário e da partilha dos bens do testador.

Para tratar deste assunto, o estudo aborda a crise do Judiciário, no que tange à quantidade de demandas, ao custo e à morosidade; mostra o que é planejamento sucessório, o que ele engloba e o apresenta como medida de desjudicialização, por meio da prevenção de litígios perante o Judiciário. Por fim, visa expor o instrumento do testamento como forma de planejamento sucessório e como forma de prevenção de demandas na área do direito das sucessões.

A pesquisa bibliográfica realizada, neste artigo, traz estudos de Mauro Cappelletti e Garth; Dinamarco Rangel, Flávia Hill entre outros que contribuíram para o arcabouço teórico que sustenta este estudo.

Quanto ao método de abordagem empregado nesta pesquisa, recorreu-se ao dedutivo, o qual parte de premissas consideradas gerais para se aplicar a casos particulares. A concepção da premissa geral se aplica a este estudo, visto que este partiu de leis e de doutrinas sobre o testamento público realizado pelas serventias extrajudiciais e o planejamento sucessório.

Ressalte-se que este estudo se justifica por guardar pertinência com o tema desjudicialização, na medida em que aborda o direito de acesso à justiça na perspectiva preventiva, para resguardar os Direitos e as Garantias Fundamentais. Ademais, o tema envolve elementos atuais e relevantes,

pois remete a uma maneira de evitar que o cidadão ingresse na via judicial e possa resolver extrajudicialmente suas demandas. Com isso, todas as partes ganham, pois veem seus direitos sendo concretizados de acordo com a lei.

A elaboração deste artigo contemplará três tópicos, a saber: o primeiro estará pautado na crise do Judiciário e na necessidade de se recorrer a vias alternativas ao processo, com destaque às serventias extrajudiciais. O segundo tópico destaca o planejamento sucessório e suas implicações. Já o terceiro trata do testamento público como forma de planejamento sucessório e de instrumento de promoção da desjudicialização.

## **1 DA CRISE DO JUDICIÁRIO AO ACESSO À JUSTIÇA POR VIAS ALTERNATIVAS AO PROCESSO**

Antes de tratar acerca da crise do judiciário, é necessário esclarecer o que seja acesso à justiça, pois, embora seja uma expressão de fácil compreensão, ela não tem uma unicidade de significado, ao contrário traz consigo uma pluralidade de sentidos.

Deste modo, quando se trata de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) afirmam que a expressão não tem apenas uma definição, visto 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 estabelecem, portanto, o sistema jurídico como o garantidor do acesso à justiça, impondo duas finalidades, a saber: sistema acessível a todos e resultado individual e socialmente justo.

Ocorre que, infelizmente, a realidade brasileira não alcançou esse ideal preconizado pelos autores, visto que o sistema não é acessível nem mesmo próximo do cidadão – isso contempla desde a questão financeira até à comunicação entre as partes – e a resposta, em geral, é extremamente morosa, dentre outros entraves que existem.

O fato de a justiça estar “em crise” não é novidade para a sociedade brasileira. Na verdade, não se trata de uma “justiça em crise” ou sem parâmetros para julgar, mas de uma justiça sem respostas efetivas para as demandas que lhe são apresentadas, e, se a “justiça” não vier em tempo hábil, ela é falha, e traz descrédito para o Poder Judiciário. Para se ter a dimensão fática dessa realidade, basta que observemos os dados apontados no anuário “Justiça em Números 2022”, o qual aduz que:

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com **77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva**. Desses, 15,3 milhões, ou seja, 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2021, **existiam 62 milhões de ações judiciais** (CNJ, 2022, p. 104, grifo nosso).

Salvo os processos que aguardavam alguma solução definitiva, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 62 milhões de ações judiciais em tramitação. Há que se pensar a respeito do que precisa ser feito e quanto tempo será necessário para que este número chegue a zero.

Será que a solução estaria em aumentar o efetivo? Parece-nos que não é a única solução, já que, segundo o Justiça em Números 2022 (CNJ, 2022, p. 88), no que tange às despesas com o pessoal, o percentual é de 91,5% do gasto total do Poder Judiciário, que está assim distribuído:

[...] 86,2% dos gastos destinam-se ao pagamento de subsídios e remunerações dos(as) magistrados(as) e servidores(as) ativos(as) e inativos(as), que incluem também pensões, imposto de renda e encargos sociais; 7,1% são referentes ao pagamento de benefícios (ex.: auxílio-alimentação, auxílio-saúde); 2,4% correspondem ao pagamento de despesas em caráter eventual e indenizatório, tais como diárias, passagens e auxílio-moradia; 3,6% são gastos com terceirizados(as) e 0,6% com estagiários(as) (CNJ, 2022, p. 89).

Portanto, não é possível afirmar que o aumento da estrutura do Judiciário trará celeridade. Ademais, o custo pelo serviço de Justiça é muito expressivo, visto que, em 2021, foi de R\$ 489,91 por habitante (CNJ, 2022, p. 81).

Diante disso, é possível perceber que o processo não cumpre o que Dinamarco (1994, p. 317) apresenta como escopos da jurisdição, visto que, na perspectiva do estudioso, a jurisdição tem vários escopos – jurídico, social e político. Assim, para Dinamarco (1994, p. 317), há o escopo social (pacificação com justiça, educação); o político (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e o jurídico (atuação da vontade concreto do direito).

O contexto da crise que se tem visto atualmente no Poder Judiciário enfraquece os escopos do processo, os quais têm dificuldade de serem cumpridos. Quanto a isso, Almeida (2003, p. 23), ensina que:

As consequências desse quadro já são, aliás, de conhecimento geral e infelizmente estão presentes em vários setores do Judiciário brasileiro: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma Justiça lenta e de baixa qualidade. Então, é de lógica e de bom senso trabalhar, estimular e explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses, dentre as quais assume especial relevo a conciliação das partes.

Essa justiça “assoberbada” por uma quantidade expressiva de demandas traz um aspecto positivo que é o fato de as pessoas estarem mais conscientes de seus direitos e se enxergarem como cidadãos que são capazes de reivindicar seus direitos perante um órgão e não somente se calar por achar que não possuem voz.

Apesar dessa realidade, o fato de os cidadãos reivindicarem direitos, por si só, pode gerar uma frustração maior com a justiça atual. A falta de resposta por parte de Judiciário traz a sensação de que os cidadãos não têm voz, embora eles falem, especialmente quando as pessoas veem que suas demandas não são respondidas pela demora, pelos custos, pela falta de efetividade entre outros aspectos. Isso é visível ao se vislumbrar os dados que o Justiça em Números 2022, traz acerca do tempo do processo:

Na Justiça Estadual, os processos estão pendentes há uma média de **4 anos e 8 meses e os baixados de 2021 levaram 2 anos e 7 meses para serem solucionados**, ou seja, uma diferença de aproximadamente 2 anos. Na Justiça Federal, a diferença é ainda maior: enquanto os pendentes aguardam solução definitiva há 5 anos e 2 meses, o tempo da baixa de foi 1 ano e 10 meses [...] (CNJ, 2022, p. 209-212, grifo nosso).

Neste cenário, emerge a concepção de acesso à justiça que não seja tão somente acesso ao poder Judiciário, visto que, nos estudos de Cappelletti e Garth (1988), não poder acessar o Poder Judiciário era, e ainda é, um dos óbices de acesso à justiça.

Hoje, na realidade brasileira, a “crise” do Poder Judiciário não é porque as pessoas não têm acesso à estrutura do Judiciário, mas porque as pessoas não têm uma resposta em tempo hábil. E justiça que tarda, falha. Mas também é importante ressaltar que não se trata apenas de morosidade. Cappelletti e Garth (1988) elencaram outros óbices que impedem ou retardam o acesso à justiça – obstáculo econômico, obstáculo organizacional, obstáculo processual que trata dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Assim, o Estado passou a buscar outros caminhos extrajudiciais que pudessem permitir o acesso à justiça no sentido amplo – “acesso a uma ordem jurídica justa” – sem que, necessariamente, o Judiciário fosse acionado. Com isso, a justiça multiportas lançou luz para as diversas formas e possibilidades de resolução de conflitos, rompendo com a ideia de que somente o juiz pode decidir.

Em meio a este cenário, ganha corpo a desjudicialização, uma vez que, consoante declara Hill (2021, p. 383),

A desjudicialização consiste no fenômeno segundo o qual litígios ou atos da vida civil que tradicionalmente dependeriam necessariamente da intervenção judicial para a sua solução passam a poder ser realizados perante agentes externos ao Poder Judiciário, que não fazem parte de seu quadro de servidores. Trata-se, em suma, da consecução do acesso à justiça fora do Poder Judiciário, ou seja, do acesso à justiça extra muros.

Essa percepção de que a justiça pode ser realizada para além dos muros do Judiciário revela um deslocamento de demandas para outras vias de soluções de controvérsias, as quais, antes, eram atribuídas exclusivamente ao Poder Judiciário. Dentre as diversas rotas de desjudicialização, existem as serventias extrajudiciais, que são órgãos dotados de fé pública e capazes de prevenir e solucionar conflitos.

Vale esclarecer que não se trata de retirar casos do Judiciário, já que não se cogita a



possibilidade de adentrar por esta via, em virtude da existência de outros caminhos de garantia de acesso à justiça que são mais céleres e eficazes. O que aqui deve ser lembrado é que o principal objetivo é dar o tratamento adequado a cada caso concreto, e não apenas “desafogar” o Judiciário.

Destaca-se que o art. 5º, XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), apregoa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, qualquer obstáculo que inviabilize o acesso à justiça deve ser eliminado, nem que para isso as partes envolvidas em um conflito recorram a vias alternativas ao caminho tradicional do processo.

Neste sentido, cabe destacar que o art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) também resguarda o direito de acesso à justiça, que ultrapassa, na perspectiva de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2019, p. 252), o Poder Judiciário e a resolução de conflitos pela substitutividade, pois o dispositivo possibilita a existência de outras formas de composição “[...] pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. Desse modo, a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais”.

As serventias extrajudiciais têm sido uma das rotas da desjudicialização e isso pode ser exemplificado com a enorme quantidade de divórcios extrajudiciais, de inventários e de partilhas que são realizados perante os Cartórios de Notas em todo o país, desde 2007, quando a Lei nº 11.441 (BRASIL, 2007) instituiu essa possibilidade.

Um dos caminhos para que haja uma resolução mais eficiente e efetiva de conflitos é por meio das serventias extrajudiciais, uma vez que o papel social das serventias extrajudiciais, conhecidas no passado como cartórios, é cumprir o previsto na Constituição Federal e garantir o Estado Democrático de Direito.

À luz disso, vê-se, ao longo dos anos, as serventias se modernizando e ampliando o escopo de sua competência para atender o cidadão de modo efetivo, levando-o a perceber que há caminhos mais céleres e eficazes para a resolução de problemas.

Neste sentido, o testamento público, como forma de planejamento sucessório, realizado pelas serventias extrajudiciais, pode se constituir, efetivamente, em um meio de prevenção de litígios quando houver a partilha de bens.

## 2 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E SUAS IMPLICAÇÕES

Planejar é fundamental para operacionalizar objetivos e atingir metas, mas, dentro da vertente de sucessão patrimonial, planejar é uma forma eficiente de prevenir conflitos e de cumprir a vontade da pessoa que escolhe fazer um testamento.

Vale lembrar que a sucessão patrimonial está regulada no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), além de constar também no Código Civil (BRASIL, 2002), no seu Livro V. Portanto, está resguardada em diversos diplomas do ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação ao conceito de Planejamento Sucessório, cumpre destacar a lição de Rodrigues

*et al.* (2009, p. 3) sobre o direito das sucessões, “o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”.

Assim, o planejamento sucessório é visto como um conjunto de estratégias para a transferência do patrimônio do instituidor para os herdeiros, de forma organizada. Em outros termos, o proprietário de um bem ou de um conjunto de bens irá elaborar, de forma prévia ao seu óbito, a distribuição dos seus bens móveis ou imóveis.

Ademais, planejar é uma estratégia para antecipar situações e circunstâncias – benéficas e malélicas – e prever a forma de agir e reagir diante dessas situações e circunstâncias. Por isso, realizar um planejamento sucessório não é prever a morte do testador, mas é evitar problemas e desavenças que podem surgir com a morte deste.

Ainda sobre planejamento sucessório, Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 404) apontam que “consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores”.

Essa é uma eficiente forma de cuidar não só de quem merece e precisa, mas também de evitar conflitos futuros entre os herdeiros, já que é comum disputas judiciais para resolver conflitos quanto à divisão de bens do falecido. Em geral, essas disputas se arrastam por muitos anos nos Tribunais.

É sabido que existem diversos casos de herdeiros que passam muitos anos presos a um processo judicial de divisão de bens, enquanto o patrimônio se deprecia, além de, aos poucos, poder ser dilapidado. Isso revela que muitos litígios, que se arrastam durante muito tempo no Poder Judiciário, que acabam por destruir famílias inteiras, podem ser evitados mediante um planejamento sucessório, feito por diversos meios, de acordo com a necessidade e as particularidades de cada instituidor e da sua família.

Os efeitos desta delonga são, diversas vezes, devastadores, eis que, enquanto não for resolvida a demanda judicial, nenhum herdeiro consegue usufruir do patrimônio que o falecido construiu, deixando quem precisa dos bens para sobreviver em situação complicada. Paralelamente a isso, pode ser que alguns bens pereçam neste intervalo de tempo e até mesmo se depreciem.

Qualquer pessoa pode fazer um planejamento sucessório, já que a qualquer tempo pode haver um acontecimento imprevisto, porém ele é ainda mais indicado para idosos e quem exerce frequente atividade de risco e que tenham patrimônio a ser dividido entre os herdeiros no futuro.

Ele possibilita a transmissão patrimonial de forma organizada e bem pensada, beneficiando quem deve ser beneficiado, com o intuito de evitar litígios, resguardar o patrimônio familiar e, também, diminuir a carga tributária em alguns casos.

