

Organizadores

Brenda de Paula Cunha
Dedierre Gonçalves da Silva
Esther Sanches Pitaluga
Leonardo Sobral Moreira
Nathan Kamiyama Marques

DIREITO

EM EVOLUÇÃO

ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITO

Este livro é um marco especial que supera uma simples reunião de artigos; é verdadeira alegria encartada. Nesta obra, você conhecerá uma seleta reunião de artigos que foram escritos por profissionais reconhecidamente competentes e que seguem um propósito firme de garantir a missão institucional do IEAD: elevar o estudo jurídico e o aprofundamento intelectual ao máximo. Desde 2017, na reunião em que fundamos o IEAD, esse propósito já nos era claro. A concretização dessa obra reforça a manutenção dessa importante missão, cuja relevância só aumenta com o tempo. Com efeito, o estudo continua sendo o caminho pelo qual devemos guiar nossos passos rumo à excelência. Por isso, alegra-nos ver pessoas de tamanho gabarito seguindo a passos firmes essa importante caminhada. Aos leitores, esperamos que a obra os incentive a atender esse importante chamado: escrevam como forma de aprofundar seus conhecimentos, debater ideias e cooperar ativamente na construção de um Direito mais sólido em nosso país. Nunca essa missão foi tão urgente e nunca essa participação será tão útil.

Eliseu Silveira
Rafael Brasil
Sandro Lucena
Fundadores do IEAD

ISBN 978-65-6006-284-9



9 786560 062849 >





DIREITO

EM EVOLUÇÃO

ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITO

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
Ilustração da Capa: Adriana Cristina Ferreira de Paula Cunha
Edital 2023

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito em evolução : estudos avançados em direito /

Organizadores : Brenda de Paula Cunha, Dedierre Gonçalves da Silva, Esther Sanches Pitaluga, Leonardo Sobral Moreira, Nathan Kamiyama Marques. -- 1. ed. -- Belo Horizonte: Editora Expert, 2026.
408 p. : il.

ISBN: 978-65-6006-284-9

1. Direito – Brasil. 2. Direito Civil. 3. Direito Processual. 4. Estudos avançados. I. Cunha, Brenda de Paula et al. (org.). II. Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD). III. Título.

CDD 340.0981

Índices para catálogo sistemático:

1. Pesquisa jurídica – Brasil	340.072
2. Direito – Evolução – Teoria	340.1
Ruth Almeida Nonato	CRB6-3580/O

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Gladston Mamede
Advogado e escritor

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Leonardo Ferreira Vilaça
Universidade de Itaúna – UIT e Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura
Universidade Estadual De Montes Claros

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

PREFÁCIO

O Direito é uma construção coletiva. Ele nasce do diálogo, amadurece na divergência e se fortalece quando diferentes vozes se reúnem para pensar, questionar e propor caminhos. É exatamente nesse espírito que surge esta obra.

O Instituto de Estudos Avançados em Direito – IEAD foi criado com a convicção de que a produção jurídica não pode permanecer estática. O Direito precisa respirar o seu tempo, dialogar com a realidade social e abrir espaço para novas perspectivas. Desde a sua fundação, em 2017, o Instituto tem se dedicado a fomentar o pensamento jurídico crítico, plural e comprometido com a evolução das instituições e da sociedade.

Esta coletânea representa, portanto, muito mais do que a reunião de textos acadêmicos. Ela é resultado de encontros, debates, inquietações e experiências compartilhadas por profissionais que acreditam que o conhecimento jurídico precisa ser constantemente revisitado, aprofundado e ampliado.

Cada capítulo aqui apresentado carrega a marca da reflexão séria e do compromisso com a qualidade intelectual. São análises que dialogam com temas contemporâneos, enfrentam desafios práticos do Direito e propõem novas leituras sobre questões que impactam diretamente a sociedade.

Para o IEAD, incentivar a produção científica e a circulação do conhecimento é parte essencial de sua missão institucional: promover o desenvolvimento do pensamento jurídico por meio de estudos, eventos, pesquisas e publicações que contribuam para o avanço da ciência jurídica e para o fortalecimento da cidadania.

Como Presidente do Instituto, sinto profunda alegria em apresentar esta obra. Ela simboliza o trabalho coletivo de uma comunidade jurídica comprometida com o estudo, com a ética e com a construção de um Direito mais consciente de seu papel social.

Que estas páginas inspirem novas pesquisas, provoquem reflexões e estimulem o diálogo acadêmico. Mais do que oferecer

respostas definitivas, esperamos que este livro seja um convite permanente ao pensamento crítico e à busca por um Direito cada vez mais humano, democrático e transformador.

Boa leitura.

Esther Sanches Pitaluga

Presidente do Instituto de Estudos Avançados em Direito – IEAD

ORGANIZADORES

Brenda de Paula Cunha
Dedierre Gonçalves da Silva
Esther Sanches Pitaluga
Leonardo Sobral Moreira
Nathan Kamiyama Marques

AUTORES

Ana Paula Dias Ribeiro	Letícia Marina da S. Moura
Ariany Cordeiro	Luciano Gonçalves Faria Júnior
Brenda de Paula Cunha	Marcelo Siquiero
Carolina Soares Lôbo	Matheus Basilio da Silva
Dedierre Gonçalves da Silva	Matheus Dias Maciel de Almeida Lima
Elissandro Alves Lima de Sousa	Nathan Kamiyama Marques
Esther Sanches Pitaluga	Pedro Paulo Garcia e Silva
Fabricia Martins Freire	Rafael Damásio Brasil Garcia
João Pedro Naves da Silva	Weverton Ayres Fernandes da Silva
Leonardo Sobral Moreira	

SUMÁRIO

A efetividade do inventário extrajudicial no Brasil: Análise dos requisitos legais, benefícios e limitações na prática notarial.....	13
<i>Nathan Kamiyama Marques, Carolina Soares Lôbo</i>	
A não cooperação do ato cooperado no soerguimento empresarial: Uma análise do ato cooperado junto à lei 11.101/05.....	41
<i>Dedierre Gonçalves da Silva</i>	
A ordem de vocação hereditária e a inclusão do companheiro na sucessão legítima.....	71
<i>Pedro Paulo Garcia e Silva</i>	
Acordo de sócios em negócios imobiliários: Parcelamento do solo urbano e incorporações.....	99
<i>Brenda de Paula Cunha</i>	
Aplicação do compliance nas empresas: Sua prática, importância no âmbito trabalhista e contribuição para os direitos humanos.....	139
<i>Ariany Cordeiro, Esther Sanches Pitaluga</i>	
Fraudes corporativas no mercado financeiro: Aspectos jurídicos e desafios na responsabilização e na punição.....	169
<i>Marcelo Siquiero</i>	
Herança digital.....	199
<i>João Pedro Naves da Silva</i>	
Independência entre as esferas penal e administrativa nos ilícitos contra o mercado de capitais.....	221
<i>Pedro Paulo Garcia E Silva</i>	
O ônus sucumbencial e a cumulação de pedidos.....	233
<i>Leonardo Sobral Moreira, Matheus Dias Maciel de Almeida Lima</i>	

O uso da prova ilícita no processo civil e sua permissibilidade sob o crivo do princípio da proporcionalidade 251

Ana Paula Dias Ribeiro

Omissão legislativa e direitos transgêneros: uma análise comparativa entre o Brasil e outros países 273

Elissandro Alves Lima de Sousa

Os desafios e perspectivas das execuções nos juizados especiais cíveis: (in) aplicabilidade de medidas atípicas na execução 309

Matheus Basilio da Silva, Rafael Damásio Brasil Garcia

Reforma tributária: Mecanismos de transição da EC 132/2023 e desafios na implementação da nova política de tributação do consumo 327

Weverton Ayres Fernandes da Silva, Luciano Gonçalves Faria Júnior

Sharenting: a responsabilidade civil decorrente da exposição de crianças e adolescentes nas redes sociais 347

Fabricia Martins Freire

Unificação de processos e ativos: Uma análise da consolidação processual e substancial nos casos de recuperação judicial 369

Leticia Marina da S. Moura

A EFETIVIDADE DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL: ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS, BENEFÍCIOS E LIMITAÇÕES NA PRÁTICA NOTARIAL

THE EFFECTIVENESS OF EXTRAJUDICIAL INVENTORY IN BRAZIL: ANALYSIS OF LEGAL REQUIREMENTS, BENEFITS AND LIMITATIONS IN NOTARIAL PRACTICE

Nathan Kamiyama Marques¹

Carolina Soares Lôbo²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a efetividade do inventário extrajudicial no Brasil, abordando os requisitos legais, os benefícios práticos e as limitações desse procedimento. O estudo é fundamentado na análise da Lei nº 11.441/2007, que introduziu no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de realizar inventário e partilha por meio de escritura pública, eliminando a necessidade de intervenção judicial, situação que foi igualmente recepcionada pelo CPC/2015, desde que certos critérios legais sejam atendidos. O estudo utiliza uma metodologia qualitativa, com uma abordagem doutrinária e análise legislativa, incluindo também a regulamentação estabelecida pela Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça. É discutido o papel do inventário extrajudicial como uma ferramenta de desjudicialização e de efetivação do princípio da duração razoável dos processos. Além disso, são analisados os principais obstáculos e dificuldades enfrentadas na prática, como exigências de

1 Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela FACEO. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Secretário Adjunto da Comissão Especial de Processo Civil da OAB-GO (2025-2027). Vice-presidente do Instituto de Estudos Avançados em Direito - IEAD (2024-2027). E-mail: nathan@marquescarvalho.com.br Instagram: @nathankmarques.

2 Pós-graduanda em Prática de Direito e Processo do Trabalho pelo IGD. Graduada em Direito pela PUC-GO e em Jornalismo pela Universidade de Brasília. Membro do IEAD e do IGT. Membro da Comissão da Advocacia Jovem, da Comissão Especial de Direito Processual Civil e da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/GO. Advogada e Parecerista em Direito Civil e Trabalhista. E-mail: carolinasoareslobo@gmail.com. Instagram: @adv.carolinasoares.

documentação, questões fiscais e limitações legais que podem afetar a agilidade desejada. Conclui-se que, o inventário extrajudicial constitui um relevante progresso no direito sucessório brasileiro, mesmo que ainda necessite de melhorias normativas e administrativas para aumentar sua eficácia e eficiência.

PALAVRAS CHAVES: Inventário Extrajudicial, Direito Notarial, Sucessões, Partilha de Bens, Celeridade Processual.

ABSTRACT: This article aims to analyze the effectiveness of extrajudicial probate in Brazil, addressing the legal requirements, practical benefits, and limitations of this procedure. The study is based on an analysis of Law No. 11,441/2007, which introduced into the Brazilian legal system the possibility of carrying out probate and division of assets through a public deed, eliminating the need for judicial intervention, provided that certain legal criteria are met. The study uses a qualitative methodology, with a doctrinal approach and legislative analysis, also including the regulations established by Resolution No. 35/2007 of the National Council of Justice. The role of extrajudicial probate as a tool for dejudicialization and the effective implementation of the principle of reasonable duration of proceedings is discussed. Furthermore, the main obstacles and difficulties faced in practice are analyzed, such as documentation requirements, tax issues, and legal limitations that can affect the desired speed. It concludes that extrajudicial probate constitutes significant progress in Brazilian inheritance law, even though it still needs normative and administrative improvements to increase its effectiveness and efficiency.

KEYWORDS: Extrajudicial Inventory, Notarial Law, Succession, Asset Distribution, Procedural Swiftness.

1. INTRODUÇÃO

O inventário extrajudicial foi introduzido no sistema jurídico brasileiro como uma alternativa ao processo judicial comum para a divisão de bens que resulta de uma sucessão após a morte. A introdução primária foi pela Lei nº 11.441/2007 que fez com certas atividades relacionadas à sucessão pudessem ser executadas diretamente em cartórios, através de escritura pública, desde que respeitadas condições legais específicas. Essa mudança na legislação significou um avanço significativo na desjudicialização do direito no Brasil, com o objetivo de oferecer mais rapidez, eficiência e autonomia aos interessados.

O inventário extrajudicial emergiu como uma ferramenta crucial para facilitar a transferência de bens, especialmente quando há acordo entre os sucessores e não existem herdeiros incapazes ou litígios sobre a herança. Contudo, apesar dos benefícios frequentemente mencionados por especialistas e profissionais do direito, a sua eficácia continua sendo discutida, principalmente em função de algumas restrições legais, exigências administrativas e dificuldades operacionais que permeiam o trabalho dos cartórios. É importante avaliar se o inventário extrajudicial, conforme atualmente organizado na legislação brasileira, consegue realmente atingir seu objetivo de acelerar e tornar mais eficiente a divisão de bens.

Embora o inventário extrajudicial tenha sido criado com o objetivo de desburocratizar e tornar mais simples o processo de sucessão, na realidade, ainda existe barreiras que podem afetar sua eficiência. Dentre essas dificuldades, destacam-se a necessidade de documentação extensa, a complexidade dos trâmites fiscais, as interpretações variadas entre os cartórios e as restrições legais que limitam sua utilização em certos casos.

Diante do exposto, tem-se a seguinte pergunta norteadora: O inventário extrajudicial, tal como atualmente regulamentado no Brasil, é efetivamente capaz de garantir celeridade e eficiência na partilha de bens, ou ainda enfrenta entraves burocráticos e normativos que limitam sua plena efetividade?