Assim, Moacir César Pena Junior (2009, p. 21) informa que:

**[...] em caráter preventivo, o planejamento sucessório permite ao titular do patrimônio definir, ainda em vida, o modo como deve ocorrer a transferência dos bens (imóveis, móveis, ações, aeronaves, fazendas, empresas, controles dos negócios, etc.) aos seus sucessores após sua morte, evitando, assim, eventuais**

**conflitos, cujos reflexos negativos possam recair sobre o patrimônio deixado.**

Salienta-se que, para cada realidade, há um tipo adequado de planejamento. Assim, é necessário que se avalie qual a melhor forma para o caso concreto e que as pessoas leigas recorram à ajuda de um profissional do direito, se virem a necessidade de assistência, pois o advogado poderá auxiliar as partes no planejamento adequado à realidade do cliente.

No desenvolvimento do planejamento sucessório, podem ser elaborados vários tipos de instrumentos que serão úteis no processo de sucessão e também na prevenção de litígios no futuro. Dentre eles, citam-se alguns: doações de bens, seguro de vida, previdência privada, *holding* familiar e o testamento público.

O Testamento Público, lavrado nos cartórios de notas, como será visto de forma detalhada adiante, é um excelente tipo de planejamento sucessório. Nele, o testador poderá partilhar parte do seu patrimônio livremente, desde que respeitadas certas normas previstas no Código Civil, já que, no mínimo, 50% dos bens do falecido devem ficar para os herdeiros necessários (os cônjuges/companheiros, descendentes e, em alguns casos, os ascendentes). Já os outros 50% podem ser direcionados para qualquer pessoa.

Tendo em vista que o direito sucessório brasileiro possibilita que metade dos bens do proprietário possam ser dispostos livremente, o planejamento é importante, visto que pode proporcionar uma sucessão menos burocrática e mais adequada à real vontade do sucedido, levando em conta merecimento e melhor capacidade de gestão.

Diante dessa pluralidade de caminhos no planejamento sucessório, vê-se que ele é viável, ainda que a maioria das pessoas não gostem de enfrentar um tema tão delicado que é a morte. No entanto, trata-se de um acontecimento inevitável para qualquer pessoa, mais cedo ou mais tarde. Em virtude disso, o planejamento sucessório visa trazer o menor desgaste possível quanto à partilha de bens, já que perder um ente querido é um algo extenuante e muito doloroso.

### **3 TESTAMENTO PÚBLICO COMO FORMA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E ESTRATÉGIA DE DESJUDICIALIZAÇÃO**

O Testamento Público é um negócio jurídico unilateral, pois é a expressão da vontade do testador, conforme contempla o Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), no art. 1.864 e seguintes. Ele é um ato solene, visto que há um “certo ritual” – exige-se que o Tabelião faça a leitura do testamento em voz alta e clara na presença das partes e de duas testemunhas, em um só tempo. Além disso, existem outros requisitos legais que devem ser obedecidos, a fim de que este instrumento seja válido e eficaz após a morte do testador.

O testamento é um ato de disposição de última vontade, realizado a partir dos 16 anos de idade até o último momento que anteceder a morte, desde que o testador esteja com plenas faculdades mentais. Ele não pode ser feito por meio de terceiros, com uso de procuração, ou com a intervenção de um terceiro, para prestar assistência, eis que se trata de um ato personalíssimo.

Caso haja arrependimento, o testamento poderá ser alterado, quantas vezes desejar o testador, conforme prevê art. 1.858, do Código Civil (BRASIL, 2002), com exceção do reconhecimento de paternidade, a teor do que dispõe o art. 1.610 do Código Civil (BRASIL, 2002). Vale lembrar que o último testamento revoga os testamentos anteriores no tocante às cláusulas conflitantes com o atual. No entanto, se as disposições não forem colidentes e não houver revogação expressa quanto ao teor do testamento anterior, dois ou mais testamentos de uma pessoa só poderão ser observados simultaneamente.

O testamento público é um instrumento lavrado perante o tabelião de notas e na presença de duas testemunhas, e tem o poder de estabelecer o que deve ser feito com o patrimônio do testador após sua morte. Importante esclarecer que ele deve ser obrigatoriamente respeitado, tanto na abertura do inventário judicial quanto na do extrajudicial.

O Código Civil brasileiro prevê algumas espécies de testamento, quais sejam: o público, o particular e o cerrado. Quanto ao testamento “público”, ele é dotado de fé pública, o que faz deste instrumento um ato eficaz e autêntico, para utilização em juízo ou fora dele, fazendo prova plena. Na lavratura deste, o profissional habilitado analisará os aspectos jurídicos relativos à capacidade testamentária ativa e passiva e a observância legal do disposto na Constituição Federal e no Código Civil. Por isso, ele pode ser uma valiosa ferramenta para o planejamento sucessório.

Já o testamento particular é feito pelo próprio testador, que, muitas vezes, não tem conhecimento da lei. Ademais, por ser um instrumento particular, este instrumento fica vulnerável a perdas, a extravios, podendo, por este motivo, não ser observado no futuro.

Cumpra esclarecer que o testamento público é um instrumento dotado de fé pública, que faz prova plena e é lavrado por um Tabelião de Notas, consoante o art. 215, do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002). Isso traz segurança jurídica para o testador e para os seus herdeiros. Além disso, a nulidade ou a anulabilidade só pode ser declarada judicialmente, se for provada a existência de algum vício legal no testamento.

Dentre as vantagens de se lavrar o testamento público, e não o particular, destaca-se a possibilidade de se obter certidões do seu testamento, no caso de a original sofrer algum dano que a deteriore. Deste modo, basta dirigir-se ao tabelionato que lavrou o testamento em questão e pedir uma nova certidão, que terá o mesmo valor da original. Diferentemente do testamento público, uma vez extraviado ou deteriorado por qualquer circunstância, o testamento particular não será possível sua reprodução.

Ao contrário do testamento particular, o testamento público será conservado para o resto da vida nos livros de notas, em arquivo físico e digital, permitindo a emissão de certidão, além de haver uma central que concentra o registro de todos os testamentos públicos feitos no país. Nesta central, é possível obter certidão que indicará onde o testador lavrou seu testamento, já que todos os tabelionatos do país enviam para a central um comunicado quando da lavratura de testamento público.

Um dos aspectos que precisam ser desmistificados é o temor em relação à publicidade do testamento público, pois muitas pessoas deixavam de realizar um testamento público com medo de

ter a sua vida privada e sua intimidade aberta, até mesmo para pessoas que não tenham interesse na herança. No entanto, o testamento público configura exceção ao princípio da publicidade irrestrita dos atos notariais e registrais, já que a emissão da certidão só é permitida para terceiros, quando o testador falecer; ou para o próprio testador, em vida, pessoalmente ou por procuração.

Outro aspecto que é importante desmistificar é quanto aos valores da lavratura de um testamento público. Algumas pessoas evitam lavrar testamento por imaginarem que o valor é muito alto, no entanto isso não corresponde à realidade, pois o custo da elaboração do testamento público não é significativo em relação às garantias que pode trazer, já que é uma das formas mais seguras de dispor de bens para depois da morte, mesmo que o testamento particular não tenha nenhum custo, já que este não traz a mesma segurança de que será fielmente obedecido.

Convém lembrar, também, que o testamento permite a diminuição de metade da herança que iria para os herdeiros necessários, ou a inclusão de outros beneficiários mercedores, que não constam no rol dos herdeiros necessários; permite também a declaração do reconhecimento de paternidade ou eventual união estável, incluindo a homoafetiva, bem como a inclusão de cláusulas restritivas nos bens deixados aos herdeiros, como a de incomunicabilidade. Desta forma, pode-se dispensar a colação de certos bens doados em vida a determinados herdeiros, desde que seja da parte disponível, que é a metade dos bens do patrimônio do testador.

Ressalta-se que, se o testamento versar sobre questão patrimonial, há que se ater à regra contida no art. 1.789 do Código Civil (BRASIL, 2002), ou seja, se o testador tiver herdeiros necessários – cônjuge, descendentes e ascendentes – este somente poderá dispor da metade da sua herança. Assim, 50% do patrimônio é destinado ao cônjuge meeiro e aos herdeiros descendentes ou ascendentes, e os outros 50% são de livre disposição por parte do proprietário dos bens. Há mais – conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) preveja a igualdade entre os filhos, consoante art. 227, §6º – o testador poderá deixar a cota disponível do seu patrimônio para apenas um dos seus filhos.

Além disso, é importante que todos os bens e direitos do testador sejam contemplados no testamento, visto que, caso o falecido não tenha deixado todos os bens e direitos sucessíveis em testamento, poderá haver divergências e conflitos entre os herdeiros, justamente por causa dos bens não previstos.

Observa-se, portanto, que o inventário, que é o levantamento de todos os bens deixados pelo falecido, poderá ser feito tanto em cartório de notas quanto em juízo, mesmo quando houver testamento. Ocorre que o mais provável é que a sucessão será sem litígio no cartório, se houver o testamento, já que a possibilidade de haver conflitos é muito menor.

Nos últimos anos, Hironaka e Tartuce (2019a, p. 88) aduzem que se tem falado muito em “planejamento sucessório”, como instrumento preventivo e eficiente para evitar conflitos entre herdeiros, bem como para almejar uma distribuição da herança, conforme a vontade do morto e os ditames legais e constitucionais, de forma a prestigiar a autonomia privada e a dignidade humana.

Neste sentido, Tartuce (2019, p. 1318) esclarece que o Direito das Sucessões está baseado no direito de propriedade e na sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição

Federal de 1988) (BRASIL, 1988). Porém, mais do que isso, a sucessão *causa mortis* tem esteio na valorização constante da dignidade humana.

Com efeito, o testamento é um importante e tradicional mecanismo de planejamento sucessório no tocante aos bens deixados pelo falecido. Além das disposições de conteúdo patrimonial, o Código Civil em vigor é expresso ao prever as disposições testamentárias de caráter não patrimonial (art. 1.857, §2º) (HIRONAKA; TARTUCE, 2019b, p. 445)

Vale ressaltar que, para a lavratura de testamento, não é obrigatória a contratação de advogado, diferentemente da lavratura de inventário e de partilha, quando, então, haverá a concentração e a distribuição dos bens do patrimônio. Mas, apesar de não haver obrigatoriedade da presença de um advogado, há algumas formalidades para que seja feito o testamento público e muitas pessoas preferem contratar para se sentirem mais seguras com o assessoramento.

Deve-se esclarecer de antemão que testamento não se restringe apenas a questões de ordem patrimonial. As temáticas que podem ser contempladas em um testamento são amplas. Deste modo, por meio de um testamento, é possível designar tutor para os filhos menores, conforme traz o parágrafo único do art. 1.729, do Código Civil; designar um curador especial para cuidar do patrimônio deixado ao menor, segundo o §2º do art. 1.733, do Código Civil; destituir os pais dos menores do usufruto legal, consoante o inciso III, do art. 1.693 do Código Civil; instituir bem de família, como traz o art. 1.711 do Código Civil; reconhecer a filiação biológica ou socioafetiva; e ainda dispensar a colação de determinado bem, como aduz o art. 2.006 do Código Civil (BRASIL, 2002).

É necessário esclarecer que o testamento não impede a alienação de determinado bem, visto que, se uma pessoa (testador) deixar para outra (beneficiário) um bem em testamento, tal previsão testamentária não impedirá que o testador disponha daquele bem. Neste caso, o testador não precisará obter a aquiescência do beneficiário do seu testamento, informá-lo, ou mesmo ser obrigado a alterar esse instrumento.

Para se fazer a lavratura de um testamento público, é relativamente fácil, visto que não são exigidas as certidões de praxe, como acontece com as escrituras públicas de alienação de bens imóveis, tampouco há incidência de qualquer tipo de tributo. Com efeito, para se lavrar o testamento público, basta que o testador e as duas testemunhas apresentem tão somente os respectivos documentos de identidade.

Destaca-se que, em maio de 2020, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento nº 100, previu a possibilidade dos atos notariais eletrônicos – e-Notariado. Assim, desde maio de 2020, os cidadãos podem fazer testamentos, escrituras, procurações, entre outros documentos, em suas próprias casas, isto é, sem se deslocar até uma serventia. Isso representa um avanço no que tange à desburocratização de serviços e, por consequência, acesso à justiça, pois, quando a pessoa tem sua busca por cumprir seus direitos atendida de forma ágil e eficiente, há a consolidação do acesso à justiça.

Outro avanço importante se deu na esfera administrativa do Estado do Espírito Santo, ao possibilitar a eleição da via extrajudicial para realização do inventário, mesmo quando há



testamento público. Assim, vê-se as serventias se consolidando como uma porta de acesso à justiça, que busca atender às demandas dos cidadãos de forma célere e eficiente.

Neste sentido, o testamento público, aos poucos, tem sido desmistificado como sendo um ato que apenas seria feito por quem tivesse muitos bens e tem sido feito por pessoas que têm patrimônio médio e pequeno, de forma a evitar litígios no futuro, quando da sucessão. Neste viés, as serventias extrajudiciais têm exercido um papel de excelência ao promover uma rota eficaz no percurso da desjudicialização.

Para ter mais clareza quanto à efetividade do testamento como uma forma de desjudicialização, vamos recorrer aos dados do anuário Cartório em Números – 2022, a fim de verificar os números no que tange aos testamentos produzidos em serventias extrajudiciais e as praticidades que existem atualmente por conta do processo de inovações tecnológicas que permitem que as serventias tenham uma cobertura mais ampla e eficiente.

Para lembrar, o testamento público visa ao cumprimento da vontade do testador quando da sua morte e, assim, ajudar a coibir demandas que poderiam ser levadas ao judiciário. Neste sentido, “457 mil testamentos públicos já foram realizados no Brasil de 2006 a novembro de 2022, garantindo, assim, o fiel cumprimento da vontade do testador em relação às suas disposições pessoais e patrimoniais” (ANOREG, 2023, p. 74).

Isso revela que, em 16 anos, houve um avanço expressivo que tende a ser maior com as facilidades tecnológicas que foram implantadas nas serventias de todo o país. Apenas para entender, apenas em 2022, foram 33.685 testamentos lavrados (ANOREG, 2023, p. 74).

Além das lavraturas de testamento público, a Central Notarial tem um “Registro Central de Testamentos Online” (RCTO), que “apresenta informações acerca da existência ou não de testamento para a lavratura de inventários e partilhas, mediante a apresentação da certidão de óbito do pesquisado ou requisição judicial, pelo site <https://buscatestamento.org.br/>” (ANOREG, 2023, p. 83). Este sistema realizou mais de 352,3 mil testamentos e mais 1.3 milhão de buscas de testamentos expedidas.

Os números demonstram que as serventias são espaços de concretização da cidadania e de acesso à justiça, pois, quando um cidadão resolve lavrar um testamento público, ele, na verdade, está buscando vias que minimizem conflitos e que traga a celeridade das questões pragmáticas da vontade do testador e serenidade que deveria haver quando do passamento do testador.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do que foi discutido ao longo deste artigo, ter acesso à justiça não é meramente ter acesso ao Poder Judiciário, ao contrário, é ter acesso a uma ordem jurídica justa que contemple os escopos jurídico, social e político.

Neste sentido, o caminho da desjudicialização é uma rota para proporcionar que os cidadãos vejam os seus direitos atendidos de forma célere e eficiente. Isso não significa dizer que as pessoas “ganharão” sempre suas ações, mas que elas terão uma resposta dentro de um tempo hábil, respeitando os princípios do devido processo legal.

Na rota da desjudicialização, temos as serventias que funcionam com uma porta de acesso à justiça, capaz de atender demandas como a lavratura do testamento público que encurta caminhos e facilita a manutenção da vontade do testador, tratando isso como toda a seriedade necessária para o ato, mas também com a celeridade e praticidade que é peculiar da conduta das serventias notariais.

O planejamento sucessório é apenas uma estratégia que contempla vários instrumentos necessários para que o processo de sucessão, tão penoso pelas vias judiciais, encontre outros caminhos mais céleres e eficientes para se chegar ao fim esperado.

Um dos instrumentos do planejamento sucessório é exatamente o testamento público. Importante lembrar que o instrumento testamento público promove incontáveis benefícios não só para o testador, mas também para todos os que ficarem após o falecimento do testador, visto que a vontade da pessoa será respeitada de forma célere. Isso evitará processos que se arrastam por anos trazendo desconforto para todos aqueles que se julgam beneficiários dos bens e direitos do falecido.

Em suma, o testamento público, lavrado em serventias extrajudiciais, permite que as pessoas envolvidas se sintam satisfeitas, visto que a vontade do testador será respeitada e haverá celeridade e respeito aos direitos fundamentais, já que todo o procedimento está calcado em normas previstas na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Selene Maria de. O paradigma processual do liberalismo e o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, v. 7, n. 22, p. 20-24, 2 set. 2003. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/559>. Acesso em: 10 abr. 2023.

ANOREG - ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. **Cartório em números** – 2022. 4. ed. Brasília: ANOREG, 2023. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2022/12/Carro%CC%81rios-em-Nu%CC%81meros-Edic%CC%A7a%CC%83o-2022.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm). Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.441, de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – código de processo civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm). Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 set. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701/36324>. Acesso em: 10 abr. 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019a. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466/309>. Acesso em: 10 nov. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019b. p. 433-450, tomo I.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução de conflitos na contemporaneidade. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 241-271, set./dez. 2019. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v21\\_n3/tomo1/revista\\_v21\\_n3\\_tomo1\\_241.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf). Acesso em: 10 abr. 2023.

RODRIGUES, Aldenir Ortiz; BUSCH, Cleber Marcel; GARCIA, Edino Ribeiro; TODA, William Haruo. **IRPJ e CSLL: manual do imposto de renda, pessoa jurídica e contribuição social sobre lucro líquido**. 3. ed. São Paulo: IOB, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 9. ed. Barueri: Método, 2019.

**Como citar**: TREVIZAN, Rosana Ferreira; GORETTI, Ricardo. Crise do judiciário e o uso do testamento público como forma de prevenção de litígios. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 155-170, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p155-170. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 23/06/2023

Aprovado em: 04/08/2023

## RSE COMO INSTRUMENTO DE ADEQUAÇÃO DO TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS À AGENDA 2030 DA ONU

CSR AS A COMPLIANCE INSTRUMENT FOR WORK ON DIGITAL PLATFORMS WITH THE UN 2030 AGENDA

Nelson Sanchez Rosa\*

Lucio Faccio Dorneles\*\*

Guilherme Cardoso Antunes da Cunha\*\*\*

\*Doutorando em Direito (Universidade La Salle, UNILASALLE/RS). Mestre em Direitos Humanos (Centro Universitário Ritter dos Reis, UNIRITTER/RS)  
E-mail: nsanchez.advogado@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5930-6835>

\*\*Mestre em Direitos Humanos (Centro Universitário Ritter dos Reis, UNIRITTER/RS). Bacharel em Direito (Centro Universitário Ritter dos Reis, UNIRITTER/RS)  
E-mail: lolucio.f.d@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1595-0573>

\*\*\*Pós-Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC/RS). Doutor em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS) Mestre em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS)  
E-mail: guilherme.cunha@uniritter.edu.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1813-0335>

**Como citar:** SANCHEZ ROSA, Nelson; DORNELES, Lucio Faccio; ANTUNES DA CUNHA, Guilherme Cardoso. RSE como instrumento de adequação do trabalho nas plataformas digitais à Agenda 2030 da ONU. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 171-187, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p171-187. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** O presente estudo, por meio da pesquisa bibliográfica, analisou de que forma o conceito de responsabilidade social empresarial (RSE) poderia servir como instrumento de adequação do trabalho nas plataformas digitais das empresas que compõem a *Gig Economy* de forma a compatibilizá-lo com o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas na Agenda 2030, em particular o ODS-8, que busca a promoção global do “trabalho decente”. Destarte, a presente pesquisa encontrou robustos indícios de que a utilização extensiva dos instrumentos de regulamentação da RSE, como as “*soft law*” e as “*hard law*”, poderiam servir para exercer grande pressão econômico e social, de modo a compelir muitas empresas da *Gig Economy* a promoverem o “trabalho decente” como paradigma a todos os trabalhadores que laboram nas suas plataformas digitais, não por ideais altruístas, mas como condição primordial à continuidade e relevância de seus negócios na economia capitalista.

**Palavras-chave:** Agenda 2030; *gig economy*; plataformas digitais; responsabilidade social; trabalho decente.

**Abstract:** The present study, through bibliographic research, analyzed how the concept of corporate social responsibility (CSR) could serve as a compliance instrument for work on the digital platforms of companies that make up the Gig Economy to make

them compatible with the reach of the Sustainable Development Goals (SDGs) defined by the United Nations in the 2030 Agenda, in particular the SDG-8, which seeks the global promotion of “decent work”. Thus, the present research found strong evidence that the extensive use of CSR regulatory instruments, such as “soft law” and “hard law”, could serve to exert great economic and social pressure, in order to compel many companies in the Gig Economy to promote “decent work” as a paradigm for all workers who work on their digital platforms, not out of altruistic ideals, but as a primordial condition for the continuity and relevance of their business in the capitalist economy.

**Keywords:** Agenda 2030; gig economy; digital platforms; social responsibility; decent work.

## INTRODUÇÃO

A economia e o mercado de trabalho mundial passaram por muitas transformações nas últimas décadas, mas nenhuma causou tanto impacto quanto o surgimento da *Gig Economy*, pois esta grande evolução tecnológica capitaneada pela mais variada gama de aplicativos para telefone celular, geralmente ofertada por empresas originárias da internet, promoveu a adoção massiva de tecnologias tão disruptivas que permitiram, dentre outras coisas, a oferta e a contratação do trabalho através de plataformas digitais ou virtuais (Barbosa Junior, 2021), assim, modificando de maneira significativa às relações de emprego de milhões de pessoas em todo o planeta.

Destarte, se por um lado é inegável a importância da *Gig Economy* para a economia contemporânea global, tanto em razão do constante aumento do número de empresas, como da miríade de serviços ofertados nestas plataformas virtuais, movimentando centenas de bilhões de dólares anuais (44 Eye-Opening [...], 2022), por outro, é igualmente periclitante para o trabalhador a forma como estas empresas vêm modificando as relações de emprego, fomentando um novo modelo econômico onde aqueles com mais dinheiro podem contratar anonimamente outras pessoas através destas plataformas online e aplicativos mobile, compelindo as pessoas com menos recursos a se venderem em leilões virtuais onde “vence” quem cobrar menos pelos seus serviços (Prassl, 2018).

Posto, isto, as empresas que atuam na *Gig Economy*, através da incessante busca pelo aumento da lucratividade, costumeiramente, tendem a ignorar as legislações e normas trabalhistas nacionais nos mercados onde operam (Antunes; Filgueiras, 2020), atuando as suas margens e infringindo alguns dos direitos humanos mais elementares dos trabalhadores – o trabalho decente ou digno – comercializando os seres humanos como se fossem simples “serviços” que podem ser negociados livremente (Prassl, 2018), sem nenhum ônus para tais empresas e seus acionistas.

Nessa toada, é muito importante a busca por reflexões com o condão de trazer a lume as assimetrias causadas pelo trabalho nas plataformas virtuais e que colocam em risco os direitos humanos dos trabalhadores. Desta forma, o conceito de responsabilidade social empresarial (RSE), surge como possível ferramenta para equilibrar as vantagens econômicas trazidas pela *Gig Economy* com os objetivos do Trabalho Decente, propostos pelo ODS-8 na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) e o respeito aos direitos humanos dos trabalhadores.

## 1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, O CONCEITO DE TRABALHO DECENTE E A AGENDA 2030 DA ONU

Muito antes da criação da ONU em 1945, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) no ano de 1919, como parte integrante do Tratado de Versalhes que encerrou a Primeira Guerra Mundial. Desde o seu surgimento, a OIT tinha como maior objetivo o desenvolvimento de normas trabalhistas que assegurassem o respeito aos Direitos Humanos dentre todos os Estados



filiados à Organização, buscando dessa forma contrabalançar à modernidade trazida pela Revolução Industrial com as condições degradantes e desumanas a que eram submetidos os trabalhadores da época (Hobsbawm, 2011). Ainda, como leciona Fernanda Rodrigues Guimarães Andrade, (2012, p. 22):

As origens da Organização remontam aos problemas enfrentados pelos países da Europa Ocidental e da América do Norte como consequência da Revolução Industrial. De fato, o extraordinário desenvolvimento econômico e a modernidade que esta proporcionou vieram acompanhados da exploração e do intolerável sofrimento dos trabalhadores que alimentavam as indústrias nascentes. Nesse contexto, é possível identificar argumentos de ordem humanitária, política e econômica que culminaram na instituição da OIT.

Logo após a criação da ONU, no ano de 1946 a OIT se transformou em sua primeira agência especializada; um dos pilares centrais da OIT foi a promoção da justiça social, a promoção dos direitos dos trabalhadores, o fortalecimento do diálogo entre as partes nas relações de trabalho e a proteção do labor digno. Assim, OIT adota uma estrutura tripartite na promoção ao direito do trabalho, sendo necessária a participação do Estado, dos representantes dos empregados e, também dos empregadores, para que ocorra a responsabilidade solidária, entre todas as partes, na tomada de decisões que busquem atingir os objetivos da organização, qual sejam, o pleno emprego e as condições dignas de trabalho (Keller, 2016).

Nesta toada, no Relatório da 87ª Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra no ano de 1999, a OIT apresentou a sua definição de Trabalho Decente como sendo “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade da pessoa humana” (Barzotto, 2007, p. 127).

Posteriormente, este conceito de Trabalho Decente tornou-se uma das partes centrais para que se possa atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que foram definidos pela ONU (Assembleia Geral nº 70/1 de 2015), em particular o ODS-8, da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável em que se busca:

Promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável (OIT, [2022]).

Assim, no ano de 2015 a Agenda 2030 surgiu como uma “evolução” da Cúpula do Milênio, que havia sido realizada pela ONU no ano 2000, com oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM); rememora-se que nenhum destes objetivos tratava especificamente das condições de trabalho. No entanto, na referida Assembleia Geral realizada no ano de 2015, expandiu-se o número para dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e, desta vez, foi incluído

o Trabalho Decente como um de seus protagonistas centrais (Keller, 2016).

É importante ressaltar que a noção de Trabalho Decente integraliza tanto as dimensões quantitativas como qualitativas do emprego, no sentido de promover a busca por formas de trabalho que provenham renda suficiente para que os indivíduos e suas famílias superem a pobreza e as condições degradantes de vida, ou seja, que promova a proteção social e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Em síntese, o trabalho decente é o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos:

- a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalhador;
- b) promoção do emprego de qualidade;
- c) extensão da proteção social;
- d) diálogo social.

A OIT tem optado por manter o conceito de trabalho decente como uma concepção conceitualmente flexível e que evolui de acordo com as possibilidades da sociedade, para que assim, cada região ou país possa adotar as medidas que julgar pertinentes para erradicar todos os tipos de trabalho degradante.

## **2 GIG ECONOMY, O TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS E A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR**

No momento atual, vivenciamos a 4ª Revolução Industrial, também conhecida como “revolução digital” (Barbosa Junior, 2021), a qual será mais disruptiva do que as suas antecessoras, trazendo numa velocidade e escala sem paradigmas na história humana, uma evolução tecnológica com o condão de modificar, para sempre, a maneira como as pessoas trabalham e se relacionam (Prassl, 2018).

Neste contexto, vêm se popularizando na última década o termo *Gig Economy*<sup>1</sup> para referir-se a este novo tipo de economia<sup>2</sup>, na qual as empresas operam plataformas virtuais de intermediação do trabalho.