Parte-se da hipótese de que o inventário extrajudicial é um avanço relevante no campo do direito sucessório no Brasil, promovendo a desjudicialização de processos e diminuindo o tempo necessário para resolver questões patrimoniais relacionadas à sucessão. No entanto, acredita-se que a eficácia desse procedimento ainda enfrente limitações devido a fatores burocráticos, exigências administrativas e lacunas na legislação, as quais podem prejudicar a agilidade e a eficiência que o legislador almejou.

O objetivo geral deste estudo é analisar a efetividade do inventário extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro, considerando seus requisitos legais, benefícios práticos e limitações existentes na prática notarial. Tem como objetivos específicos: (I) Examinar a evolução legislativa do inventário extrajudicial no Brasil a partir da Lei nº 11.441/2007; (II) Identificar os requisitos legais necessários para a realização do inventário extrajudicial; (III) Analisar o procedimento prático adotado nos cartórios para a realização desse tipo de inventário; (IV) Apresentar as principais vantagens do inventário extrajudicial em comparação ao inventário judicial e (V) Investigar os principais entraves e limitações que podem comprometer sua efetividade na prática.

O estudo do inventário extrajudicial é de grande importância considerando o aumento da desjudicialização no sistema jurídico brasileiro, que visa deslocar certos processos, antes executados no judiciário, para a área administrativa, sobretudo nos serviços de notários e registros. Compreender como opera e a eficácia do inventário extrajudicial é fundamental para determinar se essa forma de divisão de bens realmente atende à sua finalidade de oferecer mais agilidade, eficácia e ajudar a diminuir a carga do Poder Judiciário.

Ademais, a avaliação crítica das restrições e obstáculos encontrados na prática notarial pode enriquecer a discussão acadêmica e jurídica referente a potenciais melhorias nas normas e procedimentos, com o objetivo de tornar esse mecanismo ainda mais eficiente na solução de assuntos sucessórios.

Este estudo utiliza uma metodologia qualitativa, alicerçada em pesquisas bibliográficas e documentais. A análise se concentra em legislações relevantes para o assunto, com destaque para a Lei nº 11.441/2007, o Código de Processo Civil de 2015 e a Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, além de obras doutrinárias e artigos científicos que abordam o inventário extrajudicial na legislação brasileira. A abordagem adotada é de natureza dedutiva, começando com a análise de noções gerais sobre o direito sucessório e o processo de desjudicialização. A partir daí, realiza-se uma investigação detalhada sobre a aplicação e a efetividade do inventário extrajudicial no contexto jurídico.

2. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: ASPECTOS LEGAIS E PROCEDIMENTAIS

O inventário extrajudicial é uma modalidade de partilha de bens que ocorre fora do Poder Judiciário, por meio de escritura pública lavrada diretamente em cartório, desde que atendidos determinados requisitos legais. Dessa maneira, é possível dizer que o inventário extrajudicial é um procedimento de jurisdição voluntária³.

Essa forma de inventariar surgiu com a promulgação da Lei nº 11.441/2007, como um mecanismo voltado à desburocratização e à desjudicialização de procedimentos patrimoniais sucessórios, anteriormente restritos ao processo judicial. Santos e Reis⁴ abordam em sua obra a questão da desjudicialização e sua relação direta com o direito fundamental à celeridade, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal:

(...) Nesse ponto do raciocínio, vale mencionar que a desjudicialização é tema de grande relevância na busca da plena, ágil e eficaz realização do Direito.

3 SANTOS, Romualdo Baptista dos; REIS, Clayton. **Inventário e partilha no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2019.

4 Ibidem.

A necessidade da efetividade e celeridade na resolução das pretensões sociais em resistência está intimamente ligada a atual e complexa sociedade em que vivemos.

O direito fundamental à celeridade, tanto na prestação judicial e administrativa, a partir do ano de 2004 passou a ser expresso no art. 5º, LXXVIII, por inteligência da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, onde assevera que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”⁵.

Diante disso, vê-se que a Lei nº 11.441/2007 alterou dispositivos do então Código de Processo Civil de 1973, possibilitando, entre outras medidas, a realização consensual de inventários, partilhas e divórcios extrajudiciais perante o Tabelionato de Notas⁶. Posteriormente, os dispositivos alterados pela referida norma seriam absorvidos pelo Código de Processo Civil de 2015⁷.

Conforme observa Tartuce⁸, trata-se de inovação importante, pois reduziu significativamente a burocracia envolvida na transmissão dos bens deixados pelo falecido. Para sua realização, exige-se que todos os herdeiros sejam maiores, capazes e estejam em consenso quanto à partilha, e que inexista testamento válido – salvo se este já tiver sido judicialmente aberto e homologado, conforme a evolução doutrinária e jurisprudencial permite.

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

6 BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007.

7 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

8 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

No sentido jurídico-estrito, o inventário extrajudicial visa apurar e formalizar a situação patrimonial deixada pelo *de cujus*, relacionando bens, direitos e obrigações, de modo a possibilitar sua transmissão legal aos sucessores legítimos ou testamentários⁹. Já no sentido amplo, reflete um avanço no acesso à justiça, por incentivar soluções consensuais e céleres, em substituição aos tradicionais meios judiciais, muitas vezes onerosos e morosos.

A Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça complementou a Lei nº 11.441/2007, regulando a atuação dos cartórios e detalhando os procedimentos para lavratura da escritura pública, exigindo inclusive a presença de advogado ou defensor público pelas partes interessadas¹⁰.

Dessa forma, o inventário extrajudicial representa não apenas uma alternativa procedimental ao inventário judicial, mas um verdadeiro instrumento de efetivação dos princípios da celeridade, economia processual e autonomia da vontade, sendo recomendado nos casos em que os requisitos legais estejam preenchidos.

2.1 REQUISITOS LEGAIS

O inventário extrajudicial é regido pelas diretrizes normativas estabelecidas pela Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tais exigências visam garantir a segurança jurídica do procedimento e a adequada formalização da sucessão hereditária pela via administrativa¹¹.

9 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

10 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

11 BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007.

Aliado a isso, a realização do inventário extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro depende do cumprimento de requisitos legais, expressamente previstos no artigo 610 do Código de Processo Civil de 2015. Confira-se:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial¹².

Conforme dispõe o *caput* do art. 610 do CPC/2015, o primeiro requisito é a capacidade civil plena de todos os herdeiros, o qual determina que somente pessoas capazes podem figurar como partes em inventário extrajudicial¹³. A presença de incapaz, ainda que parcialmente, obriga o processamento pela via judicial. Melo¹⁴, inclusive, discorre sobre a capacidade civil, diante do inventário extrajudicial, no caso de menores de dezoito anos emancipados.

Lobo¹⁵ destaca a relevância da Lei nº 11.441/2007 para o processo de desjudicialização do direito sucessório, ao permitir a realização do inventário por escritura pública em determinadas hipóteses. A Lei nº 11.441/2007 representou importante avanço ao permitir que o inventário e a partilha fossem realizados por escritura pública,

12 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

13 Ibidem.

14 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

15 LOBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

lavrada por notário de livre escolha das partes, desde que todos os herdeiros sejam capazes e estejam de acordo com a partilha dos bens, observadas as disposições da Lei nº 8.935/1994¹⁶.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 manteve essa possibilidade e estabeleceu critérios relacionados à capacidade das partes envolvidas no procedimento, inclusive admitindo a emancipação como forma de aquisição da capacidade civil¹⁷. O segundo requisito a ausência de testamento válido, pois, em regra, a existência de testamento impõe a via judicial. Contudo, a jurisprudência e a doutrina têm flexibilizado essa exigência, admitindo o inventário extrajudicial desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente e todos os herdeiros sejam capazes e concordes com seu conteúdo¹⁸.

Diante do tema da ausência de testamento válido, Tartuce¹⁹ expressa sua discordância em sua obra, em especial nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com o inventário extrajudicial. Confira-se:

Com o devido respeito, a minha posição sempre foi no sentido de que os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nesses casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado, havendo prévio processamento de abertura do testamento na via judicial. Nos termos do art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o fim social da Lei 11.441/2007 foi a redução

16 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.

17 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

18 LOBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

19 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete do Direito. O mesmo deve ser dito quanto ao CPC/2015, inspirado pelas máximas de desjudicialização e de celeridade, em vários de seus comandos²⁰.

O terceiro requisito, trazido pelo §1º do art. 610 do CPC/2015, para a lavratura da escritura de inventário extrajudicial, é a concordância entre os herdeiros quanto à partilha. Em razão desse requisito, o procedimento exige consenso pleno entre os interessados. Logo, se houver qualquer tipo de litígio, mesmo pontual, a via judicial torna-se obrigatória. Nesse sentido, Diniz traz que:

O consenso entre os herdeiros em relação à partilha, outro requisito elencado pelo artigo 610 do Código de Processo Civil, é imprescindível para a realização do inventário por meio de escritura pública. Portanto, havendo discordância de pelo menos um dos herdeiros, ainda que em parte, terá de ser utilizada a via judicial²¹.

Por fim, o quarto requisito, previsto pelo §2º do art. 610 do CPC/2015, é a assistência jurídica obrigatória, de modo que todas as partes interessadas devem estar assistidas por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura devem constar do ato notarial. Trata-se de requisito essencial para a validade do procedimento e sua eficácia perante os registros públicos²².

Além desses requisitos legais, há exigências de natureza procedimental, como a apresentação da certidão de óbito do *de cujus*,

20 Ibidem.

21 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

22 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

documentos pessoais das partes, certidões negativas de débitos, escritura de pacto antenupcial (se houver) e certidão de inexistência de testamento, documentos indispensáveis para a segurança do ato. Cumpridos tais requisitos, a escritura pública lavrada pelo tabelião de notas passa a constituir título hábil para o registro imobiliário, levantamento de valores em instituições financeiras e demais atos de transmissão patrimonial. Portanto, a observância rigorosa dos requisitos legais garante a regularidade do inventário extrajudicial e fortalece sua finalidade primordial: a desburocratização e celeridade na transmissão patrimonial *causa mortis*²³.

2.2 PROCEDIMENTO PRÁTICO

O inventário extrajudicial, previsto na Lei nº 11.441/2007 e regulamentado pela Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresenta um rito administrativo simplificado, que visa conferir celeridade, economia e efetividade à transmissão patrimonial decorrente do falecimento de uma pessoa. A execução prática desse procedimento é pautada pela observância de requisitos legais e por etapas bem definidas²⁴.

A primeira etapa consiste na verificação do preenchimento dos requisitos legais, conforme descrito em tópico anterior: **(I)** todos os herdeiros devem ser maiores e capazes; **(II)** deve haver consenso quanto à partilha dos bens; **(III)** não pode existir testamento válido, salvo se previamente registrado judicialmente e autorizado pelo juízo competente; e **(IV)** é obrigatória a assistência de advogado ou defensor público por todas as partes envolvidas²⁵.

23 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

24 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023.

25 Ibidem.

Preenchidas essas condições, é preciso reunir os documentos necessários, como certidão de óbito do *de cuius*, documentos pessoais dos herdeiros, certidões negativas de testamento, registros dos bens deixados, e declaração de inexistência de outros herdeiros²⁶.

Em seguida, os interessados devem escolher o tabelião de notas que lavrará a escritura pública. Afinal, ao contrário do inventário judicial, não se aplica a regra de competência territorial no inventário extrajudicial, sendo a escolha do Tabelionato de Notas livre, independe do local em que se situam os bens do *de cuius* ou do local de seu óbito²⁷.

A lavratura da escritura pública de inventário e partilha é feita com base na documentação apresentada, devendo constar o detalhamento dos bens, a partilha acordada, a qualificação das partes e dos advogados, além da comprovação do recolhimento do imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), cuja quitação é condição para a formalização do ato notarial²⁸.

Após a conferência e aceitação da escritura, todos os herdeiros, o cônjuge ou companheiro supérstite, o advogado ou defensores públicos, bem como o tabelião, devem assiná-la. A referida escritura pública constitui título hábil para os atos de registro, como o registro de imóveis junto ao cartório competente, a transferência de veículos no Detran, o levantamento de valores em instituições financeiras, entre outros atos necessários à concretização da partilha²⁹.

26 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

27 SANTOS, Romualdo Baptista dos; REIS, Clayton. **Inventário e partilha no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2019.

28 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

29 BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007.

Diante do exposto, Diniz³⁰ também explicou, em sua obra, o passo a passo para realizar o inventário extrajudicial, como se vê a seguir:

No que se refere ao procedimento para realização do inventário administrativo, quando preenchidos os requisitos elencados acima, devem os interessados procurar um advogado, tendo em vista ser crucial a presença deste - ou de defensor público - na lavratura da escritura pública, de acordo com o artigo 8º da Resolução 35 do CNJ.

Em seguida, devem optar pelo Cartório de Notas em que se procederá o inventário. Esta escolha independe do local em que se situam os bens do *de cujus* e do local de seu óbito. Trata-se, portanto, de mais uma vantagem da escritura de inventário e partilha, pela facilidade de celebração do ato quando as partes residam em local distante daquele em que situado o antigo domicílio do autor da herança, visto que, no inventário judicial, em regra, é este o foro competente para o inventário e partilha, conforme dispõe o artigo 48 do NCPC.

Feito isso, os sucessores devem proceder à nomeação de um inventariante, indivíduo responsável pela administração dos bens do espólio, conforme dispõe o art. 11 da Resolução 35 do CNJ. Em regra, este encargo caberá ao cônjuge, companheiro ou filho do de cujus, que estará incumbido de gerir todo o processo de realização do inventário e partilha extrajudicial, assim como de providenciar os documentos necessários. Após a nomeação do inventariante, todos os bens móveis, imóveis e os direitos do falecido devem ser levantados, bem como suas dívidas, que deverão ser quitadas com seu próprio patrimônio, prevalecendo o princípio *intra vires hereditatis* - segundo o qual as

30 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro.** Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

dívidas e obrigações do *de cujus* devem ser resolvidas pelos herdeiros até o limite da herança – portanto, os sucessores não responderão pelo excesso caso os débitos ultrapassem o valor da herança, de acordo com o artigo 1.997 do CC15.

Para finalizar o procedimento do inventário extrajudicial, de acordo com o que dispõe o art. 15 da Resolução 35 do CNJ, é crucial que os interessados realizem o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD), o qual calcula-se sobre o valor venal dos bens deixados pelo falecido. Para tanto, deverá ser preenchida a declaração do ITCMD perante a Secretaria de Fazenda do estado da situação do bem, após será gerada uma guia de recolhimento do imposto, com o valor que cada herdeiro irá arcar, devendo ser pago antes da lavratura da escritura.

Com os documentos, certidões negativas e os impostos devidamente recolhidos, o Cartório lavrará a escritura de inventário. Inegável, portanto, a celeridade e simplicidade do procedimento pela via extrajudicial, no que comparado ao inventário e partilha judicial e, por conseguinte, a vantagem para os seus usuários que terão suas pendências resolvidas sem demasiada burocracia³¹.

Trata-se, portanto, de um procedimento mais célere, econômico e menos burocrático do que o inventário judicial, mantendo a segurança jurídica exigida para a transmissão patrimonial. Essa via se revela especialmente eficaz nos casos em que há consenso familiar, capacidade civil dos envolvidos e ausência de litígios, revelando-se como importante instrumento de desjudicialização do direito sucessório brasileiro.

31 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

3. BENEFÍCIOS, LIMITAÇÕES E ANÁLISE CRÍTICA

A introdução do inventário extrajudicial no sistema jurídico brasileiro marca um avanço significativo na desjudicialização das questões relacionadas à sucessão. Com a aprovação da Lei nº 11.441/2007, passou a ser permitido a realização de inventários e partilhas por meio de escritura pública em cartório, desde que sejam atendidos certos requisitos legais, como a ausência de disputas entre os herdeiros e a capacidade completa das partes. Essa mudança na legislação visou aumentar a rapidez, a eficiência e a simplificação dos processos sucessórios, além de ajudar a aliviar a carga de trabalho do Judiciário³².

O inventário extrajudicial ganhou destaque como uma ferramenta importante para assegurar uma transmissão patrimonial mais eficaz em casos de falecimento, principalmente em situações em que não existem conflitos entre os herdeiros. A opção de resolver a sucessão diretamente em cartório oferece maior independência às partes envolvidas e possibilita que o processo seja realizado de forma mais ágil e direta, se comparado ao inventário judicial convencional³³.

Embora esse mecanismo ofereça benefícios, a utilização do inventário extrajudicial também expõe desafios e restrições que podem afetar sua eficácia. Aspectos como a complexidade da documentação, a obrigatoriedade de pagamento de impostos e a falta de padronização em certas práticas dos cartórios são frequentemente mencionados por especialistas como elementos que podem tornar o processo mais moroso ou complicado³⁴.

Dessa forma, é essencial realizar uma investigação mais detalhada sobre as vantagens, desvantagens e dificuldades relacionadas

32 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

33 CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**. 9. ed. São Paulo: Método, 2021.

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

ao inventário extrajudicial, com o objetivo de entender sua função no sistema jurídico do Brasil e explorar possíveis meios de otimizar esse mecanismo. Uma análise crítica desse instituto possibilita a avaliação não somente de suas contribuições para a desjudicialização do processo sucessório, mas também das melhorias que poderiam ser adotadas para tornar o procedimento mais eficaz, seguro e acessível para a sociedade³⁵.

3.1 VANTAGENS DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

A adoção do inventário extrajudicial representa um avanço significativo na efetivação do acesso à justiça no Brasil, sobretudo por sua capacidade de simplificar, agilizar e desburocratizar a transmissão patrimonial decorrente do falecimento de uma pessoa. Desde a promulgação da Lei nº 11.441/2007, a via administrativa passou a ser um mecanismo eficaz para atender demandas consensuais de inventário e partilha, constituindo importante instrumento no processo de desjudicialização.

Dentre as principais vantagens do inventário extrajudicial, destaca-se, em primeiro lugar, a celeridade. Enquanto o inventário judicial pode se arrastar por anos, em razão da morosidade estrutural do Poder Judiciário, o inventário extrajudicial, quando devidamente instruído e atendidos os requisitos legais, pode ser concluído em poucas semanas. A economia de tempo é especialmente relevante em um contexto no qual o Judiciário se encontra sobrecarregado, com altas taxas de congestionamento processual³⁶.

Outro ponto vantajoso diz respeito à redução de custos. Apesar de haver a incidência de emolumentos cartorários e do ITCMD, a ausência de custas processuais, de honorários advocatícios vinculados

35 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

36 DINIZ, Nikole Cirilo. **A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

à tramitação judicial e de despesas com perícias ou avaliações judiciais pode representar economia considerável às partes. Além disso, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal garante assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, o que se estende aos atos notariais, segundo o artigo 98, §1º, inciso IX do Código de Processo Civil de 2015³⁷.

A simplicidade e desburocratização do procedimento também figuram entre os benefícios. O processo extrajudicial dispensa as múltiplas fases e despachos judiciais, sendo conduzido com objetividade e clareza no Tabelionato de Notas, mediante a lavratura de escritura pública. Tal característica contribui para menor desgaste emocional dos herdeiros, especialmente em momento sensível de perda familiar, além de favorecer soluções conciliatórias³⁸.

O inventário extrajudicial estimula a autonomia da vontade das partes, respeitando a liberdade dos herdeiros em decidir consensualmente sobre a forma de partilha, desde que observadas as disposições legais. Ao mesmo tempo, garante-se a segurança jurídica por meio da atuação do tabelião, dotado de fé pública, e da obrigatória presença de advogado ou defensor público³⁹.

Por fim, o inventário extrajudicial contribui diretamente para a desobstrução do Judiciário, permitindo que o Poder Judiciário concentre seus esforços em causas litigiosas, complexas ou que envolvam incapazes, o que se coaduna com os princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Portanto, sob os prismas econômico, procedimental, psicológico e institucional, o inventário extrajudicial revela-se como uma alternativa eficaz, segura

37 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

38 SANTOS, Romualdo Baptista dos; REIS, Clayton. **Inventário e partilha no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2019.

39 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro. Brasília: CNJ, 2007.

e vantajosa à via judicial, sempre que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

3.2 LIMITAÇÕES E DESAFIOS

Embora o inventário extrajudicial traga diversos benefícios, sua implementação na prática ainda enfrenta algumas restrições que podem afetar sua eficácia. Criado para facilitar o processo de sucessão patrimonial e diminuir a intervenção judicial, na realidade, ainda há barreiras burocráticas, requisitos administrativos e restrições legais que limitam seu uso em certos casos. Um dos grandes obstáculos diz respeito às limitações legais que afetam o processo. De acordo com o artigo 610 do Código de Processo Civil de 2015, o inventário pode ser feito de forma extrajudicial se todos os herdeiros forem aptos, estiverem de acordo e acompanhados por um advogado ou defensor público. Se houver um testamento ou se algum dos interessados for incapaz, geralmente, o procedimento deverá ser realizado judicialmente⁴⁰.

Neste contexto, a doutrina ressalta que esses critérios foram definidos com a finalidade de garantir a proteção legal das partes envolvidas no processo de sucessão. Como esclarece Tartuce:

A possibilidade de realização do inventário por escritura pública representa importante avanço no processo de desjudicialização do direito brasileiro, permitindo que situações consensuais sejam resolvidas com maior celeridade e eficiência. Todavia, a legislação impõe determinados requisitos para sua realização, justamente para garantir a segurança jurídica e a proteção dos interesses envolvidos na sucessão⁴¹.

40 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

41 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

Um obstáculo importante diz respeito às exigências de documentação necessárias para a elaboração da escritura pública. Apesar de o processo extrajudicial ser mais ágil em relação ao inventário judicial, é necessário apresentar uma série de documentos, como a certidão de óbito, os documentos pessoais dos envolvidos, certidões negativas e a comprovação de propriedade dos bens. A falta ou a irregularidade desses documentos pode dificultar a formalização do ato notarial e prolongar o processo de sucessão⁴².

Cassettari salienta:

A escritura pública de inventário e partilha somente poderá ser lavrada quando todos os requisitos legais estiverem devidamente preenchidos, especialmente no que se refere à capacidade das partes, à concordância entre os herdeiros e à apresentação de toda a documentação necessária para comprovação dos bens e direitos que integram o patrimônio do falecido⁴³.

É importante ressaltar acerca da arrecadação do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, que é um tributo de competência dos Estados e essencial para a efetuação da partilha. Muitas vezes, o processo administrativo exigido para o cálculo e a arrecadação desse imposto pode se tornar uma etapa burocrática considerável no procedimento extrajudicial, afetando diretamente a agilidade que se busca nesse processo⁴⁴.

É notável que persistem variações na forma como as normas são interpretadas e aplicadas pelos serviços de notariado. Apesar de a Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça definir diretrizes gerais para o processo de inventário extrajudicial, pode haver

42 CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**. 9. ed. São Paulo: Método, 2021.

43 Ibidem.

44 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

diferenças nas exigências de documentação ou nos procedimentos administrativos entre os cartórios, o que resulta em complicações práticas para os envolvidos⁴⁵.

Nesse sentido, o próprio Conselho Nacional de Justiça estabelece:

A escritura pública de inventário e partilha constitui título hábil para o registro de imóveis, bem como para o levantamento de valores depositados em instituições financeiras, desde que observados todos os requisitos legais previstos na legislação vigente e nas normas regulamentares aplicáveis⁴⁶.

Apesar de o inventário extrajudicial marcar um progresso importante na desjudicialização do direito de sucessão no Brasil, persistem obstáculos estruturais e procedimentais que limitam sua plena eficácia. Melhorias na legislação, a uniformização das práticas notariais e a atualização dos processos administrativos são ações fundamentais para aumentar a eficiência e a segurança jurídica desse instrumento⁴⁷.

3.3 ANÁLISE CRÍTICA

Apesar dos progressos realizados pelo instituto, a avaliação crítica sobre o assunto mostra que persistem limitações tanto estruturais quanto procedimentais, que podem impactar a eficácia total do inventário extrajudicial. Um dos principais obstáculos está ligado às exigências legais que foram definidas para a adoção dessa alternativa, especialmente relacionadas à ausência de testamento e à presença de herdeiros completamente capazes. Embora esses critérios

45 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023.

46 Ibidem.

47 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

tenham sido criados para proporcionar uma maior proteção legal às partes envolvidas, alguns especialistas acreditam que essas condições podem restringir demasiado a utilização do instituto em casos em que não há disputas entre os herdeiros⁴⁸.

Nesse sentido, Tartuce observa que o movimento de desjudicialização deve ser acompanhado por constante atualização normativa:

A desjudicialização constitui tendência contemporânea do direito brasileiro, especialmente em matérias de natureza patrimonial e consensual. O inventário extrajudicial insere-se nesse contexto como mecanismo apto a proporcionar maior eficiência e celeridade na resolução de demandas sucessórias, desde que acompanhado de aperfeiçoamentos normativos e administrativos capazes de ampliar sua efetividade prática⁴⁹.

Apesar de o inventário realizado em cartório ser valorizado por sua agilidade em comparação ao processo judicial, a necessidade de reunir uma quantidade significativa de documentos, a regularização prévia de ativos e a obtenção de diversas certidões podem se tornar dificuldades práticas na finalização do procedimento. Muitas vezes, a falta ou problemas com a documentação exigem ações adicionais, o que pode estender o tempo necessário para a elaboração da escritura pública⁵⁰.

A fase relacionada à arrecadação do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação pode também contribuir para a lentidão do processo. Por ser um tributo de competência dos estados, cada unidade da federação define suas próprias normas para a administração e a

48 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

49 Ibidem.

50 CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**. 9. ed. São Paulo: Método, 2021.

cobrança do imposto, o que pode resultar em variações significativas na condução do inventário extrajudicial. Essa diversidade de legislações, aliada à necessidade de avaliação pelos órgãos fiscais, pode comprometer parte da agilidade que inicialmente justificou a criação desses institutos⁵¹.

Um aspecto que merece atenção é a falta de uma padronização completa nas práticas administrativas dos cartórios no Brasil. Apesar de a Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça definir orientações para a execução do inventário extrajudicial, ainda há variações nas interpretações entre os serviços notariais, principalmente no que tange à solicitação de documentos adicionais ou à compreensão de certas normas procedimentais, como por exemplo, o entendimento de cartórios notariais, divergentes aos cartórios registrais, dificultando as estratégias jurídicas a depender da competência/circunscrição dos imóveis em comarcas que dispõem da divisão entre notas e registro de imóveis. Essa disparidade pode resultar em insegurança jurídica e dificultar o acesso igualitário dos cidadãos ao processo extrajudicial em diversas localidades do país⁵².

Diante desse contexto, é claro que há uma necessidade premente de aprimorar continuamente o sistema notarial no Brasil, especialmente no que diz respeito à modernização dos processos e ao aumento da colaboração entre cartórios, organismos fiscais e registros públicos. A adoção de plataformas digitais, sistemas eletrônicos integrados e bancos de dados compartilhados pode ter um impacto significativo na simplificação das etapas processuais e na diminuição da burocracia relacionada ao inventário extrajudicial. O progresso tecnológico no campo notarial tem o potencial de tornar os procedimentos mais eficazes e acessíveis à população⁵³.