Em suma, a *Gig Economy* fornece instrumentos (plataformas virtuais) que possibilitam o contato direto entre pessoas e empresas para que ocorra a prestação de serviços sem nenhum

---

1 “*Gig Economy*” é um termo do idioma inglês, cuja gíria “*gig*”, da qual deriva, possui origem na década de 1920, onde os músicos de jazz norte-americanos, a utilizavam para referirem-se às apresentações de música ao vivo realizadas de forma pontual ou esporádica (Moreira, 2020).

2 Alguns autores utilizam, de forma intercambiável, termos como “Capitalismo de Plataforma”, “*Freelance Economy*”, “Economia compartilhada” ou “Economia sob demanda”, para representar esta nova economia, embora tais termos possuam significados técnicos diferentes (Aloisi, 2017).

vínculo formal de emprego. Tais serviços abarcam uma enorme variedade de opções, indo desde faxinas, entregas, motoristas particulares, atingindo até aqueles prestados por profissionais altamente qualificados como médicos, arquitetos e advogados (Mannrich, 2017).

A *Gig Economy* vem crescendo de forma avassaladora em todo o mundo nos últimos anos, onde apenas nos EUA, estima-se que cerca de 36% de toda a força de trabalho – 59 milhões de americanos – trabalham de forma autônoma ou *freelance*; além disso, se projeta que até o final de 2023, a *Gig Economy* terá um valor de mercado global de US\$ 455 bilhões de dólares, sendo os EUA, o maior mercado, acompanhado pelo acelerado crescimento em diversos outros países como Índia, Indonésia, Austrália, Reino Unido e Brasil (44 Eye-Opening [...], 2022).

Assim, o Brasil também segue um caminho semelhante de crescimento da *Gig Economy*, pois somente no ano de 2021, as repercussões causadas pela pandemia no mercado de trabalho nacional, fizeram com que mais de 11,4 milhões de brasileiros começassem a utilizar as plataformas digitais como fonte de renda primária ou secundária. Outrossim, considerando números absolutos, se estimativa que cerca de 20% da população adulta brasileira, ou seja, mais de 32 milhões de pessoas, utilizam algum tipo de plataforma virtual para fins profissionais (Plataformas [...], 2022).

Cabe salientar que o trabalho prestado de forma autônoma ou *freelance* não é exatamente uma novidade, sendo que já ocorria muito antes do surgimento da internet, no entanto, muitos acreditam que somos testemunhas oculares de uma controversa revolução (Sinicki, 2019). De um lado, uma miríade de pessoas (especialmente, consumidores) celebram a *Gig Economy* como a reinvenção do mercado de trabalho, um vislumbre do futuro do capitalismo e da inovação que as plataformas online de trocas de bens e serviços podem trazer às pessoas. De outro, um número substancialmente menor de indivíduos (geralmente, os próprios trabalhadores que laboram para as empresas da *Gig Economy*) observam com receio a forma como estas novas empresas de tecnologia estão desregulamentando o mercado de trabalho nos países aonde atuam (Moreira, 2020), ao avançarem sobre espaços outrora protegidos pelo direito do trabalho – infringindo legislações e normas trabalhistas ao redor do mundo – e, obviamente, impedindo a plena implementação do Trabalho Decente promovida pela Agenda 2030 da ONU.

O panorama atual da *Gig Economy* é, sem dúvidas, bastante periclitante para o trabalhador, sobretudo, se olharmos para os avanços obtidos no passado e que agora estão em xeque. Outrossim, o Tratado de Versalhes instituiu em seu artigo 427, o princípio fundamental segundo o qual “o trabalho não há de ser considerado como mercadoria ou artigo de comércio”. Este postulado foi incorporado posteriormente pela OIT através da Declaração da Filadélfia no ano de 1944, cujo anexo estabelece: “o trabalho não é uma mercadoria” (Winn, 2014); ainda, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos que está prestes a completar 74 anos, aduz em seu artigo 23 que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (ONU, 1948).

Ocorre que a despeito dos grandes avanços obtidos na maioria dos países do mundo, na campo do desenvolvimento social humano e das relações de trabalho no último século, a “revolução” causada pela *Gig Economy* trilha um caminho diametralmente oposto ao destes avanços, pois

mascara as relações de emprego através da tecnologia, onde por atrás das telas retangulares dos smartphones e das lindas interfaces de aplicativos como Uber, 99 e iFood, se esconde o trabalho realizado pelas pessoas, qual é livremente comercializado e vendido nas plataformas virtuais; neste escabroso contexto, os próprios seres humanos são vendidos como se fossem meros “serviços” (Prassl, 2018).

Neste contexto, Jean Tirole cita as palavras de Robert Reich, que foi secretário de trabalho dos EUA, durante a presidência de Bill Clinton:

Novas tecnologias permitem que praticamente qualquer emprego possa ser dividido em tarefas discretas e passíveis de serem picotadas entre trabalhadores no momento desejado, com uma remuneração determinada pela demanda por esse *job* específico num momento específico (Tirole, 2020, p. 431).

Ainda, em tom semelhante, Lukas Biewald, CEO do CrowdFlower<sup>3</sup>, fez um interessante, ainda que inquietante, comentário sobre o trabalho nas plataformas digitais:

Antes da Internet, seria realmente difícil encontrar alguém, sentar-se com ele por dez minutos, fazer com que ele trabalhasse para você e, em seguida, despedi-lo após esses dez minutos. Mas com a tecnologia você pode realmente encontrar essas pessoas, pagar-lhes uma pequena quantidade de dinheiro e, em seguida, livrar-se delas quando não forem mais necessárias (Prassl, 2018, p. 4, tradução nossa).<sup>4</sup>

Assim, se por um lado há evidência de que os trabalhadores que laboram por meio das plataformas virtuais estão tendo os seus direitos trabalhistas lesados, igualmente, não se pode desprezar o impacto econômico ocasionado pelas empresas da *Gig Economy*, visto que popularizaram o acesso a diversos bens e serviços através do desenvolvimento de tecnologias tão disruptivas que modificaram para sempre os mercados onde atuam como, por exemplo, a Uber, no setor dos transportes. Destarte, sintetiza Adam Sinicki sobre a *Gig Economy*:

Há abundância de trabalho e contratos de curto prazo. Isso é impulsionado por empresas que contratam funcionários para projetos individuais e os pagam por cada tarefa executada ou por hora, em vez de lhes oferecer um contrato de trabalho de longo prazo. Isso geralmente se aplica a entrega de comida, serviços de táxi e até mesmo para a mão de obra qualificada, como programação e engenharia (Sinicki, 2019, p. 26, tradução nossa).<sup>5</sup>

---

3 CrowdFlower foi uma empresa americana, pioneira na utilização de plataforma digitais para a intermediação de prestação de serviços. Ela foi vendida em março de 2019 para a empresa Appen por US\$ 300 milhões.

4 No original: “Before the Internet, it would be really difficult to find someone, sit them down for ten minutes and get them to work for you, and then fire them after those ten minutes. But with technology, you can actually find them, pay them a tiny amount of money, and then get rid of them when you don’t need them anymore”.

5 No original: “There are plenty of work and short-term contracts. This is driven by companies that hire employees for individual projects and pay them for each task performed or by the hour, rather than offering them a long-term employment contract. This often applies to food delivery, taxi services, and even for skilled labor such as programming and engineering”.

Também é relevante ressaltar que na *Gig Economy* alguns tipos de trabalhadores levam vantagem em relação a outros tipos de profissionais. Os trabalhadores altamente qualificados são certamente a classe mais beneficiada, pois tem acesso a uma remuneração mais elevada e ainda conseguem ter flexibilidade nas horas trabalhadas, melhorando consideravelmente a sua qualidade de vida. Os trabalhadores de nível intermediário, por outro lado, estão sendo cada vez mais pressionados, seja pela possibilidade da automação, da terceirização e até mesmo pelo uso de plataformas de trabalho sob demanda para substituir as suas atribuições laborais. Isto é, aqueles que ainda conseguem se manter em seus empregos, pois estes profissionais quando buscam recolocação no mercado acabam encontrando grandes dificuldades. No entanto, Diane Mulcahy acredita que os trabalhadores na base da pirâmide social e sem formação acadêmica também podem se beneficiar com a *Gig Economy*, senão vejamos:

*A Gig Economy [...] não vai eliminar trabalhos ruins e os trabalhadores mal pagos, mas o que ela pode fazer é oferecer uma mudança positiva para esses trabalhadores de baixa instrução. Na Gig Economy esses trabalhadores têm a oportunidade de obter mais controle, mais flexibilidade e autonomia em suas vidas profissionais (Mulcahy, 2016, p. 12, tradução nossa).<sup>6</sup>*

Essa linha de pensamento e visão positiva sobre a *Gig Economy* não é unânime; Adam Sinicki possui entendimento frontalmente diverso, vejamos:

Infelizmente, esse tipo de acordo muitas vezes beneficia essas empresas muito mais do que os *freelancers* que trabalham para elas. Em resumo, os trabalhos como motorista e entregador de comida vêm com todas as desvantagens de trabalhar para apenas uma organização (torna-se mais difícil conciliar outro trabalho, você recebe o mínimo de flexibilidade sobre quais trabalhos você deve assumir e quando, etc.) se torna mais difícil alternar entre trabalhos, você tem uma flexibilidade mínima [...] e todas as desvantagens de ser um trabalhador autônomo (sem contrato de trabalho, sem salário fixo, sem seguridade social (Sinicki, 2019, p. 17-18, tradução nossa).<sup>7</sup>

No entanto, para outros autores, a *Gig Economy* não passa de uma ilusão ou farsa, semelhante ao Turco Mecânico<sup>8</sup> que encantou a Europa e o mundo no final do século XVIII e

<sup>6</sup> No original: “*The Gig Economy [...] will not eliminate bad jobs and underpaid workers, but what it can do is provide positive change for these low-educated workers. In the Gig Economy these workers have the opportunity to gain more control, more flexibility and autonomy in their working lives*”.

<sup>7</sup> No original: “*Unfortunately, this type of arrangement often benefits these companies far more than the freelancers who work for them. In short, jobs like driver and food delivery come with all the downsides of working for just one organization (it makes it harder to juggle another job, you get minimal flexibility about what jobs you should take on and when, etc.) it becomes more difficult to switch between jobs, you have minimal flexibility [...] and all the disadvantages of being self-employed (no work contract, no fixed salary, no social security)*”.

<sup>8</sup> O Turco foi uma máquina de jogar xadrez supostamente provida de inteligência artificial construída na segunda metade do século XVIII. De 1770 até sua destruição num incêndio em 1854, foi exibido por vários proprietários como um autômato, apesar de o seu funcionamento ter sido revelado no início da década de 1820 como uma elaborada farsa. Construído em 1770 por Wolfgang von Kempelen (1734-1804) para impressionar a Imperatriz Maria Teresa da Áustria, o mecanismo parecia ser capaz de jogar uma partida contra um forte oponente humano, assim como executar o problema do cavalo, onde o Cavalo deve ser movimentado no tabuleiro de modo a ocupar cada casa somente uma vez. O Turco era na verdade uma ilusão mecânica que permitia a um jogador de xadrez escondido a operar a máquina. Com um operador habilidoso, venceu a maioria dos jogos que disputou durante suas

início do século XIX. Essa é o pensamento de Jeremias Prassl:

Embora sua fraude tenha sido descoberta há muito tempo, o Turco Mecânico ainda pode nos ensinar uma lição importante hoje em dia: ao pensar sobre a *Gig Economy*, é crucial olhar além dos termos contratuais das plataformas e de sua tecnologia poderosa. Vamos descobrir inovações digitais fascinantes e oportunidades genuínas de empreendedorismo - mas não devemos permitir que isso nos leve a um mundo de excepcionalismo tecnológico. O produto da *Gig Economy*, antes de mais nada, é o trabalho. Lembre-se sempre do pequeno jogador de xadrez escondido dentro da caixa. Sob a superfície brilhante de nossos telefones, tablets e computadores, por trás dos rápidos aplicativos que facilmente nos permitem solicitar todos os tipos de produtos e serviços, alguém, em algum lugar, está trabalhando (Prassl, 2018, p. 9, tradução nossa).<sup>9</sup>

Destarte, é possível notar que as empresas da *Gig Economy* adotam diversos tipos de subterfúgios para mascararem as relações de emprego, vestindo o trabalhador com o falso manto do empreendedorismo individual e, com isto, conseguindo operar às margens das normas trabalhistas vigentes nos mercados em que atuam (Barbosa Junior, 2021). Este *modus operandi*, representa evidente risco aos trabalhadores, pois na incessante busca pela maximização de seus lucros, estas empresas ignoram o direito do trabalho, permitindo e, muitas vezes, até incentivando, que os trabalhadores laborem em condições degradantes, assim, se afastando, completamente, do conceito de trabalho decente, entabulado pela OIT e objetivado pela Agenda 2030 da ONU.

Cabe salientar, que tanto no Brasil<sup>10</sup>, como na União Europeia<sup>11</sup> – além de, quantitativamente, na maioria dos países membros da ONU (Mannrich, 2017) – os Direitos Humanos dos trabalhadores – previstos nas normas trabalhistas internacionais (OIT) – restaram positivados na forma de direitos fundamentais, para fins de resguardar o equilíbrio das relações de emprego e, principalmente, para proteger os direitos mais elementares dos trabalhadores.

Isto, posto, neste temerário contexto da nova economia, o trabalho humano é transformado em verdadeiro *commodity* que pode ser negociado livremente, sem qualquer tipo de ônus para as

demonstrações pela Europa e América por quase 84 anos, incluindo desafiantes famosos como Napoleão Bonaparte e Benjamin Franklin. Embora muitos suspeitassem de um operador humano escondido, o *hoax* foi inicialmente revelado somente na década de 1820 por Robert Willis (O turco, 2023).

<sup>9</sup> No original: “Although its fraud was discovered long ago, the Mechanical Turk can still teach us an important lesson today: when thinking about the Gig Economy, it is crucial to look beyond the platforms’ contractual terms and their powerful technology. We will discover fascinating digital innovations and genuine opportunities for entrepreneurship – but we must not allow this to lead us into a world of technological exceptionalism. The product of the Gig Economy, first and foremost, is work. Always remember the little chess player hiding inside the box. Beneath the shiny surface of our phones, tablets and computers, behind the fast apps that easily let us order all kinds of products and services, someone, somewhere, is at work”.