51 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

52 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023.

53 Ibidem.

Portanto, a avaliação minuciosa do inventário extrajudicial revela que, apesar de esse mecanismo representar um progresso significativo na desjudicialização do direito sucessório no Brasil, permanecem desafios a serem superados para que sua utilização atinja todo o potencial idealizado pelo legislador. O desenvolvimento de novas legislações, a uniformização das práticas administrativas e a adoção de inovações tecnológicas se apresentam como alternativas promissoras para fortalecer a eficiência do processo e aumentar sua contribuição para a eficácia do sistema jurídico nacional⁵⁴.

4. PERSPECTIVAS DE APERFEIÇOAMENTO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Apesar dos progressos na legislação brasileira ao possibilitar o inventário de forma extrajudicial, a aplicação dessa medida enfrenta dificuldades que podem ser resolvidas com melhorias nas normas e na administração. Para que esse recurso se fortaleça, é essencial buscar maior eficiência nos procedimentos, padronizar as práticas nos cartórios e expandir as situações em que se pode utilizar a via administrativa, sempre respeitando os princípios da segurança jurídica e a proteção dos direitos de sucessão.

Um aspecto que se destaca é a urgência de uma maior uniformização nos procedimentos utilizados pelos cartórios de notas e cartórios de registros de imóveis. Embora a Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça forneça diretrizes para a execução do inventário extrajudicial, na prática, existem variações nas exigências documentais e na interpretação de certos requisitos legais, o que pode provocar insegurança jurídica. Nesse cenário, evidencia-se a relevância do trabalho do CNJ e das corregedorias estaduais na promoção de uma maior homogeneidade e eficiência nos serviços notariais.

54 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

Registra-se como necessidade de evolução e aperfeiçoamento, práticas extrajudiciais/consensuais para realização de procedimentos de alienação de imóveis em nome do espólio, como forma de diminuir a judicialização de alvarás judiciais, bem como a atuação do Ministério Público, visando garantir a possibilidade de realização de inventários extrajudiciais com a presença de menores, desde que resguardados os interesses do menor, sob a supervisão do órgão ministerial.

Ademais, a implementação de recursos tecnológicos nos serviços de notariado se revela um método significativo para otimizar os processos. A digitalização de papéis, a utilização de plataformas digitais e a conectividade entre cartórios e entidades governamentais têm o potencial de diminuir a burocracia e aumentar a rapidez dos atos notariais, facilitando o acesso à justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada ao longo da pesquisa evidenciou que o inventário extrajudicial oferece benefícios consideráveis quando comparado ao inventário judicial, principalmente no que diz respeito à rapidez, à simplificação dos processos e à diminuição de despesas. A opção de realizar o inventário diretamente em cartório, com a presença obrigatória de um advogado ou defensor público, torna o procedimento mais eficiente e acessível, além de garantir a conformidade legal na divisão dos bens.

No entanto, constatou-se que permanecem desafios que podem restringir a total eficácia desse instrumento. Dentre esses desafios, sobressaem as exigências de documentação para a elaboração da escritura pública, a obrigatoriedade de regularizar previamente certos bens e a avaliação do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, aspectos que podem ocasionar demora na finalização do processo. Adicionalmente, a falta de uma padronização mais rigorosa nas práticas administrativas utilizadas pelos cartórios pode gerar complicações para os envolvidos.

Um ponto importante diz respeito às restrições legais associadas à elaboração de testamentos e à presença de herdeiros que não possuem capacidade plena. Apesar de essas normas terem sido criadas para proporcionar maior segurança no âmbito jurídico, alguns especialistas argumentam a favor de uma flexibilização dos processos em situações específicas, especialmente na ausência de disputas entre os herdeiros e quando a resolução extrajudicial se revela mais apropriada para as circunstâncias das partes envolvidas.

Portanto constata-se que a questão levantada na pesquisa foi devidamente abordada, pois o inventário extrajudicial se mostra uma ferramenta eficiente para proporcionar agilidade e facilidade no processo de sucessão no Brasil, especialmente em casos em que há concordância entre as partes. Contudo, a análise também indicou que sua eficácia pode ser ainda mais aprimorada por meio da melhoria das legislações, da padronização dos processos cartoriais e da atualização dos serviços notariais, visando diminuir os obstáculos burocráticos e reforçar a segurança jurídica na transferência de bens em decorrência de falecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

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.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**. 9. ed. São Paulo: Método, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro. Brasília: CNJ, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023.

DINIZ, Nikole Cirilo. A importância do inventário extrajudicial como forma de desjudicialização no direito brasileiro. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, Sorocaba, ano 2, n. 1, p. 94-109, 2020.

LOBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

SANTOS, Romualdo Baptista dos; REIS, Clayton. **Inventário e partilha no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

A NÃO COOPERAÇÃO DO ATO COOPERADO NO SOERGUMENTO EMPRESARIAL: UMA ANÁLISE DO ATO COOPERADO JUNTO À LEI 11.101/05

NON-COOPERATION OF THE COOPERATED ACT IN BUSINESS RISE: AN ANALYSIS OF THE COOPERATED ACT IN ACCORDANCE WITH LAW 11.101/05

Dedierre Gonçalves da Silva¹

RESUMO: Com as alterações promovidas na legislação de insolvência empresarial brasileira pela Lei nº 14.112/2020, diversos entendimentos jurisprudenciais foram positivados, ao passo que novas controvérsias passaram a ser suscitadas. Nesse contexto, esta pesquisa tem por objetivo analisar a aplicabilidade do §13 do art. 6º da Lei nº 11.101/2005 no âmbito das recuperações judiciais, à luz de sua possível inconstitucionalidade e da eventual inaplicabilidade às Cooperativas de Crédito. Para tanto, utilizou-se os métodos dedutivo e dialético, visando partir das normas gerais até o caso específico em análise, bem como observar o conflito jurídico-normativo entre o texto legal e sua efetiva aplicação às cooperativas. A pesquisa permitiu concluir que há fortes indícios de inconstitucionalidade do dispositivo, apesar de entendimento contrário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, além de se evidenciar a sua inaplicabilidade nos casos que envolvam créditos oriundos de Cooperativas de Crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Produtor Rural. Cooperativas de Crédito. Recuperação Judicial.

ABSTRACT: With the changes introduced to Brazilian corporate insolvency legislation by Law No. 14.112/2020, several jurisprudential

¹ **Dedierre Gonçalves Silva**, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Alves Faria (UniALFA), Especialista em Recuperação de Empresas e Falências pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário (PPGDA/UFG). Diretor-Secretário junto ao Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD) da gestão 2025-2027.

understandings were codified, while new controversies arose. In this context, this research aims to analyze the applicability of §13 of Article 6 of Law No. 11.101/2005 within the scope of judicial reorganizations, in light of its possible unconstitutionality and potential inapplicability to Credit Cooperatives. To this end, deductive and dialectical methods were used, aiming to proceed from general norms to the specific case under analysis, as well as to observe the legal-normative conflict between the legal text and its effective application to cooperatives. The research concluded that there are strong indications of the unconstitutionality of the provision, despite a contrary understanding expressed by the Supreme Federal Court, in addition to evidencing its inapplicability in cases involving credits originating from Credit Cooperatives.

KEYWORDS: Rural Producer. Credit Cooperatives. Judicial Recovery.

INTRODUÇÃO

Os processos de recuperação judicial têm aumentado de forma exponencial nos últimos anos no país, com números ainda mais expressivos mesmo após a promulgação da Lei Federal nº 11.101 de 2005, que criou o instituto da recuperação judicial. Parte se dá, é claro, inequivocadamente devido ao estado pandêmico experienciado mundialmente com a covid-19 (SARS-CoV-2), mas também por um maior enraizamento do procedimento de superação da crise empresarial junto à jurisprudência pátria e a promulgação da Lei Federal nº 14.112 de 2020, a qual assentou diversos entendimentos que já vinham sendo aplicados ou debatidos.

Em análise aos dados disponibilizados pelo Serasa *Experian* (2025)² acerca dos pedidos de recuperação judicial no país, verifica-se que o ano de 2024 representou um total de 2.273 pedidos de

2 SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos.** *Serasa Experian*, [s.d.]. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 7 maio 2025.

recuperações judiciais, sendo este o mais alto índice contabilizado desde o início da série histórica, representando um aumento de 61,8% em relação ao ano de 2023.

Além das pacificações dos entendimentos jurisprudenciais, a legislação brasileira ainda trouxe algumas inovações no que concerne à disposição dos créditos junto aos procedimentos recuperacionais, como no caso dos atos cooperados que será abordado junto a este trabalho. A questão em debate se acirra ainda mais a partir do momento que o número de produtores rurais pedindo recuperação judicial também têm aumentado de forma considerável (Serasa *Experian*, 2024)³, sendo estes, grandes utilizadores de linhas de crédito das ditas Cooperativas de Crédito.

A problemática que se busca enfrentar é a própria constitucionalidade da inclusão do parágrafo treze junto ao artigo 6º da Lei nº 11.101/05 (Brasil, 2005⁴), bem como se a relação de crédito existente entre produtores rurais e empresas junto às Cooperativas de Crédito representa um ato cooperado em sua essência ou apenas um ato estritamente comercial.

O objetivo geral é analisar a constitucionalidade da alteração trazida pela Lei nº 14.112/20 (Brasil, 2020⁵) sobre o ato cooperado nas recuperações de empresas correlatamente a investigar se os atos promovidos pelas Cooperativas de Crédito devem se enquadrar em atos cooperados ou atos mercantis.

3 SERASA EXPERIAN. **Recuperação judicial no agro no terceiro trimestre de 2024:** como a inteligência analítica prevê e mitiga riscos no segmento. *Serasa Experian*, [s.d.]. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/agronegocio/recuperacao-judicial-no-agro-no-terceiro-trimestre-de-2024-como-a-inteligencia-analitica-preve-e-mitiga-riscos-no-segmento/>. Acesso em: 7 maio 2025.

4 BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 142, n. 29, p. 1, 10 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

5 BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 246, p. 4, 24 dez. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

Para tanto, o trabalho se desenvolverá por meio de três frentes principais, primeiramente realizando uma análise da constitucionalidade do dispositivo debatido, em seguida com a análise do que vem a ser um ato cooperado em seu sentido estrito, e por fim realizando uma análise jurisprudencial acerca do tema junto aos tribunais do país, sob uma ótica da efetiva análise da matéria discutida.

Para alcançar os objetivos propostos, esta pesquisa adota os métodos dedutivo e dialético, combinando a análise das normas gerais do ordenamento jurídico, em especial os princípios constitucionais aplicáveis ao direito empresarial e à recuperação judicial, com a investigação do caso específico previsto no § 13 do art. 6º da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, 2005⁴). A partir dessa abordagem, busca-se compreender se há compatibilidade entre o dispositivo legal e os fundamentos constitucionais, bem como identificar e problematizar os conflitos jurídico-normativos que emergem de sua aplicação prática, especialmente nos casos que envolvem Cooperativas de Crédito como credoras em processos de soerguimento empresarial.

Este trabalho não pretende esgotar nenhuma das nuances do tema, o qual ainda embrionário junto aos estudos acadêmicos no país, mas apenas tende a instigar o debate no mundo jurídico ante sua grande relevância junto aos procedimentos de soerguimento empresarial no país, especialmente em caso de produtores rurais.

1. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO §13 INCLUÍDO PELA LEI Nº 14.112/20 JUNTO AO ART. 6º DA LEI Nº 11.101/05

O processo legislativo é composto por um conjunto de procedimentos formais previstos pela própria Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988⁶), sendo ainda regulados por normas infraconstitucionais, com o objetivo de criar, modificar ou revogar normas jurídicas no Brasil. Ele está estruturado junto ao artigo 59 e

6 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 7 maio 2025.

seguintes da Constituição e segue várias etapas até a promulgação de uma lei federal.

Em uma breve síntese a este procedimento, tem-se que o processo começa com a apresentação de um projeto de lei, que pode ser proposto por deputados federais, senadores, o Presidente da República, comissões do Congresso ou por iniciativa popular, desde que subscrito por um número mínimo de eleitores (artigo 61, Constituição Federal). Após a apresentação, o projeto segue para a tramitação nas casas legislativas, começando pela Câmara dos Deputados. Lá, ele é distribuído para as comissões permanentes, onde é discutido, modificado e aprovado. Depois, o projeto é votado no plenário. Caso seja aprovado, ele segue para o Senado, onde passa por um processo semelhante de análise nas comissões e votação no plenário (artigos 52 e 53 da CF).

Após a aprovação nas duas casas do Congresso, o projeto é enviado ao Presidente da República, que pode sancioná-lo ou vetá-lo, no total ou em parte. Se o Presidente vetar, o Congresso pode derrubar o veto caso a maioria absoluta das duas casas concorde em rejeitá-lo (artigo 66, §4º da CF). Uma vez sancionado ou caso o veto seja derrubado, o projeto é publicado no Diário Oficial e passa a vigorar conforme a data estipulada na própria lei, ou, na ausência de previsão, após 45 dias da publicação (Decreto-Lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Meirelles (2017)⁷ ainda pontua que o processo legislativo é essencial para garantir a participação democrática e a deliberação pública nas decisões que impactam a sociedade, no qual reflete que o princípio da separação dos poderes é um instrumento de equilíbrio entre o Legislativo e o Executivo. Já para Silva (2021)⁸, o processo não se limita a um rito burocrático, mas representa uma função normativa

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Constitucional Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. Página 34-35.