<sup>10</sup> De acordo com Lourival José de Oliveira (2017) em âmbito nacional, restaram positivados no texto constitucional (sob a forma dos direitos fundamentais) tanto a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), como a definição de trabalho digno – direito à livre-iniciativa (art. 1º, IV, CF/1988), o trabalho como um direito social (art. 6º da CF/1988), proteção do trabalho avulso em condições de igualdade com o trabalho com vínculo (inserido no art. 7º, XXXIV, CF/1988), proteção contra a automação (art. 7º, XXVII da CF/1988), não discriminação entre o trabalho técnico, manual ou intelectual (art. 7º, XXXII da CF/1988), valorização do trabalho humano (art. 170 da CF/1988), objetivos do bem-estar e da justiça social (art. 193 da CF/1988).

<sup>11</sup> “Direitos trabalhistas, são direitos humanos”. Este é um princípio expresso no Capítulo sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia (CFREU), um dos instrumentos de direitos humanos mais desenvolvido, abrangente e legalmente vinculativo do mundo (Dorssemont, 2019).



empresas da *Gig Economy* e seus acionistas, em detrimento aos Direitos Humanos dos trabalhadores.

### 3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

No momento atual, A responsabilidade social empresarial (RSE) se trata de um conceito difícil de definir, parametrizar, pois é um constructo complexo e dinâmico que vem crescendo e ganhando importância tanto acadêmica como empresarial desde os anos 1950 ao ponto de na atualidade, deste século XXI, tornar-se uma das partes centrais na tomada da maioria das decisões empresariais.

Em razão desta amplitude de conceitos sobre a RSE, muitos autores apontam a definição proposta pela Comissão Europeia em seu Livro Verde no ano de 2001, como aquela que melhor consegue abarcar as diversas dimensões do termo, assim, considerando a RSE como “um conceito no qual as empresas integram preocupações sociais e ambientais nas suas operações e na sua interação com os seus stakeholders numa base voluntária” (República Portuguesa [2022]).

Por, isto, segundo o Eurocid (República Portuguesa, [2022]), a Comissão Europeia considera a RSE como um comportamento que as empresas adotam voluntariamente e para além de prescrições legais, porque consideram ser do seu interesse a longo prazo; a RSE está intrinsicamente associada ao conceito de desenvolvimento sustentável, no sentido de que as empresas devem integrar nas suas operações o impacto econômico, social e ambiental; a RSE não se trata de um “acréscimo” opcional às atividades nucleares de uma empresa, mas sim à forma como são geridas.

Em síntese, a RSE engloba três características primordiais:

- a) as empresas devem pensar em gerar lucro aos seus acionistas, mas prestando atenção aos aspectos sociais e ambientais;
- b) devem ter comportamentos éticos e demonstrar um alto nível de integridade e transparência;
- c) devem estar envolvidas na comunidade onde operam melhorando o seu bem-estar e fornecendo suporte através da filantropia ou de outros meios que tenham disponíveis (Gonçalves; Pedra, 2020).

Outro ponto bastante relevante é que no modelo de gestão empresarial capitalista as empresas, a priori, possuem muitas partes interessadas (*stakeholders*) que são aquelas afetadas pelas decisões da empresa, assim, as partes interessadas podem ser os investidores que aportam o capital, os trabalhadores assalariados, os terceirizados, os fornecedores, a mídia, as autoridades locais nos países onde atuam e até mesmo os seus clientes, vizinhos e a comunidade em geral

(Lopes, 2015).

Para autores como Carroll e Shabana (2010), um dos principais motivos das empresas adotarem políticas de RSE se deve a forte pressão exercida pelos *stakeholders*, assim, para estas empresas é fundamental responderem adequadamente a tais interesses para que seja possível desenvolver uma relação de confiança entre todas as partes interessadas nas suas decisões.

Assim, no contexto atual do século XXI, onde se vivencia o mundo globalizado e, altamente, conectado através da internet, onde há uma miríade de formas de comunicação instantânea interpessoal, bem como, redes sociais massivas com bilhões de usuários e alcance mundial, os *stakeholders*, mais do que nunca, podem tanto fomentar o engajamento social e gerar aumento no valor das empresas, quanto, em sentido oposto, também conseguem dar vazão a impactos muito negativos na sua reputação – com a conseguinte desvalorização de suas ações nas bolsas de valores, diminuição do valor de mercado, redução do *rating* da empresa, etc. – através da divulgação de informações depreciativas a sua imagem, organização ou modelo de negócios, podendo, inclusive, organizar boicotes com enorme repercussão e adesão (Stocker *et al.*, 2019).

Logo, se pode considerar que as ações de RSE podem se tornar, verdadeiro, divisor de águas na organização empresarial, com o condão de impactar de forma bastante positiva a relação da empresa com os seus colaboradores, com a comunidade, com os seus clientes, com os fornecedores e, até mesmo, com os acionistas (Kliksberg, 2013). Igualmente, não deve ser negligenciado o fato da adoção da RSE proporcionar a criação de novas oportunidades de negócios, além de fortalecer as relações existentes com os parceiros habituais.

Neste contexto, o modelo de gestão capitalista repousa sobre dois grandes princípios: a criação de valor e a responsabilização. Assim, em relação à responsabilização, “a empresa deve ser incitada a levar em conta o custo de suas decisões para as diferentes partes interessadas” (Tirole, 2020, p. 199); logo, é justamente pela questão da responsabilização que muitos fundos de investimento se posicionam de modo a não alocarem recursos em empresas que entendam não corresponder aos critérios da RSE, o que por sua vez, aumenta a competição entre as empresas (que buscam tais investimentos) e estimula a que um número maior de companhias passe a aderir a RSE, iniciando um novo ciclo de busca por modelos de governança sustentável.

Destarte, a RSE não deve ser vista como moda passageira, simples estratégia de marketing e relações públicas ou até mesmo como ação filantrópica realizada pelas empresas, pois na realidade se trata de um fenômeno que deve ser compreendido como um processo evolutivo muito mais profundo com o condão de modificar a própria compreensão daquilo que se entende como empresa privada, sendo que a sua origem advém, sobretudo, da mobilização de fortes demandas sociais (Lopes, 2015).

Neste diapasão, para Bernardo Kliksberg a responsabilidade social empresarial se trata do reconhecimento que:

A iniciativa privada é um motor essencial da economia, e que a sua atividade deve ser promovida e facilitada, mas que, precisamente por isso, devido ao seu enorme impacto na vida dos cidadãos, deve ser considerada como uma instituição social

com responsabilidades qualificadas, devendo assim ser considerada (Kliksberg, 2005, p. 2, tradução nossa).<sup>12</sup>

Neste mesmo sentido, para Tirole (2020, p. 205):

A responsabilidade social da empresa, o investimento socialmente responsável ou o comércio justo não são nada incompatíveis com uma economia de mercado; muito pelo contrário, representam uma resposta ao mesmo tempo descentralizada e parcial [...] à questão da provisão dos bens públicos.

Um outro conceito que justifica a RSE é o da “licença para operar”, onde a comunidade autoriza a empresa para que ela possa desenvolver suas atividades sendo que, em troca, a empresa deve ajudar a promover o desenvolvimento e o bem-estar social daquela comunidade. Seguindo este paradigma, que deveria ser aplicado, sobretudo, pelas empresas que compõe a *Gig Economy*, mais do que apenas a busca incessante pela maximização do lucro, estas empresas devem ser responsáveis pelos seus trabalhadores, pela comunidade e por outros *stakeholders*. Tal argumento, se encontra em consonância com as estratégias de longo prazo da RSE, que buscam a viabilidade futura da atividade empresarial, com o desenvolvimento sustentável e a fomentação de ambiente econômico favorável.

Uma métrica importante para que se possa aferir a efetividade da RSE, deve utilizar seis critérios: (i) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos trabalhadores e promovam seu desenvolvimento; (ii) transparência e boa governança na administração da empresa; (iii) honestidade com os consumidores; (iv) uma política positiva de proteção ambiental; (v) Trabalhar com políticas públicas e sociedade civil para forjar alianças estratégicas para abordar os principais problemas coletivos; (vi) rejeição do duplo código de ética que permite a coexistência de discursos de responsabilidade social e a corrupção de funcionários públicos para ganho empresarial (Silva; Knoerr, 2013).

Apesar de seus muitos aspectos positivos, a RSE não deixa de ser alvo de fortes críticas. Por um lado, alguns autores como Milton Friedman (1970) referem que a única responsabilidade social das empresas é aumentar os lucros de seus acionistas, defendendo que não existe nenhuma razão econômica para que as empresas conheçam os problemas sociais ou que tenham competências para resolvê-los. Por outro, há autores seguem um caminho diametralmente oposto, direcionando suas críticas ao caráter “voluntário” da RSE, pois “a função social da empresa, somente se realiza mediante mecanismos de controle das atividades econômicas de uma forma geral e de instrumentos específicos para cada setor” (Silva; Knoerr, 2013, p. 447).

Ainda que muitas empresas afirmem que a resposta mais conveniente e rápida ao processo de globalização econômica seria a flexibilização das leis trabalhistas – visto que devido a brutal concorrência, seria muito difícil competir com nações onde não existem leis que protejam os

---

<sup>12</sup> No original: “*la empresa privada es un motor esencial de la economía, y que sus actividades deben ser promovidas y facilitadas pero que, justamente por eso, por su enorme incidencia en la vida de los ciudadanos, tiene que ser considerada como una institución social con responsabilidades calificadas, y debe autoconsiderarse de este modo*”.

direitos dos trabalhadores –, esta linha de pensamento tornaria a tese da responsabilidade social corporativa uma grande falácia, transformando-a num discurso vazio e sem sentido. Assim, para que as empresas possam, verdadeiramente, cumprir com suas responsabilidades e funções sociais, se faz necessário tanto a pressão social como o uso de efetivos métodos de controle (Kliksberg, 2013).

Em relação as possibilidades de regulamentação da RSE estas podem ser oriundas de normas de origem estatal (*hard law*) e não estatal/voluntárias (*soft law*). Em relação a estas últimas, predominam as normas denominadas como voluntárias e de consenso, pois representam a padronização e regulação técnica necessária para o desenvolvimento das atividades empresariais nos mais diversos setores e segmentos da economia (Gonçalves, 2020).

Neste contexto das *soft laws*, as certificações são utilizadas como modelo de padronização e observância da responsabilidade social, podendo referir-se, a nível global, como uma das mais relevantes a *Social Accountability Certification SA 8000* que se trata norma internacional de avaliação da RSE para empresas fornecedoras e vendedoras, baseada em convenções da OIT e da ONU, estabelecendo padrões dos impactos sociais voltados à relação de trabalho e as práticas socialmente responsáveis no ambiente de trabalho (Silva *et al.*, 2015), como por exemplo, a própria implementação do Trabalho Decente promovido pela OIT e pela Agenda 2030 da ONU.

Igualmente relevante é a certificação ISO 26000 que é reconhecida como a primeira norma internacional de responsabilidade social, pois ela vai além de uma simples certificação, pois fornece orientação sobre como empresas e organizações podem operar de maneira socialmente responsável, através de um conjunto de boas práticas e de princípios de sustentabilidade que objetivam promover a inovação social, a atuação de maneira ética, transparente e que contribua para a saúde e o bem-estar social (SGS DO BRASIL, 2019).

No entanto, a maior iniciativa de *soft law* para a regulação da RSE no mundo é o programa da Organização das Nações Unidas denominado *Global Compact*, que tem como objetivo mobilizar a comunidade empresarial na promoção de valores fundamentais afeitos às áreas de direitos humanos, relações de trabalho e meio ambiente (Kliksberg, 2013).

No Brasil, se pode citar duas iniciativas de regulamentação por meio de *soft law*: (i) o Índice de Sustentabilidade Empresarial da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (ISE/BOVESPA) e (ii) a ABNT NBR 16001 (Silva *et al.*, 2015).

Em relação as chamadas *hard laws*, a RSE pode ser regulada através da promulgação de leis específicas pelo Estado, neste sentido, é comum em diversos países regramentos para instrumentar a regulação da RSE a partir do balanço social destas empresas.

Neste conceito, é possível deduzir que o balanço social pode ser utilizado como um instrumento de *hard law* para viabilizar a prestação de contas aos *stakeholders* por meio de relatórios não financeiros que avaliam aspectos sociais, ambientais e econômico para alcançar uma dupla função: ser um instrumento de gestão sustentável e um meio de comunicação entre a organização e a sociedade como um todo. Ainda, a partir da premissa de que a empresa tem obrigações que extrapolam o campo da atividade econômica, ou seja, que as empresas devem ser

responsivas à sociedade, devendo plantear boas práticas e programas de governança voltados a atingir resultados na preservação do meio ambiente e de respeito aos Direitos Humanos, foram editadas diversas leis que regulamentaram os elementos essenciais do balanço social (Dall’agnol; Carmona, 2021).

## CONCLUSÃO

No presente artigo, se buscou investigar e analisar de que forma o conceito de RSE poderia servir como paradigma na tentativa de se conciliar o trabalho nas plataformas digitais com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pela ONU na Agenda 2030, em particular o ODS-8, que busca promover o Trabalho Decente para todos.

Desta forma, se pode concluir que através da utilização extensiva dos instrumentos de regulamentação da RSE, tanto os de *soft law* como os de *hard law*, seria possível pressionar e, assim, compelir as empresas que compõe a *Gig Economy* a promoverem o Trabalho Decente para a ampla gama de trabalhadores que laboram em suas plataformas virtuais.

Neste diapasão, compreende-se que a maioria das empresas da *Gig Economy* não têm meios de fugir-se a enorme pressão que poderia ser exercida pelos *stakeholders*, sobretudo, na atual conjuntura de mundo globalizado do séc. XXI, onde a comunicação instantânea e as redes sociais possuem força para ditar tendências e, até mesmo, de fomentar o boicote a determinadas condutas, marcas ou empresas.