8 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021. Página 150-151.

e representativa das casas legislativas, responsáveis por transformar as demandas sociais em normas jurídicas.

Dessa forma, o processo legislativo salvaguarda a segurança jurídica e a estabilidade do ordenamento jurídico, sendo fundamental para a expressão da soberania popular e para o equilíbrio entre os poderes. Partindo-se dessas premissas exordiais acerca do processo legislativo, passa-se a análise da tramitação do projeto de lei de origem a Lei nº 14.112 de 2020 (Brasil, 2020⁹).

Em síntese quanto ao trâmite da proposição legislativa que resultou na disposição normativa em discussão (art. 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005), tendo essa decorrido do Projeto de Lei nº 6.229/2005 da Câmara dos Deputados (Brasil, 2005⁹) que buscava aprimorar lacunas da lei de recuperação de empresas e falência, sendo que, após longo trâmite, foi aprovado em 26/08/2020 e remetido para o Senado Federal.

Por oportuno, confira-se a redação final do projeto de lei cameral acerca do referido dispositivo junto ao PL 6.229/2005 que foi enviada pela Câmara dos Deputados para a Casa Revisora do Senado:

§ 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. (NR)

No entanto, ao chegar no Senado Federal, a proposta legislativa foi renomeada como Projeto de Lei nº 4.458/2020¹⁰ com a apresentação

9 BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.229, de 2005**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=303678>. Acesso em: 7 maio 2025.

10 BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.458, de 2020**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para aperfeiçoar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2252527>. Acesso em: 7 maio 2025.

de suposta emenda da redação – supostamente visando apenas melhorar a qualidade do texto, sem alteração de conteúdo – que foi aprovada pela Casa Legislativa em comento, tendo sido dada redação extremamente confusa e opaca do art. 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, 2005⁴) que, posteriormente, entrou em vigor, o qual segue:

§ 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, **consequentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.**

(Grifo deste autor para pontuar a alteração)

Contudo, embora o Senado Federal tenha tratado a matéria como emenda de redação – supostamente visando apenas melhorar a qualidade do texto, sem alteração de conteúdo – não foi o que se sucedeu na prática, haja vista que houve significativo aumento de conteúdo normativo, pois o que se pretendeu foi permitir o ajuizamento de recuperação judicial pelas cooperativas médicas.

Observa-se claramente que o conteúdo do texto aprovado pela Câmara dos Deputados é muito diferente do que foi aprovado no Senado Federal, sendo que, na realidade, ocorreu uma adição ao conteúdo do texto que implicou, inclusive, na tentativa de alteração do próprio regime jurídico até então em vigor, o qual veda, em várias passagens da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, 2005⁴, o ajuizamento de recuperação judicial pelas cooperativas médicas.

Somente a leitura apressada deste novo dispositivo poderia fazer supor que, a partir da reforma, tanto a dívida em favor do Cooperado quanto a dívida em favor da Cooperativa não se sujeitariam aos efeitos da recuperação judicial.

Extrai-se assim que a inconstitucionalidade formal reside na violação ao parágrafo único do artigo 65 da Constituição Federal (Brasil, 1988), que determina expressamente que, “*sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora*”, o que não ocorreu no caso da disposição normativa em comento, uma vez que no seu trâmite legislativo podemos apurar que a redação que havia sido aprovada pela Câmara dos Deputados e enviada ao Senado Federal foi substancialmente modificada sem o retorno para a outra casa legislativa.

Resta patente a inconstitucionalidade da disposição normativa em discussão (artigo 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005) da violação ao parágrafo único, do artigo 65, da Constituição Federal (Brasil, 1988), uma vez que, frente à clara inovação de conteúdo, fica patente que o papel desempenhado pelo Senado Federal foi muito além da revisão do texto do projeto de lei.

Nesse sentido, sobre especificamente o tema, tem-se que advogado, jurista e especialista em reestruturação empresarial, Ricci (2022)¹¹, assim discorre sobre a questão:

A técnica legislativa é das piores possíveis. Além da redação confusa e da total falta de relação entre a primeira e a segunda partes do dispositivo, ele ainda foi mal alocado, pois, existindo um rol de créditos não sujeitos à recuperação judicial nos parágrafos do artigo 49, da Lei 11.101/2005, o ideal é novos créditos tidos como não sujeitos fossem lá arrolados. Além disso, uma leitura apressada do novo dispositivo poderia fazer supor que, a partir da reforma de 2020, crédito decorrente de ato cooperativo não se sujeitaria aos efeitos da recuperação judicial, o que não parece ser correto, todavia.
(...)

11 RICCI, Henrique. **A sujeição do crédito decorrente de ato cooperativo na recuperação judicial**. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-26/henrique-ricci-sujeicao-credito-ato-cooperativo-rj>. Acesso em: 7 maio 2025.

Embora tenha sido tratada pelo Senado como emenda de redação — supostamente visando apenas melhorar a qualidade do texto, sem alteração de conteúdo — não foi isso que ocorreu. Não é difícil verificar que o conteúdo do texto aprovado pela Câmara dos Deputados é muito diferente daquele aprovado pelo Senado.

(...)

Já no Senado, houve um significativo aumento de conteúdo, pois o que se pretendeu foi permitir o ajuizamento de recuperação judicial por cooperativa médica. Porém, talvez para tentar mascar a inovação realizada, a mudança foi conduzida como mero ajuste de redação, com o emprego indevido da expressão “consequentemente”, tentando fazer crer que a segunda parte do §13, do artigo 6º, decorreria da primeira.

Tratou-se, dessa forma, de uma adição substancial ao conteúdo do texto que implicou, inclusive, na tentativa de alteração do próprio regime jurídico até então em vigor, o qual veda, ao menos em duas passagens da Lei 11.101/2005, o ajuizamento de recuperação judicial pelas cooperativas médicas.

Por conta disso, parece clara a inconstitucionalidade pela violação ao parágrafo único, do artigo 65, da Constituição, que determina que, “sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”. Dessa forma, frente à clara inovação de conteúdo fica patente que o papel desempenhado pelo Senado Federal foi muito além da revisão do texto do projeto de lei, revisão esta prevista no caput do mesmo artigo, que dispõe que “O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”. É importante ficar claro que esta regra existe justamente para garantir a formação do consenso democrático. Uma casa legislativa não pode legislar à revelia da

outra - a não ser que esteja dentro de seu campo de competência privativa, o que não é o caso.

Assim, sob este prisma verifica a existência de irregularidade que culminaria na inconstitucionalidade do referido dispositivo, uma vez que apesar da alteração substancial do §13 houve inclusive alteração do sentido legislativo.

Entretanto, obviamente, a matéria foi levada a análise do Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição, o que ocorreu por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7442 (Brasil, 2020¹²). A tramitação da referida ADI se iniciou em 29/08/2023, com a propositura pela Procurador-Geral da República da ação, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, vindo o julgamento apenas ocorrendo em 24/10/2024, com a publicação do acórdão em 07/02/2025, sob a seguinte *decisum*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, para declarar a constitucionalidade da expressão “consequentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica” constante da parte final do art. 6º, § 13, da Lei 11.101/2005, incluído pela Lei 14.112/2020. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Flávio Dino, André Mendonça, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 24.10.2024.

Verifica-se que com o julgamento foi reconhecida a constitucionalidade do referido dispositivo legislativo, sendo que,

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7442, de 2020**. Relator: Min. Luiz Fux. *Supremo Tribunal Federal*, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI%207442&b=ACOR&p=true>. Acesso em: 7 maio 2025.

contudo, pontua-se que o placar nas votações ficou em 6x5, ou seja, a discussão quanto a constitucionalidade da matéria foi deverasmente acirrada, exatamente pelos pontos já esposados.

Dessarte, tem-se que apesar da matéria já haver sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a controvérsia quanto a (in) constitucionalidade sobre o §13 incluído junto ao artigo 6º da Lei nº 11.101/05 pela Lei nº 14.112/20 é patente e merece a discussão, em especial pelos pontos a seguir delineados.

2. O ATO COOPERADO EM *STRICTO SENSU* E O ATO DESENVOLVIDO PELAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO

Acerca do ato cooperativo típico, em *stricto sensu*, tem-se que alguns autores já se dispuseram a discorrer acerca da matéria como Domingos (2002)¹³ ao trazer o seguinte:

Como estabeleceu o parágrafo único [do artigo 79 da Lei 5.764/71], o ato cooperativo não é de natureza mercantil, nem civil (contrato de compra e venda). Mas tem natureza jurídica cooperativa.

[...]

O associado é dono da cooperativa, não seu cliente, daí ser fácil entender que lhe cabe cobrir os custos operacionais na cooperativa.

A cooperativa, portanto, é um braço alongado do associado, prestando-lhe serviços, sem fins lucrativos, o vínculo é de natureza associativa, de tal forma que os sócios são a cooperativa e esta só tem razão de existência se eles a querem manter.

13 DOMINGUES, Jane A. S. Código de Defesa do Consumidor e as Sociedades Cooperativas. In: **Aspectos Jurídicos do Cooperativismo**. Ênio Meinem et al (coord.). Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 68.

Verifica-se a partir do discorrido pelo jurista que há uma forte diferenciação entre o ato cooperado e outros atos da vida civil, especialmente os voltados a relações mercantis.

Ademais, o próprio artigo 79 da Lei nº 5.764/1971 (Brasil, 1971¹⁴) traz claramente o que viria a ser entendido como ato cooperativo, bem como, em seu parágrafo único, acentua a impossibilidade de ato mercantil ser vislumbrado como ato cooperado.

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Neste teor, é possível compreender que os atos cooperados são aqueles praticados pelas cooperativas com os seus cooperados com o intuito de fortalecer um objetivo comum, como é o caso recorrente das cooperativas leiteiras, em que pequenos produtores se unem a fim de proporcionar maior força à atividade desenvolvida.

Assim, conceituado o que a legislação dispõe acerca do ato cooperado em sua essência, cumpre partir para a análise da inclusão do §13 junto ao artigo 6º na Lei nº 11.101/05 pela Lei nº 14.112 de 2020 o qual já transcrito em sua literalidade alhures¹⁵.

14 BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.** *Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das cooperativas e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, 17 dez. 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

15 Art. 6º. § 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, conseqüentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Como já discorrido, a redação legislativa é deverasmente trucada, o que acabou gerando uma série de interpretações, em especial a de que qualquer crédito advindo das relações com cooperativas, não deveriam serem incluídas nos procedimentos recuperacionais.

Entretanto, o dispositivo da lei de insolvência vem sendo aplicado no intuito de excluir irrestritamente créditos de Cooperativas de Crédito junto às recuperações judiciais. Aqui, o cerne da questão se faz exatamente pelo fato de que nesta modalidade de cooperativa não observa-se uma atuação exclusivamente cooperada, mas pelo contrário, na maioria das vezes tal cooperativa atua como instituição bancária, exercendo papel financiador, em que obviamente visa o lucro.

Assim, tem-se que a atividade exercida por tais cooperativas é claramente configurada como mercantil, uma vez que tal instituição deve inclusive observância ao sistema financeiro legal.

Ainda, em uma análise da finalidade legislativa do dispositivo, Sacramone (2023)¹⁶ dispõe que:

[...] por essa posição adotada pelo legislador, como os atos cooperativos não visariam ao lucro, mas ao bem comum, não poderiam ser caracterizados como operação de mercado ou contrato de compra e venda regular de produto ou mercadoria.

O que o autor traz é exatamente a *mens legis* exprimida pelo legislador, e que faz total sentido. Isto pois, advindo o crédito de um ato cooperada, com um fim de satisfazer o bem comum da cooperativa, não faria sentido que tal fosse submetido a um procedimento recuperacional.

No entanto, o que tem-se visto desde o início da vigência da lei é que todo e qualquer tipo de crédito formalizado com as cooperativas têm sido excluídos das recuperações judiciais.

16 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2023. p. 65-66.

Além do mais, realizando uma interpretação sistêmica e tópica legislativa da Lei nº 11.101/05 (Brasil, 2005⁴), tem-se que as hipóteses de concursabilidade e extraconcursabilidade de crédito estão dispostas no artigo 49, *caput* e §§ 3º e 4º da legislação, e não no artigo 6º, conforme houve a inclusão do parágrafo 13. O artigo 6º, tratava-se tão somente das implicações do deferimento do processamento da Recuperação Judicial e outras questões atinentes ao soerguimento da recuperanda.

Logo, a inclusão da disposição de exclusão de crédito junto ao artigo 6º da referida legislação não guarda qualquer consonância com o restante da disposição daquele artigo, se mostrando um verdadeiro contrassenso.

Assim, não se pode olvidar que a exclusão do crédito decorre por 2 (dois) motivos distintos, quais sejam, o momento da constituição do crédito (denominado na doutrina de fato gerador, sendo que, caso o crédito exista antes do ajuizamento da Recuperação Judicial, esse será incluído no feito recuperacional) e as garantias incidentes sobre os créditos que, em alguns casos (desde que em vigor as garantias mencionadas no momento do ajuizamento da Recuperação Judicial), importam na extraconcursabilidade do crédito, sendo que esses motivos não se aplicam no caso das cooperativas de crédito.

O artigo 2º da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, 2005⁴) ainda trata especificamente sobre as pessoas legitimadas em ajuizar a Recuperação Judicial, sendo que resta excluída nessa o ajuizamento de Recuperação Judicial por sociedade cooperativa, situação diversa da Recuperanda Potência Medições.

Outro lado, o artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, 2005⁴) trata tão somente das implicações do deferimento do processamento da Recuperação Judicial e outras questões importantes para o soerguimento da Recuperanda, como, por exemplo, a suspensão das ações execuções por determinado período de “respiro legal” (*stay period*), sendo que esse artigo não trata sobre os créditos concursais ou extraconcursais da Recuperação Judicial, tema tratado diretamente no art. 49 do mesmo diploma legislativo.

Desta feita, tem-se que a partir de uma análise, tanto da própria legislação de insolvência como um todo, bem como ainda da releitura desta legislação correlata com a de atos cooperados, conclui-se que é insuscetível a observância das cédulas estritamente de crédito emitidas pelas Cooperativa de Crédito, se enquadrarem nos termos de um ato cooperado, pois afrontam o próprio instituto em si, ao visarem o lucro e não o bem comum dos cooperados.

3. DO JULGAMENTO DA MATÉRIA JUNTO AOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Com a publicação da alteração legislativa as discussões judiciais quanto a matéria da submissão ou não dos créditos advindos de operações realizadas pelas Cooperativas de Crédito entraram em voga junto ao Poder Judiciário.

O que se viu no início foram inúmeros julgados os quais passaram unicamente por aplicar a letra fria da lei, ou seja, simplesmente excluir os créditos advindos de quaisquer cooperativas, independentemente de o ato em questão ser um ato cooperado ou não.

Entretanto, apesar dos julgamentos junto às recuperações judiciais virem ocorrendo de forma automática, com a exclusão irrestrita de qualquer crédito cooperado, a matéria ora disposta neste artigo foi objeto de devido debate junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em maio do ano de 2023 (Brasil, 2023¹⁷).

No julgamento em questão o Il. Desembargador Sérgio Shimura dispôs que:

O caso vertente envolve cooperativa de crédito, cuja natureza e atividade não se confundem com as demais cooperativas [...].

17 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento nº 2105754-28.2022.8.26.0000**. Relator: Sérgio Shimura. São Paulo-SP, Diário da Justiça, 23 maio 2023.

Veja que a própria Lei nº 5.764/1971 distingue a cooperativa de 'crédito' das demais, como se depreende dos seguintes dispositivos: tratando-se de cooperativa de crédito sujeita-se às normas do CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL; [...].

A seu turno, a Lei Complementar n. 130/2009 ao dispor sobre o Sistema nacional de Crédito Cooperativo, autoriza a prestação de serviços de natureza financeira (operações de crédito) a associados e não associado, inclusive a entidades do poder público (art. 2º, § 2º), evidenciando que a cooperativa de crédito refoge aos limites previstos da lei das cooperativas.

Conforme é possível consubstanciar do referido trecho do julgado há uma grande diferença entre o ato cooperado e o ato mercantil, sendo que as cooperativas estão aptas a exercerem ambos, porém, nos casos das Cooperativas de Créditos, estas atuam de forma ainda mais ampla, realizando transações inclusive com não associados, sendo então imperioso o exercício de parcimônia na análise dos créditos, a fim de averiguar se este é realmente cooperado ou estritamente mercantil.

O referido voto ainda deu origem a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECUPERAÇÃO JUDICIAL — 'SAMMI' — IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO APRESENTADA POR COOPERATIVA DE CRÉDITO — Decisão agravada que considerou o crédito da Cooperativa de Crédito SICREDI RIO PARANÁ como extraconcursal — Inconformismo da recuperanda — Acolhimento — O caso vertente envolve crédito de cooperativa de crédito, cuja natureza e atividade não se confundem com as demais cooperativas (que são consideradas sociedades simples, não se sujeitando à falência, cf. artigo 982, parágrafo único, Código Civil). Sendo cooperativa de crédito, não se lhe aplica o disposto no artigo 6º, §13, da Lei nº 11.101/2005. A cooperativa de crédito, malgrado não possa pedir

recuperação judicial (artigo 2º, II, Lei nº 11.101/2005), sujeita-se à intervenção, liquidação extrajudicial pelo Banco Central, além da falência (artigo 1º, Lei n. 6.024/1974). A própria lei das Cooperativas (Lei nº 5.764/1971) distingue a cooperativa de ‘crédito’ das demais, subordinando-a às normas do CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (art. 18, §§ 4º e 9º; artigo 103 da Lei nº 5.764/1971). E a Lei Complementar n. 130/2009, ao dispor sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo, autoriza a prestação de serviços de natureza financeira (operações de crédito) a associados e a não associados, inclusive a entidades do poder público (artigo 2º, §2º), evidenciando que a cooperativa de crédito não está regrada pela lei das cooperativas (Lei nº 5.764/1971) Acolhimento do recurso para julgar improcedente a impugnação de crédito, devendo o crédito da cooperativa ser considerado como concursal (quirografário) — Decisão reformada — RECURSO PROVIDO.

(TJ-SP - AI: 21057542820228260000 Presidente Prudente, relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 23/05/2023, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 23/05/2023)

E é exatamente partindo desse pressuposto que o próprio Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que, em se tratando de cooperativas que atuam junto ao mercado financeiro, tais se equiparam às instituições financeiras, aplicando-se inclusive o Código de Defesa do Consumidor em favor do “Cooperado”, conforme *vide*:

“Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese em que a **atividade da cooperativa se equipara àquelas típicas das instituições financeiras**, são aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, a teor da Súmula 297/STJ”.

(AgInt no AREsp 1361406/PR, relator Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 11/04/2019)¹⁸.

“(...). É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que **as cooperativas de crédito integram o sistema financeiro nacional**, estando sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor. (...)”.

(AgInt no AREsp nº 906.114/PR, relator ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 06/10/2016)¹⁹.

“(...). **As cooperativas de crédito são equiparadas às instituições financeiras**, aplicando-lhes o Código de Defesa do Consumidor. (...)”.

(AgInt no REsp nº 1.520.390/ES, relator ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 22/05/2018)²⁰.

Ademais, a atividade em questão tanto se configura como mercantil que tal inclusive deve observância legal ao sistema financeiro legal, devendo as cédulas de crédito oriundas destas relações serem devidamente registradas junto ao sistema competente.

Posteriormente ao referido julgado do TJSP, inúmeros outros tribunais vêm acompanhando essa mesma linha de entendimento,

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.361.406/PR**. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em: 11 abr. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+1361406&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 7 maio 2025.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 906.114/PR**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 6 out. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+906.114&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 7 maio 2025.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.520.390/ES**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.520.390&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 7 maio 2025.

como vemos em outro julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso no mesmo ano (Brasil, 2023²¹):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES – IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO – OPERAÇÃO DE MERCADO FIRMADA ENTRE COOPERATIVA E COOPERADO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CRÉDITO PROVENIENTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL PRATICADA PELO CREDOR - INAPLICABILIDADE DO ART. 6º, § 13º DA LEI 11.101/2005 – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A Cédula de Crédito Bancário se trata de operação comum no mercado financeiro – concessão de limite de crédito -, daí porque, não se enquadra na exceção legal que reveste de proteção aos efeitos da recuperação judicial apenas os “atos cooperativos”, compreendidos como aqueles “para a consecução dos objetivos sociais”.

(TJ-MT - AI: 10082623620238110000, Relator.: JOAO FERREIRA FILHO, Data de Julgamento: 25/07/2023, Primeira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/08/2023)

De igual modo, houve julgamento da matéria pelo próprio Tribunal de Justiça de Goiás no final do ano de 2024 (Brasil, 2024²²), da seguinte forma ementado:

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. COOPERATIVA DE CRÉDITO. NATUREZA JURÍDICA.

21 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 10082623620238110000**. Relator: João Ferreira Filho. Primeira Câmara de Direito Privado. Mato Grosso, Diário da Justiça, 03 ago. 2023.

22 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento nº 5857827-26.2024.8.09.0051**. Relator: Desembargador Breno Caiado. 11ª Câmara Cível. Goiás, Diário da Justiça, 21 nov. 2024.

**CRÉDITO SUBMETIDO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
RECURSO DESPROVIDO.**

I. CASO EM EXAME

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou impugnação à relação de credores proposta por cooperativa de crédito em processo de recuperação judicial, mantendo o crédito da cooperativa como concursal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se o crédito da cooperativa de crédito se submete aos efeitos da recuperação judicial, tendo em vista a natureza jurídica da cooperativa e a aplicação do art. 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O art. 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005, que exclui os contratos e obrigações de atos cooperativos dos efeitos da recuperação judicial, não se aplica às cooperativas de crédito, dada sua natureza de instituição financeira. 4. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais. Não constituem atos cooperativos as operações de mercado, tais como empréstimos financeiros pelas cooperativas de crédito, não sendo excluídos tais contratos e obrigações dos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do art. 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005 com o art. 79, parágrafo único, da Lei nº 5.764/1971. 5. Conforme disposto na Lei Complementar nº 130/2009, as cooperativas de crédito estão regulamentadas e classificadas como instituições financeiras, o que lhes confere a autorização para realizar operações de crédito. A referida legislação as distingue das demais cooperativas, equiparando-as juridicamente às instituições financeiras tradicionais, sujeitando-as às normas do Sistema Financeiro Nacional e à supervisão do Banco Central do Brasil.

6. A jurisprudência do STJ e de tribunais estaduais reconhece que as cooperativas de crédito, por atuarem como instituições financeiras, não estão abrangidas pelas exclusões previstas no art. 6º, § 13, da Lei de Recuperação Judicial.

7. A fixação de honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor atualizado da causa é compatível com o critério estabelecido pelo STJ, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, considerando o elevado valor da causa e a natureza do litígio.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

“1. O crédito da cooperativa de crédito, por se tratar de instituição financeira, se submete aos efeitos da recuperação judicial. 2. O art. 6º, § 13, da Lei nº 11.101/2005, não se aplica aos contratos de empréstimo financeiro das cooperativas de crédito.”

Dispositivos relevantes citados: Lei nº 11.101/2005, art. 6º, § 13; Lei nº 5.764/1971, arts. 18, §§ 4º e 9º, 47, § 2º, 78, 79, 92, I; Lei Complementar nº 130/2009, art. 1º. Jurisprudências relevantes citadas: TJ-SP - AI: 21057542820228260000 Presidente Prudente, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 23/05/2023, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 23/05/2023. AgrG no Resp 1264108-RS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 10/03/2015. Súmula 297 do STJ.

(TJ-GO - AI: 5857827-26.2024.8.09.0051, Relator.: DESEMBARGADOR BRENO CAIADO, Data de Julgamento: 18/11/2024, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/11/2024)

Neste ano de 2025 já houve também novo julgamento pelo Tribunal de Justiça do Mato do Grosso (Brasil, 2025²³) abordando a matéria:

23 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 1000646-39.2025.8.11.0000**. Relator: Sebastião de Arruda Almeida. Quinta Câmara de Direito Privado. Mato Grosso, Diário da Justiça, 14 mar. 2025.

EMENTA. DIREITO PRIVADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DE CRÉDITO. ATO COOPERATIVO. ATO QUE ULTRAPASSA AS ATIVIDADES TÍPICAS DE COOPERADO E COOPERATIVA. RELAÇÕES NITIDAMENTE BANCÁRIAS. VEDADO O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA PARTE (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). APROVAÇÃO DO PLANO RECUPERACIONAL. DESPROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

Agravo de Instrumento interposto por Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados Vale do Cerrado - Sicredi Vale do Cerrado contra decisão da 4ª Vara Cível de Rondonópolis-MT, que julgou improcedente a impugnação de crédito.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

A questão em discussão consiste em saber se os créditos da cooperativa agravante, oriundos de cédulas de crédito bancário, devem ser considerados extraconcursais, em razão de serem decorrentes de atos cooperativos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A Lei 14.112/2020 incluiu no rol de créditos extraconcursais aqueles oriundos de atos cooperativos, conforme o § 13º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005. A definição de ato cooperativo está prevista no artigo 79 da Lei n. 5.764/1971, que exclui operações de mercado e contratos de compra e venda de produtos ou mercadorias. No caso em análise, os empréstimos contratados ultrapassaram as atividades típicas de cooperado e cooperativa, caracterizando operações de mercado. É vedado o comportamento contraditório da parte (venire contra factum proprium), logo, não é compatível a tese de exclusão aduzida na impugnação de crédito quando a própria recorrente foi essencialmente relevante na aprovação do Plano Recuperacional.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso desprovido.

Tese de julgamento: “Os créditos oriundos de cédulas de crédito bancário, mesmo que contratados por cooperativas de crédito, não são considerados extraconcursais quando apurado que o empréstimo contratado ultrapassou as atividades típicas de cooperado e cooperativa, envolvendo, também, relações nitidamente bancárias.”

Dispositivo relevante citado: Lei n.º 11.101/2005, art. 6º, § 13º; Lei n.º 5.764/1971, art. 79. Jurisprudência relevante citada: TJ-MT, AI 10082623620238110000, Rel. João Ferreira Filho, Primeira Câmara de Direito Privado, j. 25.07.2023; TJ-MT, AI 1019961-24.2023.8.11.0000, Rel. Sebastião de Moraes Filho, Segunda Câmara de Direito Privado, j. 21.02.2024; STJ, AgInt no AREsp 1172183 PR, Rel. Antonio Carlos Ferreira, T4 - Quarta Turma, j. 29.05.2023.

(TJ-MT - AI: 1000646-39.2025.8.11.0000, Relator.: SEBASTIAO DE ARRUDA ALMEIDA, Data de Julgamento: 11/03/2025, Quinta Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/03/2025)

Tem-se que da análise dos julgados realizados pelos tribunais pátrios é possível verificar o desenvolvimento de duas teses, em dado momento inicial das inovações da Lei nº 14.112/20 vinha sendo aplicada estritamente a expressa disposição do artigo 6º, §13 da Lei nº 11.101/05, com a exclusão dos créditos das Cooperativas de Crédito junto às recuperações judiciais, no entanto o referido cenário vem sofrendo alterações.