Destarte, a responsabilidade social empresarial possui o condão de suscitar a implementação de medidas que promovam o Trabalho Decente nas plataformas digitais, atendendo às expectativas dos trabalhadores, dos consumidores e da sociedade em geral; assim, é possível, por meio da RSE, apresentar iniciativas que possam ser adotadas para equilibrar os efeitos positivos e negativos da *Gig Economy*, tanto a nível local, quanto global, de forma a se preservar os direitos humanos dos trabalhadores (na forma entabulada pela Agenda 2030 da ONU), fazendo essa nova economia funcionar para todos, como um modelo de negócio sustentável no qual todas as pessoas podem desfrutar dos benefícios e inovações das plataformas digitais, sem as mazelas da exploração do trabalho humano, quando realizado de forma desregulamentada e injusta.

## REFERÊNCIAS

44 EYE-OPENING gig economy statistics for 2022. **Velocity Global**, Denver, 10 may 2022. Disponível em: <https://velocityglobal.com/blog/gig-economy-statistics/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

ALOISI, Antonio. The role of European institutions in promoting decent work in the “collaborative economy”. In: BRUGLIERI, Maurizio. **Multidisciplinary design of sharing services**. Milano: Springer, 2017. p. 161-182. Disponível em: <https://www>.

lavoroeconomiadigitale.it/pdf/papers/02/01/4.Aloisi.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. **Direitos humanos dos trabalhadores**: uma análise da declaração da organização internacional do trabalho sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2012.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-43, abr./jul. 2020.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. **Gig Economy e contrato de emprego**: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. 2. ed. São Paulo: LTR, 2021.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da organização internacional do trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARROLL, Archie B.; SHABANA, Kareem. The business case for corporate social responsibility: a review of concepts, research and practice. **International Journal of Management Reviews**, Nova Jersey, v. 12, n. 1, p. 85-105, 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228118692>. Acesso em: 2 jul. 2022.

DALL'AGNOL, Philippe; CARMONA, Paulo A. Cavichioli. A regulamentação da responsabilidade social empresarial: entre a ortodoxia e heteronomia normativa. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 330-350, 2021. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v20n2.20253>

DORSSEMONT, Filip *et al.* **The charter of fundamental rights of the European union and the employment relation**. London: Bloomsbury Publishing, 2019.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. **The New York Times Magazine**, New York, 13 set. 1970. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>. Acesso em: 2 ago. 2022.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 3, p. 529, 2020.

HOBSBAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KELLER, Werner. **O direito ao trabalho como direito fundamental**: instrumentos de efetividade. 2. ed. São Paulo: LTR, 2016.

KLIKSBERG, Bernardo. **Ética para empresários**: por qué las empresas y los países ganan con la responsabilidad social empresarial. Buenos Aires: Distal, 2013.

KLIKSBERG, Bernardo. **Responsabilidad social empresarial**: moda a demanda social. Madrid: Fundación Carolina de España, 2005. Disponível em: <https://www.econo.unlp.edu.ar/frontend/>



media/88/10988/96ec54036dada3b4ed47f8dcb0c92bbd.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

LOPES, Marta Maria Cordeiro. **A influência dos Stakeholders na responsabilidade social empresarial estratégica**. 2015, f. 336. Tese (Doutorado em Marketing) - Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/10038/1/Tese\\_Out\\_2015\\_Final\\_Juri.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/10038/1/Tese_Out_2015_Final_Juri.pdf). Acesso em: 03 ago. 2022.

MANNRICH, Nelson. Futuro do direito do trabalho: no Brasil e no mundo. **Revista LTR**, São Paulo, v. 81, n. 11, p. 1287–1300, dez. 2017.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre o trabalho 4.0. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 86, p. 152-167, mar. 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/170751>. Acesso em: 6 ago. 2022.

MULCAHY, Diane. **The gig economy**: the complete guide to getting better work, taking more time off, and financing the life you want. New York: AMACOM, 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=mP3nDAAAQBAJ&lpg>. Acesso em: 13 ago. 2022.

O TURCO. **Wikipédia**, California, mar. 2023. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/O\\_Turco](https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Turco). Acesso em: 21 ago. 2023.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. História da OIT. Brasília, DF: **OIT**, [2022]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

OLIVEIRA, Lourival José. Os princípios do direito do trabalho frente ao avanço tecnológico. *In*: FINCATO, Denise Pies; VIDALETTI, Leilane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho II**. Curitiba: CRV, 2017. p. 289-300.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos/direitos-humanos.php>. Acesso em: 5 ago. 2022.

PLATAFORMAS auxiliam quem busca trabalho autônomo no país. **O Globo**, São Paulo, ago. 2022. Disponível em: <http://www.agenciaoglobo.com.br/dinonews/Default.aspx?idnot=94913&tit>. Acesso em: 22 ago. 2022.

PRASSL, Jeremias. **Humans as a service**: the promise and perils of work in the gig economy. Oxford: Oxford University Press, 2018.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Conceito e marcos importantes na responsabilidade social. Lisboa: **Eurocid**, [2022]. Disponível em: <https://eurocid.mne.gov.pt/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

SGS DO BRASIL. ISO 26000: diretrizes para responsabilidade social. São Paulo: **SGS**, July 2019. Disponível em: <https://www.sgsgroup.com.br/pt-br/news/2019/07/iso-26000-responsabilidade-social>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SILVA, Eduardo Aguiar *et al.* Investimentos em Ações de Responsabilidade Social no Brasil: uma Análise Quantitativa. **Revista de Administração, Sociedade e Inovação**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.20401/rasi.1.1.21>

SILVA, Marcos Alves da; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos. Responsabilidade social das empresas e subcidadania: pautas para uma reflexão de índole constitucional. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 435-453, ago. 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/611>. Acesso em: 3 jul. 2022.

SINICKI, Adam. **Thriving in the gig economy**: freelancing online for tech professionals and entrepreneurs. United States: Apress, 2019. Disponível em: [https://www.amazon.com.br/dp/1484240898/ref=rdr\\_kindle\\_ext\\_tmb](https://www.amazon.com.br/dp/1484240898/ref=rdr_kindle_ext_tmb). Acesso em: 13 ago. 2022.

STOCKER, Fabricio *et al.* Teoria de redes de influências de stakeholders: uma abordagem revisitada. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 673-688, nov. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395176683>

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

WINN, Joss. **Labour is not a commodity**: mapping out assumptions on “labour” in the co-operative movement. Lincoln: Joss Winn, nov. 2014. Disponível em: <https://joss Winn.org/2014/11/27/labour-is-not-a-commodity-mapping-out-assumptions-on-labour-in-the-co-operative-movement/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

**Como citar**: SANCHEZ ROSA, Nelson; DORNELES, Lucio Faccio; ANTUNES DA CUNHA, Guilherme Cardoso. RSE como instrumento de adequação do trabalho nas plataformas digitais à Agenda 2030 da ONU. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 3, p. 171-187, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p171-187. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/07/2023

Aprovado em: 16/08/2023

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO E OFICIAL DE REGISTROS E QUESTÕES CONTROVERSAS

THE CIVIL LIABILITY OF THE NOTARY AND  
REGISTRY OFFICER AND CONTROVERSIAL  
MATTERS

**Murilo Meneguello Nicolau\***  
**Roberto Wagner Marquesi\*\***

**Como citar:** NICOLAU, Murilo Meneguello; MARQUESI, Roberto Wagner. A responsabilidade civil do notário e oficial de registros e questões controversas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 188-202, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p188-202. ISSN: 2178-8189.

\*Mestrando em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR)  
E-mail: murilo.nicolau01@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7974-8016>

\*\*Doutor em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP). Mestre em Direito Civil (Universidade de São Paulo, USP/SP)  
E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1959-0808>

**Resumo:** O presente trabalho debate questões da responsabilidade civil do notário e pontos controversos acerca do tema 777, julgado em repercussão geral pelo STF no ano de 2019. Os serviços notariais e registrais são exercidos em caráter privado, por delegação administrativa clássica. A responsabilização de tabeliães e oficiais de registro sempre foi questão controversa, a Constituição Federal de 1988 expressa que a lei disciplinará a responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro. Isto significa, primariamente, que esta não se dará nos mesmos moldes de uma eventual responsabilização do estado. O tema 777/STF consagrou tese em repercussão geral a responsabilização do estado diretamente pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros. Naquele mesmo ano o STF julgou o tema 940, de repercussão geral, consolidando o entendimento de que o agente público não responde diretamente perante a vítima por eventuais danos causados a terceiros no exercício de atividade pública. Contudo, a interpretação conjunta de ambos os julgamentos em repercussão geral tem causado respostas jurídicas absolutamente distintas. Na presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, um método que utiliza a dedução lógica de fatos para chegar a determinadas conclusões. Partindo de pressupostos básicos que propiciaram substrato e fundamento para o desenvolvimento da pesquisa proposta, chegando-se às conclusões formais, resultado do estudo.

**Palavras-chave:** notário; oficial de registro; responsabilidade civil; tema 777

**Abstract:** The present work discusses the civil liability of the notary and controversial points on the theme 777/STF ruled in general repercussion by the STF in 2019. The accountability of notaries and registry officers has always been a controversial issue, the federal constitution of 1988 states that the law will regulate the civil liability of notaries and registry officer. This means, primarily, that their civil liability will not take place in the same way as the states. The theme 777/STF enshrined the thesis in general repercussion that state directly responsible for the acts of notaries and official registrars who, in the exercise of their functions, cause damage to third parties. That same year, the STF ruled on theme 940/STF. Also in general repercussion, consolidating the understanding that the public agent is not directly liable for any damage caused to third parties in the exercise of public activity. However, the joint interpretation of both judgments in general repercussion has caused absolutely different legal responses. In this research, the deductive method was used, a method that uses the logical deduction of facts to get to certain conclusions. The research starts from basic assumptions that provided further substrate and foundation for the development of the proposed research, reaching the formal conclusions, results of the study.

**Keywords:** notary; registration officer; civil liability; theme 777

## INTRODUÇÃO

No contexto jurídico da Constituição Federal de 1988, o artigo 236 prevê que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (Brasil, 1988) que pouco se assemelha à delegação administrativa clássica, sendo espécie adotada pelo constituinte específica à delegação das atribuições de notas e registros.

Como exemplo disso a Constituição Federal estatui que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

O regime de responsabilização, como será debatido no decorrer desse estudo, também é diferente do regime comum da administração pública.

Ao bem da verdade, a única diferença entre esta carreira e as demais carreiras profissionais da Administração Pública, é que nesta também se ingressa através de concurso público de provas e títulos.

Nesse contexto *sui generis* em que estariam inseridos, como amplamente difundido pela doutrina, a responsabilização de tabeliães e oficiais de registros sempre foi questão amplamente debatida, vez que seu papel social e jurídico é de absoluta importância e destaque nas relações econômicas, transacionando direitos e transpondo segurança e fé pública às mais diversas tratativas jurídicas que lhe são apresentadas.

Seguindo o ditame de que a responsabilidade dessa categoria será regulada por lei especial, a Lei nº 8.935, de 1994, comumente denominado Estatuto do Notário e do Registrador, exsurge como regramento aplicado à atividade, dispondo, em seu artigo 22 a responsabilização destes particulares em colaboração com o Estado (Brasil, 1994).

Contudo, a visão jurisprudencial e legal do tema foi alterando-se no decorrer do tempo, chegando em seu ápice atual com o Tema 777 do STF não tendo, contudo, encerrado os debates marginais à presente temática, como será apresentado adiante (Brasil, 2019b).

A questão submetida para julgamento no Tema 777 do STF envolvia a discussão, à luz dos arts. 37, § 6º, e 236 da Constituição Federal, a extensão da responsabilidade civil do Estado em razão de dano ocasionado pela atuação de tabeliães e notários. Debate-se ainda sobre o tipo de responsabilidade civil, se objetiva ou subjetiva, que rege a atuação dos registradores e tabeliães (Brasil, 1988). O Leading Case trata-se do RE 842846, de origem do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC.

Na presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, um método que utiliza a dedução lógica de fatos para chegar a determinadas conclusões. Partindo de pressupostos básicos que propiciaram substrato e fundamento para o desenvolvimento da pesquisa proposta, chegando-se às conclusões formais, resultado do estudo.

Em um primeiro momento o trabalho trata do enquadramento jurídico da responsabilidade civil dos tabeliães e cartorários, passando para o efetivo regramento da responsabilidade dos Agentes e do Estado por atos de tabeliães e registradores, incluindo o posicionamento atual do STF e seus efeitos práticos.

## 1 O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TABELIÃES E CARTORÁRIOS

Desde a época do *the King can do no wrong* a responsabilidade civil do Estado e de seus Agentes Públicos é controversa. Remontando à Constituição Federal, de 1824, esta estatuiu em seu Artigo 99 que “a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (Brasil, 1824).

Quanto à responsabilidade civil do Estado e de seus Agentes, o artigo 179, XXIX, do mesmo diploma constitucional excluía toda e qualquer responsabilidade civil do Estado e previa que “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos” (Brasil, 1824).

Adotava-se, assim, a teoria da irresponsabilidade do Estado, referido ente não estava sujeito à prática de atos ilícitos, mas seus agentes sim, seja a título de culpa ou de dolo. Sem dúvidas eram outros tempos, em que a visão da responsabilização civil sequer era muito debatida.

Já na atualidade, na época da Constituição Cidadã, a Constituição Federal de 1988, as diretrizes e fundamentos são outros. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

Observa-se, assim, que da irresponsabilidade estatal à adoção da responsabilidade administrativa do Estado pelos atos praticados por seus Agentes, a responsabilização do Estado passou por um caminho legislativo, assentando-se, contemporaneamente, na adoção da responsabilidade objetiva do Estado pela prática de atos realizados por seus agentes, assegurando-o direito de regresso face a estes agentes quando presentes dolo ou culpa.

Referida mudança constitucional é consequência da adoção de uma nova visão acerca da natureza dos órgãos públicos pela qual, sendo o órgão público compartimento estatal ao qual são atribuídas determinadas funções, não seria visualizada personalidade jurídica aos órgãos, de forma que a vontade administrativa seria expressa por seus Agentes Públicos.

Coadunando-se a isto, a posição atual da jurisprudência é no sentido de que tendo ocorrido o fato da administração, o dano e havendo nexos causal entre eles, cabe ao Estado, para se eximir do dever de indenizar, a comprovação de alguma das excludentes da responsabilidade, que são caso:

- (i) Fortuito e força maior;
- (ii) Fatos de terceiros ou
- (iii) Culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Ocorre que o constituinte de 1988 expressou, no artigo 236, § 1º, que a “Lei regulará as



atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos” (Brasil, 1988). Isto significa que, apesar da possibilidade de sua responsabilização por eventuais danos decorrentes do exercício da função que lhe é delegada, esta não se dará nos mesmos moldes de uma eventual responsabilização do Estado:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses (Brasil, 1988).

Referido tratamento diferenciado em muito está associado à própria estrutura jurídica adotada pelo Brasil às atividades de notas e registros públicos. Pela leitura conjunta do regime aplicado à atividade, os tabeliães e oficiais de registros seriam um *tertium genus* do gênero jurista, entre o jurista estatal e o privado, não compondo a estrutura estatal como agentes públicos em sentido estrito, mas como particulares em colaboração com o Estado, conforme célebre definição cunhada por Celso Antônio Bandeira de Melo.

Apesar de haver posição contrária da doutrina, como será debatido adiante, o próprio artigo 37, § 6º, da Constituição Federal deixa claro que apenas **as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos** previstos naquele parágrafo (Brasil, 1988).

A lição de Walter Ceneviva (2009, p. 58) complementa referida colocação cerca do enquadramento jurídico do notário e do oficial, concluindo que o notário ou o oficial seria agente público, materializando o poder do Estado, mesmo exercendo a atividade em caráter privado:

O serviço registrário faz de seu titular um delegado do Poder Público com a possibilidade, nos limites da lei, de proceder, examinar, julgar, representar, resolver quanto se refira às questões que lhe sejam pertinentes. Afirma, pois, sua condição de prestador de serviço público, ou, melhor ainda, de agente público. Ele recebe, com a delegação, competência e autoridade para cumprir funções estatais que visam a realização de fins públicos.

[...]

O titular da serventia de registros e notas é agente público: atua o poder do Estado, razão da pública administração, mesmo sendo exercente de atividade com caráter privado.

Destaca-se, como outrora mencionado, que os tabeliães e oficiais de registros não se enquadram como pessoas jurídicas de direito público e nem de direito privado prestador de serviços públicos, sequer possuindo personalidade jurídica vez que sua responsabilização está atrelada ao

profissional do direito que desenvolve a atividade que lhe é delegada.

Reiterando esta configuração atribuída à atividade notarial e registral, prevê o artigo 21 da Lei 8.935 de 1994.

Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços (Brasil, 1994).

Ensina Martha El Debs (2018, p. 1805) que “O artigo 21 de referida Lei não deixa margem de dúvidas ao tratar o notário ou oficial como um gestor, gerente, administrador de entidade, distinguindo-o da entidade administrada”.

Sob este panorama, a dupla condição de agente público e atuante em caráter privado suscita a persistência da responsabilidade do Estado pelos danos causados, como decorrência do disposto no art. 37, §6º, da Constituição.

Tratando-se especificamente da responsabilidade do tabelião e oficiais de registro, a Constituição Federal prevê em seu artigo 236 que a lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário (Brasil, 1988).

A redação original do artigo 22, da Lei 8.934, de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro, era extremamente controversa e, com base nela, o Superior Tribunal de Justiça reconhecia a responsabilidade objetiva dos tabeliães e notas e oficiais “Art. 22 Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos” (Brasil, 1994).

Em 2016 sobreveio a Lei 13.286, que alterou a redação do artigo 22 da Lei 8.935, de 1994, modificando disposição acerca da responsabilidade aplicada aos tabeliães e registradores: “Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso” (Brasil, 2016).

A própria justificativa da Lei 13.286, de 2016, explicitava a intenção de alterar a forma de responsabilização dos tabeliães e registradores para os moldes dos tabeliães de protesto, já que a Lei de Protestos, Lei 9.492, de 1997, prevê em seu artigo 38 a responsabilização subjetiva do tabelião do protestos: “O projeto de lei ora apresentado tem, pois, o objetivo de alterar o art. 22

da Lei nº 8.935/94, para definir a responsabilidade civil de notários e registradores nos mesmos termos em que foi delimitada a responsabilidade civil dos tabeliães de protestos” (Brasil, 1997).

Assim, após referida alteração, conforme ensina Martha El Debs (2018, p. 1806) “Só por abuso, excesso, desídia, imprudência ou negligência os delegatários podem ser diretamente responsabilizados. E estes elementos são justamente os componentes da culpa ‘lato sensu’, que será necessária para a sua responsabilização.”

Indo adiante quanto à autoria do dano e responsabilidade do tabelião e registrador, ensina Walter Ceneviva (2009, p. 72) que não tem interesse a autoria do dano, seja ela pelo registrador, por auxiliar ou escrevente de sua contratação, o oficial é responsável:

Assim, considerada a predominância do direito constitucional, a um primeiro exame do artigo 22 da Lei nº 8.935/94, a autoria do dano, pelo registrador, pelo auxiliar ou escrevente da sua contratação, não tem interesse para determinar a reparabilidade de seus efeitos: o oficial é responsável.

Isso porque o tabelião e o registrador responsabilizam-se pelos atos de seus funcionários e prepostos, cabendo direito de regresso, como ordinariamente estatui a nossa legislação.

## 2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DE TABELIÃES E REGISTRADORES

Tratada a questão da responsabilidade civil do tabelião e registrador, passa-se agora para a responsabilidade do Estado. Exclusiva já se sabe que ela não é, mas seria ela subsidiária? Em quais casos?

Sendo o notário e o registrador agentes delegados, que atuam em colaboração com o Estado, é evidente a possibilidade de responsabilização do Poder Público por atos praticados por estes agentes que atuam em colaboração com o Estado, exercendo atividade eminentemente pública, resta evidenciada a possibilidade de responsabilização do Poder.

Conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 249), os agentes públicos são todos aqueles que exercem funções estatais, podendo ser classificados em agentes políticos, servidores públicos ou particulares em colaboração com o Poder Público. Nesta última categoria estão incluídos os tabeliães e registradores oficiais, os quais, sem perderem sua qualidade de particulares, exercem função tipicamente pública.

Ensina Martha El Debs (2018, p. 1808), em posição anterior ao julgamento pelo STF do tema 777, que a responsabilidade do Estado pelos atos do tabelião ou do notário seria subsidiária e objetiva:

Acerca da responsabilidade do Estado, prevalece que é subsidiária. Aqueles que advogam também pela responsabilidade do Estado juntamente com a do titular do serviço, defendem que, em que pese a omissão legislativa neste sentido, é de se destacar que, sendo um serviço estatal prestado em nome o Estado por meio

de delegação, não há como afastar a responsabilidade destes agentes do regime geral instituído pelo art. 37, §6º da Constituição Federal, pelo qual o ente público responde de forma objetiva pelos danos causados aos cidadãos em virtude de sua conduta.

Isso se daria, segundo a autora, pois o notário e registrador seriam agentes delegados que atuam em colaboração com o Poder Público.

Hely Lopes Meirelles (1996, p. 75), na clássica obra denominada Direito Administrativo Brasileiro, define os agentes delegados como particulares que recebem a incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público e a realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante:

Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.

Passemos à análise do Tema 777, também decidido em repercussão geral e que é específico aos notários e registradores.

### 3 STF E O JULGAMENTO DO TEMA 777

O caso concreto apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no tema 777 teve origem no Estado de Santa Catarina, onde o então requerente pleiteou indenização por dano material por suposto erro Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de sua comarca na elaboração da certidão de óbito de sua esposa, o que teria lhe impedido de obter benefício previdenciário entre 2003 e 2006 (Brasil, 2019b).

Segundo consta do relatório do voto do Relator, E. Ministro Luiz Fux, em primeira instância o Estado de Santa Catarina foi condenado ao pagamento de indenização pelos danos materiais experimentados pelo autor.

Em sede de apelação o Estado de Santa Catarina sustentou que não poderia responder pelo dano, vez que a responsabilidade civil por danos decorrentes de atos praticados por cartórios e tabelionatos recairia exclusivamente na pessoa física titular do ofício, não cabendo, assim, ao Estado responder por atos de gestão de unidade que supostamente não integra a estrutura do ente estatal.

O TJSC negou provimento ao recurso do Ente Federativo atribuindo “ao Estado a responsabilidade objetiva direta, e não subsidiária, por atos praticados por tabeliães e registradores, por força do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988”. Referido julgamento ensejou a

interposição do Recurso Extraordinário pelo Ente Federativo, julgado em repercussão geral pelo STF.

Em seu voto, o E. Relator Ministro Luiz Fux entendeu pela responsabilização do Estado diretamente pelos atos dos seus agentes, inclusive pelos atos de tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros:

Nessa perspectiva, considerando que i) os titulares das serventias de notas e registros exercem função de natureza pública, ii) o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, iii) os atos desses agentes estão sujeitos à fiscalização pelo ente estatal e iv) as atividades notariais e de registro são remuneradas mediante a percepção de emolumentos, cuja natureza jurídica é de taxa, consigno que tabeliães e registradores oficiais são agentes públicos, que exercem suas atividades in nomine do Estado. Nesse prisma, uma vez que o Estado responde diretamente pelos atos dos seus agentes, reconheço a responsabilidade estatal direta pelos atos de tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa (Brasil, 2019b).

O voto do Relator, por fim, prevaleceu, conhecendo o recurso e negando provimento ao Recurso Extraordinário, bem como reconhecendo a responsabilização direta do Estado pelos danos causados pelas serventias extrajudiciais, assentando o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.

O ponto nodal do voto reside na conjugação da legislação acerca da responsabilidade civil do estado e dos atos de tabeliães e registradores oficiais.

Os serviços notariais e de registro, mercê de exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, CF/88), não se submetem à disciplina que rege as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. É que esta alternativa interpretativa, além de inobservar a sistemática da aplicabilidade das normas constitucionais, contraria a literalidade do texto da Carta da República conforme a dicção do art. 37, § 6º, que se refere a pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, ao passo que notários e tabeliães respondem civilmente enquanto pessoas naturais delegatárias de serviço público, consoante disposto no art. 22 da Lei nº 8.935/94 [...] (Brasil, 2019b).

Ressalte-se que a incidência da responsabilidade objetiva depende de expressa previsão normativa, não admitindo interpretação extensiva ou ampliativa. Como cediço, a responsabilidade objetiva exsurge como exceção e deve estar expressamente contida em norma constitucional ou legal. Não cabe presumi-la, tal qual informa o art. 927, parágrafo único do Código Civil, que dispõe: 'haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'. Assim, prestigiando uma leitura compromissada com a harmonia do sistema jurídico pátrio, descabe ao intérprete constitucional realizar uma interpretação extensiva e analógica na

matéria (Brasil, 2019b).

Um dos pontos mais importantes deste voto é a questão da interpretação extensiva e analógica da dicção do art. 37, § 6º, que se refere a pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, ao passo que notários e tabeliães respondem civilmente enquanto pessoas naturais delegatárias de serviço público (Brasil, 1988).

Walter Ceneviva (2009, p. 63), por exemplo, defende posição de que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal estenderia o adjetivo *jurídicas* às pessoas de direito privado, sem excluir desta última categoria as pessoas físicas (naturais). A seguir:

Seja qual for o nome dado, o serviço, o cartório, a serventia, o ofício de justiça “privado” não é pessoa jurídica. Não tem personalidade jurídica, porque esta é do Estado, embora possa tê-la tributária ou judiciária. Contudo a solução é simples, o § 6º do art. 37 da CF estende o adjetivo jurídicas às pessoas de direito privado, sem excluir desta última categoria as pessoas físicas (naturais). Se o espírito da lei fosse o de aludir apenas às pessoas jurídica de direito privado, não careceria da construção adotada, pois indicaria pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos, usando a conjunção alternativa e não a aditiva.

Afastando, assim, a tese defendida por Walter Ceneviva esclareceu-se a impossibilidade de equiparação entre notários e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

O E. Relator destacou que o art. 236 da Constituição Federal que a Lei disciplina a responsabilidade civil desses agentes colaboradores do poder público e que, portanto, há um regime especial para os agentes públicos delegados.

Luiz Guilherme Loureiro (2021, p. 123), contudo, tece duras críticas à posição adotada pelo STF ao lecionar a tese na forma como decidida pelo Tribunal Constitucional contraria o entendimento da doutrina e jurisprudência constitucional dos países que adoram os mesmos sistemas de notariado e registros públicos:

Esse modo de organização dos serviços de segurança preventiva, segundo os diversos países que o adotam (ex. Espanha e Inglaterra em tema de sistema registral imobiliário e a maioria dos países europeus que adota o notariado latino) tem a vantagem de exonerar os cofres públicos de arcar com indenização por responsabilidade objetiva e ser mais adequado à proteção dos cidadãos, pois obrigam os profissionais do direito a agir com cautela redobrada e a estabelecer, por meio de seus colégios e associações, um fundo de cotização destinado à reparação de danos provocados por dolo ou culpa.

Ampliando as digressões acerca do decisum proferido no Tema 777, o autor, Tabelião de Notas em Hortolândia/SP, aponta, ainda, a omissão acerca da aplicação da Teoria da Dupla Garantia, aplicada à administração pública quando da responsabilização pelos danos ocasionados por seus agentes, concluindo que a vítima poderia optar por mover a ação por perdas e danos



diretamente contra os Estados e o DF, sem necessidade de comprovação de culpa, ou então contra o notário e o registrador, mas em tal hipótese lhe caberia o ônus da prova da existência de ato culposo praticado por tais agentes ou seus prepostos.