Como demonstrado, desde o ano de 2023 as teses quanto ao ato realizado pelas Cooperativas de Crédito ser configurado como ato mercantil, e não ato cooperado, vem sendo cada vez mais acolhidas pelos tribunais de justiça do país.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho de modo algum visou alcançar o deslinde da discussão quanto a submissão ou não dos créditos das Cooperativas de Crédito junto aos procedimentos recuperacionais, especialmente pois o entendimento ainda não se mostra assente junto a jurisprudência pátria.

Quanto ao discutido acerca da constitucionalidade da inclusão legislativa do parágrafo 13 junto ao artigo 6º da Lei nº 11.101/05, pela Lei 14.112/20, o que coaduna-se é que o texto legislativo tramitado junto a Câmara dos Deputados (PL nº 6.229/2005) e então remetido ao Senado Federal (PL nº 4.458/2020), apresentam redações diversas. Ressalta-se que o texto do dispositivo foi substancialmente dilatado, para não se dizer incluída nova matéria, logo, seria de prudência a submissão novamente à apreciação da Câmara dos Deputados.

Entretanto, vislumbra-se que a matéria foi levada e debatida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu, em julgamento acirrado (6x5), pela constitucionalidade do dispositivo.

Já no atinente à aplicação do dispositivo em si (art. 6º, § 13 da Lei nº 11.101/05) nos atos praticados pela Cooperativas de Crédito, tem-se que o entendimento jurisprudencial vem sofrendo modificações.

Tais julgados recentes vêm se moldando com base na tese de que a atividade desenvolvida pela Cooperativas de Crédito tem natureza comercial, culminando em atos mercantis e não atos cooperados. Tal medida se dá exatamente com base na conceituação do ato cooperado citado no artigo 79 da Lei 5.764/71, o qual veda a possibilidade que este se relacione com operações de mercado.

Ademais, outras características das próprias Cooperativas de Crédito, como estarem vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional e ao próprio Banco Central do Brasil, bem como terem uma relação consumerista com os “cooperados”, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acabam desqualificando as operações entre estes sujeitos como atos cooperados.

Assim, pode-se concluir que há fortes indícios acerca da inconstitucionalidade da inclusão do §13 junto ao artigo 6º da Lei nº 11.101/05, ainda que não reconhecida neste sentido, e ainda que a relação de crédito existente entre produtores rurais e empresas com as Cooperativas de Crédito representam um ato fortemente mercantil, não sendo possível vislumbrar uma relação essencialmente cooperativa destes atos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 142, n. 29, p. 1, 10 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 246, p. 4, 24 dez. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. *Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das cooperativas e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 dez. 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.458, de 2020**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para aperfeiçoar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2252527>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.229, de 2005**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial

e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=303678>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.361.406/PR**. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em: 11 abr. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+1361406&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 906.114/PR**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 6 out. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+906.114&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.520.390/ES**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.520.390&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7442, de 2020**. Relator: Min. Luiz Fux. *Supremo Tribunal Federal*, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI%207442&b=ACOR&p=true>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento nº 5857827-26.2024.8.09.0051**. Relator: Desembargador Breno Caiado. 11ª Câmara Cível. Goiás, Diário da Justiça, 21 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 10082623620238110000**. Relator: João Ferreira Filho. Primeira Câmara de Direito Privado. Mato Grosso, Diário da Justiça, 03 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 1000646-39.2025.8.11.0000**. Relator: Sebastião de Arruda Almeida. Quinta Câmara de Direito Privado. Mato Grosso, Diário da Justiça, 14 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento nº 2105754-28.2022.8.26.0000**. Relator: Sérgio Shimura. São Paulo-SP, Diário da Justiça, 23 maio 2023.

DOMINGUES, Jane A. S. Código de Defesa do Consumidor e as Sociedades Cooperativas. In: **Aspectos Jurídicos do Cooperativismo**. Ênio Meinem et al (coord.). Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 68.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Constitucional Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

RICCI, Henrique. **A sujeição do crédito decorrente de ato cooperativo na recuperação judicial**. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-26/henrique-ricci-sujeicao-credito-ato-cooperativo-rj>. Acesso em: 7 maio 2025.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2023. p. 65-66.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos**. *Serasa Experian*, [s.d.]. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 7 maio 2025.

SERASA EXPERIAN. **Recuperação judicial no agro no terceiro trimestre de 2024:** como a inteligência analítica prevê e mitiga riscos no segmento. *Serasa Experian*, [s.d.]. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/agronegocio/recuperacao-judicial-no-agro-no-terceiro-trimestre-d> Acesso em: 7 maio 2025.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A INCLUSÃO DO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Pedro Paulo Garcia e Silva

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca da inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1.829 do Código Civil, com o levantamento, no decorrer da exposição, de questões pertinentes ao atual entendimento da doutrina e da jurisprudência frente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do mesmo diploma legal. A pesquisa traz, ainda, normas de direito comparado, concernentes ao Código Civil de 1916, que do qual não havia concorrência sucessória envolvendo o cônjuge; os limites da autonomia privada nos contratos de convivência e; por fim, trata da abrangência da equiparação entre o casamento e a união estável, isto é, os limites que diferenciam um regime do outro e a polêmica sobre a inclusão do companheiro ou não no rol dos herdeiros necessários, com breves comentários acerca da Lei 9.278/1996, que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. O trabalho consiste em exposições doutrinárias e jurisprudenciais e finaliza concluindo pela linha de interpretação que se tem adotado majoritariamente, até que a questão seja enfrentada de forma mais ampla pelo STF.

Palavras-chave: Sucessões. Legítima. Companheiro. União estável. Ordem de vocação hereditária.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the inclusion of the partner in the hereditary vocation order, provided for in article 1.829 of the Civil Code, with a survey, in the course of the exposition, of issues pertinent to the current understanding of doctrine and jurisprudence in the face of the understanding of the Federal Supreme Court (STF), which declared the unconstitutionality of article 1.790 of the same

legal diploma. The research also includes rules of comparative law concerning the Civil Code of 1916, under which there was no succession competition involving the spouse; the limits of private autonomy in cohabitation contracts and; finally, it deals with the scope of the equivalence between marriage and stable unions, that is, the limits that differentiate one regime from the other and the controversy over whether or not to include the partner in the list of necessary heirs, with brief comments on Law 9.278/1996, which regulates § 3 of Article 226 of the Federal Constitution. The work consists of doctrinal and jurisprudential expositions and ends by concluding with the line of interpretation that has been adopted by the majority, until the issue is faced more broadly by the STF.

Keywords: Succession. Legitimate. Partner. Common-law partnership. Order of inheritance.

INTRODUÇÃO

A sucessão legítima, como um dos princípios fundamentais do Direito das Sucessões e da Constituição da República, é um tema sempre muito presente nos debates jurídicos. Com a promulgação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, transformou-se completamente o regime sucessório *post mortem*, mormente com a inclusão do cônjuge (e, mais adiante, do companheiro) na primeira classe da ordem de vocação hereditária.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a analisar, em específico, os contornos jurídicos da inclusão do companheiro na ordem de sucessão, conforme interpretação a ser dada ao artigo 1.829 do Código Civil, em razão da decisão em repercussão geral do Recurso Extraordinário 878.694/MG, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, de 10.05.2017, do Supremo Tribunal Federal.

Para isso, de início, elucida-se acerca do conceito de companheiro e de união estável, quais os requisitos para que seja configurada a

união e os fundamentos constitucionais que a levaram à equiparação ao casamento.

Após, passa-se ao estudo da ordem de vocação hereditária, isto é, em como se defere a ordem de sucessão *mortis causa* e das disposições da Lei 9.278/1996, que reconheceu a união estável como entidade familiar, e sua equiparação ao casamento em matéria sucessória.

Trata, ainda, do contrato de convivência (equivalente ao pacto antenupcial), em que se discorre acerca da corrente doutrinária que afirma que os conviventes podem, mediante escritura pública, decidir excluir-se da sucessão legítima um do outro, em virtude da lacuna deixada pelo STF, que passa a ser o assunto do capítulo seguinte.

Por fim, o estudo traz à baila os pontos fixados pela Suprema Corte em relação ao tema, por meio do seu Informativo n.º 864 e a omissão quanto à extensão dessa decisão frente à inclusão ou não do companheiro na sucessão legítima, empreendendo uma investigação aprofundada do entendimento atual da doutrina e da jurisprudência.

Em suma, com esta pesquisa pretende-se contribuir para a compreensão mais ampla e aprofundada acerca das implicações da inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, segundo o contexto civil brasileiro.

Posto isso, para a execução do trabalho será utilizado o método dedutivo, com exposições doutrinárias e jurisprudenciais obtidas por meio de pesquisas bibliográficas da área de estudo.

1. SUCESSÃO LEGÍTIMA

1.1 LEGISLAÇÃO ANTERIOR – CÓDIGO CIVIL DE 1916

Como um direito fundamental à entidade familiar, cujo objetivo é perpetuar o patrimônio do falecido, o Direito das Sucessões, com grandes influências do Direito de Família, é um ramo que está sempre em discussão e modificação, haja vista os novos tipos familiares e valores sociais em constante evolução.

Não somente no sentido patrimonial, o Direito das Sucessões está presente também no sentido de garantir a perenização da família e da história deixada pelo *de cuius*.

Nesse sentido, leciona José de Oliveira Ascensão que além da perpetuação do patrimônio, a sucessão *morits causa* é direito necessário à continuidade da pessoa humana do falecido, que se dá na figura do herdeiro. Em suas palavras

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.

A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista. No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.

A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou de cuius. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário.

Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste. (ASCENSÃO, 2000, p. 13).

Em termos gerais, são duas as modalidades de sucessão em razão da morte: a sucessão legítima, aquela que decorre da lei, segundo a ordem de vocação hereditária; e a sucessão testamentária, que ocorre

por disposição de última vontade (testamento). Nesta pesquisa será abordada somente a sucessão legítima.

Pois bem. Conforme vigorava no Código Civil antecessor, de 1916, a ordem de vocação hereditária deferia-se em primeiro lugar aos descendentes (filhos, netos, bisnetos etc.). Se o *de cujus* não tivesse descendentes, a ordem de vocação hereditária se deslocava para os ascendentes, ou seja, pais, avós, bisavós etc. O cônjuge sobrevivente, por sua vez, entrava na terceira classe da ordem de vocação hereditária, não havendo falar em concorrência.

Se não houvesse descendentes, ascendentes ou cônjuge, os colaterais eram chamados a suceder. Por último, não havendo colaterais, a herança caberia à União, aos Municípios ou ao Distrito federal (essa última classe se assemelha à previsão do artigo 1.844 do atual Código Civil, quando a herança é considerada jacente).

Vê-se que aqui não se tinha uma preocupação tão acentuada como se tem hoje com a figura do cônjuge. Conforme se extrai da antiga norma, ele ocupava uma posição intermediária na ordem de vocação hereditária, e seu direito à herança variava de acordo com a existência de outros herdeiros, considerados prioritários pela Lei então vigente.

No entanto, conforme as mudanças sociais vividas, essa ordem de preferência foi significativamente alterada com a entrada do Código Civil de 2002 em vigor, que introduziu a figura da sucessão concorrential da legítima.

Ainda, o Código Civil de 1916, se comparado à legislação que o precedia, as Ordenações Filipinas, já conferia um certo grau de zelo à figura do cônjuge, vez que, antes de 1907, o ordenamento sucessório até o incluía na ordem de vocação hereditária, mas tão somente após a convocação dos descendentes, ascendentes e colaterais, podendo estes serem chamados à sucessão até o décimo grau de parentesco, para, somente então, invocar o cônjuge.

Com Decreto n.º 1.839, de 31 de dezembro de 1907, inverte-se a ordem entre colaterais e cônjuge, assumindo este a terceira posição na ordem de vocação hereditária, tendo preferência aos colaterais

(salientamos que aqui houve uma redução dos colaterais aptos a suceder, sendo permitido, a partir de então, somente até o sexto grau). Conforme a redação de seu artigo 1º

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjuge sobrevivivo, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou à União, si tiver o domicílio em territorio não incorporado a qualquer dellas. (BRASIL, 1907).

Conforme se depreende do estudo da evolução do direito sucessório, aos poucos o cônjuge vai ganhando cada vez mais importância e preferência aos demais entes familiares.

Até este estágio legal, não há falar em união estável ou companheiro. Esse instituto nasce a partir da valorização da instituição do casamento e da mudança dos valores sociais ao longo do tempo.

O tema será tratado no tópico pertinente, mas, de forma breve, ocorria que, pela ascensão dos direitos patrimoniais conferidos ao cônjuge, muitos casais não se casavam, ficando um dos cônjuges (a mulher, dado o contexto histórico), sem qualquer respaldo financeiro ao fim do relacionamento, o que gerou uma preocupação no legislador em conferir uma certa proteção a essa nova entidade familiar que surgia.

1.2 LEI VIGENTE

De forma antagônica ao Código Civil de 1916, o seu sucessor instituiu uma forma diferente de deferimento da sucessão legítima. Uma das principais mudanças introduzidas diz respeito à valorização

do cônjuge, que passou a ter prioridade na legítima, concorrendo com descendentes e ascendentes.