Acerca da supramencionada teoria, o Supremo Tribunal Federal, no mesmo ano de 2019, julgou o tema 940, de Repercussão Geral, consolidando o entendimento de que o agente público não responde diretamente perante a vítima por eventuais danos causados a terceiros no exercício de atividade pública: a pessoa prejudicada deve ajuizar ação contra o ente público ao qual está o agente vinculado, que posteriormente regressará contra este quando demonstrada presença de dolo ou culpa. Assim, a tese aprovada pela Corte dispõe que:

A teor do disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 2019a).

O debate daquele *decisium* abordou a questão da dupla garantia. A Constituição Federal preserva tanto o cidadão quanto o agente público, consagrando a dupla garantia. Protege-se o indivíduo, que se encontra em situação de subordinação (no mínimo probatória) face ao Estado, de modo que a responsabilidade do ente justamente é objetiva. Ao mesmo tempo garante-se salvaguarda ao funcionário público, vez que poderá apenas ser acionado em ação regressiva que comprove presença de dolo ou culpa.

A controvérsia submetida ao Supremo naquele caso versa acerca do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, combinado com o artigo 122 da Lei nº 8.112, de 1990, e o alcance dos preceitos no tocante à responsabilidade civil estatal e à dos agentes públicos.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1990).

Consta do voto do Relator, E. Ministro Marco Aurélio, que justamente em razão do princípio da dupla proteção, poderia o cidadão escolher contra quem demandar:

O dispositivo é inequívoco ao estabelecer, em um primeiro passo, a responsabilidade civil objetiva do Estado. Na cláusula final, tem-se a dualidade da disciplina, ao prever direito de regresso da Administração na situação de culpa ou dolo do preposto responsável pelo dano.

Consoante o dispositivo, a responsabilidade do Estado ocorre perante a vítima,

fundamentando-se nos riscos atrelados às atividades que desempenha e na exigência de legalidade do ato administrativo. A responsabilidade subjetiva do servidor é em relação à Administração Pública, de forma regressiva [...]

A Constituição Federal preserva tanto o cidadão quanto o agente público, consagrando dupla garantia. A premissa ensejadora da responsabilidade civil do Estado encontra guarida na ideia de justiça social. A corda não deve estourar do lado mais fraco. O Estado é sujeito poderoso, contando com a primazia do uso da força. O indivíduo situa-se em posição de subordinação, de modo que a responsabilidade objetiva estatal visa salvaguardar o cidadão. No tocante ao agente público, tem-se que esse, ao praticar o ato administrativo, somente manifesta a vontade da Administração, confundindo-se com o próprio Estado. A possibilidade de ser acionado apenas em ação regressiva evita inibir o agente no desempenho das funções do cargo, resguardando a atividade administrativa e o interesse público.

À vítima da lesão – seja particular, seja servidor – não cabe escolher contra quem ajuizará a demanda. A ação de indenização deve ser proposta contra a pessoa jurídica de direito público ou a de *direito privado prestadora de serviço público* (Brasil, 1988, grifo nosso).

Porém, como outrora fomentado por Loureiro, seria a dupla garantia aplicável também ao notário e registrador? Este talvez seja o ponto mais controverso da atualidade na questão da responsabilidade civil do notário e do registrador.

Este foi justamente o ponto abordado pelo TJDFT no acórdão nº 1296531, de relatoria da Des. Leila Arlanch, da 7ª Turma Cível. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu que o STF estabeleceu premissa no tema 940 segundo a qual o autor do dano é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de responsabilidade civil, devendo ela ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO CÍVEL - APELAÇÃO - ALIENAÇÃO DE IMÓVEL - FRAUDE - VARAS CÍVEIS - COMPETÊNCIA - TEMAS 777 E 940 DA REPERCUSSÃO GERAL - ILEGITIMIDADE DO TABELIÃO - ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR - LEGITIMIDADE DO OFICIALATO - PARADIGMA - DISTINGUISHING - AUSÊNCIA - EXCLUSÃO INDEVIDA - PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO E DA CONFIANÇA - GRAVE VIOLAÇÃO - NULIDADE DO PROCESSO DECLARADA DE OFÍCIO. 1. De acordo com as normas inscritas nos artigos 25 e 31 da Lei 11.697/08, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal?, somente são apreciadas pelas varas especializadas de registro público as demandas que versem acerca dos atos notariais propriamente ditos. Ao contrário, compete às varas cíveis julgarem as causas, veiculadas por meio de pedido reparatório, acerca da responsabilidade civil oriunda da função cartorária. 2. O STF, ao apreciar o RE 842.846 - RG (tema 777) e reconhecer a responsabilidade civil objetiva do Estado para reparar danos causados a terceiros pelos tabeliães, assegurando o dever de regresso contra o responsável, consignou que ?a responsabilidade do Estado, é direta, primária e solidária?, premissa que permitia concluir que, além da já reconhecida possibilidade de questionamento da

responsabilidade subjetiva do delegatário, a responsabilidade objetiva do Estado incidiria na modalidade solidária. 3. Em julgado posterior - RE 1.027.633 - RG (tema 940), o STF estabeleceu a premissa segundo a qual, "a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato?". Portanto, a partir daí, os notários tornaram-se partes ilegítimas para ocuparem o polo passivo das demandas reparatórias, quando os oficialatos passaram a responder por eventuais danos oriundos do exercício das funções delegadas. 5. Quando não há excepcionalidade que autorize a aplicação da técnica do *distinguishing*, o afastamento da tese de repercussão geral viola o princípio do devido processo legal, decorrente da não observação do comando do artigo 927, III, também dirigido aos juízes. Entendimento contrário, no caso em que já houve a indevida extinção em relação ao oficialato, também afrontaria os princípios da segurança jurídica, da proteção e da confiança, acarretando grave prejuízo ao autor, pois o feito seria definitivamente extinto em face da superveniente ilegitimidade passiva do notário. 6. Preliminar de ilegitimidade passiva do tabelião acolhida. Preliminar de nulidade do processo suscitada e acolhida de ofício. Sentença cassada. Mérito prejudicados (Brasília, 2020).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (São Paulo, 2021), por outro lado, entendeu que também para os casos de responsabilização do notário ou do registrador a decisão do Supremo Tribunal Federal que fixou a tese de ilegitimidade do agente público para figurar no polo passivo da ação de reparação de danos ajuizada tem força vinculante e deve ser, obrigatoriamente, ser observada pelos demais Tribunais.

Entendeu-se que apesar do STF não ter discutido se a tese da dupla garantia se aplica também aos titulares das serventias extrajudiciais, o art. 22 da Lei nº 8.935/94 prevê, expressamente, a possibilidade de o particular lesado ajuizar a ação diretamente contra os notários e registradores.

Referidas decisões apenas revelam que há ainda muitíssimo o que se debater acerca da responsabilização do notário e registrador e que a questão ainda não está pacificada no judiciário brasileiro, mesmo após o julgamento do tema 777.

## CONCLUSÃO

Se antes a Constituição Federal de 1824 excluía toda e qualquer responsabilidade civil do Estado referente a atos dos Empregados Públicos, como era denominados à época, com a mudança da visão constitucional acerca do papel e responsabilidade da Administração Pública, a visão acerca da sua responsabilização civil também se alterou.

Ocorre que os tabeliães e oficiais de registros não se enquadram como pessoas jurídicas de direito público e nem de direito privado prestador de serviços públicos, sequer possuindo personalidade jurídica vez que sua responsabilização está atrelada ao profissional do direito que desenvolve a atividade que lhe é delegada.

A questão ficava ainda mais complexa com a leitura feita pelo STF acerca da forma de responsabilização do agente com base na Lei 9.934, de 1994, que não tinha qualquer menção a dolo ou culpa, ensejando no reconhecimento pelo STF da responsabilidade objetiva dessa classe de agentes públicos. Em razão disso sobreveio a Lei 13.286, de 2016, que acrescentou ao corpo da lei que os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, *por culpa ou dolo*.

O debate no Tema 777 resume-se à possibilidade ou não de equiparação entre notários e registradores a pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Reconheceu-se naquele julgamento que a Administração Pública responde objetivamente pelos danos causados pelos notários e registradores, que por sua vez apenas responderão em caso de dolo e culpa.

Restou claro, contudo, que a resposta dada pelo STF em relação à responsabilidade civil do notário e registrador diante do julgamento do tema 777 pelo STF foi insuficiente, pois não abordou devidamente questões relacionadas à dupla-proteção e deixou espaço, inclusive, para interpretações ainda mais abrangentes do regime jurídico aplicável a esses profissionais.

Como resultado, novos embates jurisprudenciais estão se encaminhando ao Supremo Tribunal Federal, buscando esclarecer e aprofundar as discussões sobre a responsabilidade civil desses agentes do sistema notarial e registral. É essencial que esses embates sejam enfrentados para que se alcance uma jurisprudência mais precisa, capaz de proporcionar segurança jurídica tanto aos notários e registradores quanto aos cidadãos que dependem de seus serviços.

Assim, espera-se que o STF possa revisitar essa questão e contribuir para uma compreensão mais completa e atualizada do tema, promovendo a segurança e a efetividade do sistema registral e notarial no país.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988 Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html). Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.html). Acesso em: 2 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113286.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113286.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18935.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm). Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19492.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.492%2C%20DE%2010,d%C3%ADvida%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.492%2C%20DE%2010,d%C3%ADvida%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1027633.** Responsabilidade civil, indenização, réu agente público artigo 37, § 6º, da constituição federal. Alcance admissão na origem, recurso extraordinário provimento. Relator: Min. Marco Aurélio, 14 de dezembro de 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 842.846/SC.** Direito administrativo. Recurso extraordinário. repercussão geral. dano material. atos e omissões danosas de notários e registradores. tema 777. Relator: Min. Luiz Fux, 27 de fevereiro de 2019b.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão nº 1296531.** Professora estadual contratada pela Lei 500/74 Impediente que pleiteou guia médica para fins de inspeção em perícia médica, a fim de prorrogar sentença-saúde Indeferimento Direito assegurado pelo artigo 26, da Lei 500/74 e pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo dispensa unilateral. Relatora Des. Leila Arlanch, 4 de novembro de 2020.

CENEVIVA, Walter. **Livro dos registros públicos comentada.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEBS, Martha El. **Legislação notarial e de registros públicos:** comentadas, doutrina, jurisprudência e questões de concursos. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos.** São Paulo: Método, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 10016049420188260083.** Data de Julgamento: 07/01/2021, 33ª Câmara de Direito Privado. Relator Luiz Eurico, 7 de janeiro de 2021.

**Como citar:** NICOLAU, Murilo Meneguello; MARQUESI, Roberto Wagner. A responsabilidade civil do notário e oficial de registros e questões controversas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 3, p. 188-202, nov. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n3p188-202. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/05/2023

Aprovado em: 21/09/2023

**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 português, inglês e espanhol. 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 até 25 laudas):** deverão apresentar estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental deverão 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.

**2.1.1. Os artigos deverão conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. O(s) co-autor(es) devem possuir a titulação mínima de mestrando.**

**2.1.2. Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), serão publicados, aproximadamente, apenas 2 (dois) artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná por edição, os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

• **O número de vagas será delimitado conforme o cálculo da porcentagem de exogenia. De acordo com os critérios de classificação e reclassificação da CAPES – área do Direito, o cálculo da porcentagem de exogenia é realizado considerando o número total de autores por volume. Assim, para definir a quantidade de autores paranaenses, e conseqüentemente, o número de vagas por edição, é necessário considerar o número total de autores por número.**

**2.1.3. É permitido até 3 (três) autores por artigo. Quanto aos artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná, dar-se-á preferência aos artigos com até 2 (dois) autores,**



em razão do grau de exogenia.

**2.1.4. Na ocasião da publicação, os autores, preferencialmente, não deverão possuir publicações nos 3 (três) últimos números das revistas.**

**2.1.5.** A temática dos artigos deverá estar inserida em uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (1- Relações negociais no Direito Privado; 2- Acesso à justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais; 3- Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais).

**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 e ORCID;
- 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 Times New Roman, 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, devem ser grafadas com a primeira letra em maiúsculo e separadas por ponto e vírgula;
- **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, 2003b). 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) (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 Autores que publicam nesta revista concordam a nossa Declaração de Direitos Autorais.

### 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. Recomenda-se 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. Artigos com pesquisas que contenham dados específicos de pessoas e/ou resultados de experiências com seres humanos deverão vir acompanhados com parecer autorizativo, emitido por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP). Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) são colegiados interdisciplinares e independentes, com “múnos público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP).

7. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

8. Sugerimos a leitura da obra “PEREIRA, Maurício Gomes. **Artigos científicos: como redigir, publicar e avaliar.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014”.

9. Para orientação na elaboração e formatação do artigo, disponibilizamos este [template](#).

#### **DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL**

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

a) Os(as) autores(as) mantêm os direitos autorais e concedem à revista o direito de primeira publicação, sendo o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](#), permitido o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria do trabalho e publicação inicial nesta revista.

b) Os(as) autores(as) têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não-exclusiva da versão do trabalho publicada nesta revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial nesta revista.

c) Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho em linha (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) após o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (Veja [O Efeito do Acesso Livre](#)).

d) Os(as) autores(as) dos trabalhos aprovados autorizam a revista a, após a publicação, ceder seu conteúdo para reprodução em indexadores de conteúdo, bibliotecas virtuais e similares.

e) Os(as) autores(as) assumem que os textos submetidos à publicação são de sua criação original, responsabilizando-se inteiramente por seu conteúdo em caso de eventual impugnação por parte de terceiros.

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 Scientia Iuris. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

#### **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.

Em relação a dados eventualmente submetidos ao cadastro de usuários em qualquer condição (autores, leitores, pareceristas, editores), garante a sua privacidade e seu uso exclusivamente acadêmico, em conformidade com o Art. 4º, inciso II, alínea “b”, da [Lei Geral de Proteção de Dados](#).

Nos artigos, entrevistas ou resenhas publicados, serão incluídos os dados pessoais dos autores, a saber: nome completo, filiação e última formação acadêmica, endereço de e-mail e ORCID.