De acordo com o artigo 1.829, os descendentes continuam na primeira classe da ordem de vocação hereditária. Acontece, todavia, que agora, caso o *de cujus* fosse casado, haverá concorrência com o cônjuge sobrevivente, isto é, herdarão os descendentes juntamente com o cônjuge.

No entanto, existem algumas exceções para essa concorrência, quais sejam: se o regime do casamento for o da comunhão universal (nesse caso não há falar em herança, e sim em meação); separação obrigatória (causas previstas no artigo 1.641 e seus incisos) ou se, casado no regime da comunhão parcial, não tiver deixado bens particulares.

Outro ponto que merece destaque quanto à sucessão aos descendentes é o chamado direito de representação, segundo o qual, em havendo descendente pré-morto, seus filhos (no caso, netos do autor da herança) herdarão por representação.

De forma didática: A (autor da herança) havia três filhos (B, C e D). D é pré-morto (faleceu antes do autor da herança), deixando, porém, três filhos, E, F e G. Em razão do princípio da igualdade entre os filhos, o quinhão de A deve ser repartido igualmente entre os três, sendo: 33,33% para B; 33,33% para C; e 33,33% para D. Contudo, como este é falecido, sua quota-parte, em razão do direito de representação, deve ser dividida em partes iguais para seus filhos, E, F e G, os quais herdarão 11,11% cada.

Os ascendentes, por sua vez, ocupam a segunda posição na ordem de vocação hereditária, igualmente em concorrência com o cônjuge. A diferença é que aqui não há ressalvas quanto ao regime do casamento. Assim, seja o regime que for, havendo o falecido pai e mãe vivos, tocará ao cônjuge um terço da herança. Por outro lado, havendo somente um ascendente (pai ou mãe) ou, falecidos estes, somente ascendentes de segundo grau em diante (avós paternos e maternos, bisavós etc.), herdará o cônjuge metade da herança.

Superado este ponto, se não houver descendentes nem ascendentes, o cônjuge herdará 100% (cem por cento) da herança, sem qualquer concorrência ou restrição (alerte-se que as hipóteses aqui demonstradas tratam apenas da sucessão legítima, isto é, considerando que o *de cujus* não tenha deixado testamento).

Por fim, não havendo cônjuge, os colaterais em até quarto grau ocupam a última posição na ordem de vocação hereditária (são eles: irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos). Os colaterais são os herdeiros em última instância, não havendo mais a figura do ente público.

Em substituição ao que era previsto no Código Civil de 1916, não havendo nenhum herdeiro para suceder, a herança será considerada jacente e, após o decurso do prazo para publicação dos editais para a habilitação dos herdeiros, será declarada vacante, hipótese em que o ente público adquire a propriedade resolúvel da herança. Transcorridos cinco anos da abertura da sucessão, o Estado adquire a propriedade definitiva.

Como se vê, o Código Civil atual conferiu uma maior ênfase à proteção ao cônjuge, garantindo-lhe uma parcela da herança independentemente da presença de descendentes. Isso representa uma mudança significativa em relação ao Código Civil de 1916, no qual o cônjuge tinha um status legal menos privilegiado.

Ainda, é um reflexo da mudança dos valores da sociedade, a qual reconhece a figura do marido e da esposa como merecedora de uma tutela especial pela Lei. Sem prejuízo, neste Código foram introduzidas disposições específicas quanto à união estável, artigos 1.723 a 1.727, prevendo, também, a aplicabilidade de matérias concernentes ao casamento.

A diferença principal residia no artigo 1.790, que tratava da sucessão do companheiro. Entendeu o legislador que a sucessão deste não merecia o mesmo tratamento do cônjuge, prevendo, então, um regime próprio para aquele.

Em seus exatos termos

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

(BRASIL, 2002).

Em comparação à sucessão legítima do cônjuge, observa-se que o companheiro ficou prejudicado, pois, pela redação do dispositivo, herdaria em concorrência até mesmo com os colaterais, herdando sozinho somente em última instância, na falta destes.

Por derradeiro, ressalta-se que antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2022 já existiam debates sobre esse “erro” do legislador em dar tratamento diferente às duas formas de família. Nesse sentido elucidou o professor Inácio de Carvalho Neto, em artigo publicado após a promulgação da Lei 10.406/2002

Em síntese, segundo nosso entendimento, andou mal o legislador do novo Código no trato da matéria da sucessão do companheiro, seja pela desigualdade de tratamento em relação ao cônjuge, seja pela limitação da sucessão aos bens adquiridos na constância da união, confundindo assim sucessão com meação. Urge a correção dessas disposições, antes mesmo que entre em vigor o novo Código Civil. Quanto ao cônjuge, avançou o legislador no trato da sucessão do cônjuge, podendo-se até mesmo ver exagero nas inovações. (CARVALHO NETO, 2002).

É que se esperava, com a promulgação do novo código, um sistema que igualasse o regime sucessório entre cônjuges e companheiros, até mesmo em continuidade à tendência que vinha se instalando. No entanto, o Código veio em sentido contrário.

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo da união estável propriamente dita.

2. UNIÃO ESTÁVEL

2.1 CONFIGURAÇÃO

Fruto de transformações sociais e culturais, a união estável veio para preencher uma lacuna no Direito de Família brasileiro. Sua origem está ligada às transformações nas estruturas familiares e naquilo que a sociedade entendia como um ponto preocupante: a situação de mulheres que não se casavam (por imposição do companheiro), porém, viviam como se casadas fossem.

O problema consistia em que, ao final do relacionamento (seja na morte ou por separação), essas mulheres em nada tinham direito, pois não eram formalmente casadas; e a lei, até então, não amparava tais situações.

Nesse sentido, Rolf Madaleno

A união estável é reflexo do casamento, e só é adotada pelo direito por seu caráter publicista, por sua estabilidade, e permanência, e pela vontade dos conviventes, de externar aos olhos da sociedade, uma nítida entidade familiar, de tradição monogâmica, como aceitos no consenso da moralidade conjugal brasileira. (MADALENO, 2008).

Dessa forma, em razão de o matrimônio exigir muitas formalidades e confusão patrimonial entre os cônjuges, com o desejo de afastar tais conseqüências, muitos casais deixavam de se casar, mas,

internamente, o relacionamento se tratava de um casamento, ainda que informal.

Assim, a união estável no Brasil emergiu ao longo do tempo como resultado de uma indignação frente a essa situação. Como demonstrado no capítulo anterior, a legislação brasileira somente reconhecia como forma de constituição familiar o casamento.

Com o advento da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que também será tratada no tópico seguinte, passou-se a estabelecer regras específicas para a caracterização da união estável, reconhecendo-a como uma entidade familiar e regulamentando o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal (CF).

Esse reconhecimento contribuiu para a valorização da união estável como uma forma legítima de constituição de família, conferindo-lhe direitos e deveres semelhantes aos do casamento.

Nos termos do artigo 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Ressalta-se que apesar de a redação do dispositivo se referir apenas à união entre o homem e a mulher, em 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que o instituto também se aplica aos casais do mesmo sexo, estendendo, assim, a mesma proteção legal a essas uniões, reconhecendo a união homoafetiva como núcleo familiar.

Nesse diapasão, alguns elementos são essenciais para que uma relação seja considerada uma união estável. São eles: convivência pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família.

Conforme se extrai do comando legal, não há um prazo determinado de convivência para que se caracterize o instituto. No entanto, a lei usa a expressão “contínua e duradoura”, o que transmite uma ideia de perenidade no tempo e um prazo minimamente razoável para se considerar “duradoura”.

Outro ponto, é que esta união deve ser pública, ou seja, deve-se comprovar uma repercussão mínima perante a sociedade,

um reconhecimento externo que de fato os conviventes têm um compromisso um para com o outro.

Por fim, e não menos importante, sendo considerado, inclusive, o núcleo do instituto, o objetivo de constituir família. Para o enquadramento neste requisito, apesar de não ser obrigatório os companheiros terem residência comum e tampouco filhos, deve-se verificar um ânimo entre os companheiros de constituição de família.

Nesse sentido, conforme elucida Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, são elementos essenciais para a caracterização da união estável: a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. Como elementos acidentais: o tempo, a prole e a coabitação. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Assim, como se nota, os requisitos para a configuração da união estável são colocados de forma ampla a genérica, devendo cada caso ser analisado em sua particularidade.

Tal construção não foi adotada de propósito. Como bem elucida Judith Martins-Costa, o Código Civil atual adotou um sistema de cláusulas gerais (ou também denominado janelas abertas), em que os conceitos jurídicos são intencionalmente vagos e abertos, permitindo ao aplicador do Direito aplicar o instituto de acordo com o caso concreto. (MARTINS-COSTA, 2002).

Assim, parte considerável da doutrina entende ser a união estável uma situação de fato, da qual não há necessidade de formalização, vez que a lei já elencou os requisitos para a sua configuração, bastando, portanto, apenas o seu reconhecimento.

Caracterizada a união estável, são conferidos aos companheiros diversos direitos e deveres similares aos do casamento, como o direito à herança, que será mais bem explanado no capítulo seguinte.

No entanto, sem prejuízo, embora o comum seja que os companheiros não formalizem, em razão do próprio contexto social brasileiro, em que vigora a simplificação das formas, pode ser formalizada por meio de um contrato escrito, seja particular, seja por escritura pública.

2.2 EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO E A LEI 9.278/1996

Conforme elucidado, com a emergência da Lei 9.278/1996, estabeleceu-se regras específicas para o reconhecimento de relações de união estável e, por consequência, os direitos e deveres dos companheiros um para com o outro.

Um dos principais pontos da Lei é a aproximação dos direitos e deveres dos conviventes em relação ao casamento, como alimentos, em caso de dissolução da união (caso um dos companheiros necessite); guarda sustento e educação dos filhos comuns; e direito à meação em relação aos bens adquiridos por um ou por ambos os conviventes, a título oneroso, na constância da união estável.

Por fim, em atenção ao disposto no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, a Lei permite que a união estável seja convertida em casamento.

Noutro giro, anteriormente a esta lei, alguns direitos do companheiro eram tratados por leis esparsas, o que já demonstrava uma certa preocupação do legislador em outorgar uma garantia mínima de direitos a esses indivíduos.

Nesse sentido, o Decreto-lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944, que concedeu à companheira o direito de receber indenização pela morte do companheiro em acidente; bem como a Lei 4.297, de 23 de dezembro de 1963, que passou a reconhecer a convivência como situação merecedora de proteção jurídica em caso de falecimento do companheiro, para questões previdenciárias. (NOGUEIRA, 2014).

Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002, alguns dispositivos da Lei 9.278/1996 foram reproduzidos (regras em relação ao exercício do poder familiar; alimentos; causas impeditivas e outros), reforçando ainda mais o instituto. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, equipara a união estável ao casamento em várias de suas matérias, entendendo, parte da doutrina, estarem os institutos totalmente equiparados.

No entanto, esse não é o melhor entendimento a ser seguido, conforme será demonstrado no capítulo seguinte. Apesar de boa

parte das matérias relacionadas ao cônjuge serem aplicáveis ao companheiro, existem algumas ressalvas que devem ser mais bem aprofundadas.

Fato é que, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, o matrimônio ganhou tanta força nos últimos anos que, a partir dele, surge essa espécie de matrimônio “informal” que é a união estável, situação de fato que produz sérios efeitos jurídicos não só para o casal, mas sua família.

Nesse sentido, um dos efeitos mais importantes, além das questões sucessórias, é em relação aos contratos, em que caso o companheiro venda imóvel comum do casal sem anuência de seu consorte, poderá ter o negócio jurídico anulado, em virtude de que a regra dos artigos 1.725 e 1.647, aplicada aos cônjuges, se aplica também ao companheiro.

3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

3.1 CONTRATO DE CONVIVÊNCIA E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

Da lição de Francisco dos Santos Amaral Neto (2010, p. 128), a autonomia privada decorre da liberdade que o ordenamento confere aos particulares para regular suas relações. Trata-se de um espaço livre para o exercício do poder de autorregulamentação dos seus interesses.

Fazendo alusão à autonomia privada, o artigo 421-A do Código Civil expressa que, em regra, os contratos civis presumem-se paritários e simétricos, sendo garantido às partes, ainda, o direito de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas. Portanto, a liberdade contratual é a regra do negócio jurídico civil.

No entanto, como não se pode olvidar, essa liberdade pode e sofre restrições. Uma delas concerne à observância das normas de ordem pública e o princípio da função social dos contratos, conforme elucida o próprio artigo 421 do referido diploma legal.

Dessa forma, trazendo o tema para o assunto aqui tratado, é preciso ter em mente que os negócios não envolvem somente questões patrimoniais, apesar de esse ser o intuito maior do ramo privado do Direito, mas também extrapatrimoniais, o que inclui relações familiares.

Nesse sentido, o contrato de convivência nada mais é do que um documento no qual as partes (companheiros) podem utilizar para estabelecer regras e acordos específicos para o seu relacionamento, como o regime de bens que vigorará e o termo inicial da união.

Como se trata de direito privado, partimos da premissa de que se não há vedação legal, não há falar em ilicitude. O artigo 1.725 do Código Civil, outrossim, é expresso ao afirmar pela possibilidade.

Deve-se observar, no entanto, que uma vez que o contrato de convivência versa sobre Direito de Família (e, portanto, normas cogentes), não se pode estipular cláusulas que contrariam a própria natureza do instituto.

Assim, o contrato convivência não é um ato constitutivo da união estável (que, como visto, é um direito de “fato”), porém, pode prever tanto a retroatividade de suas disposições, abrangendo bens particulares havidos anteriormente à união, quanto estipular o seu início a partir da lavratura ou assinatura do documento.

Em suma, o contrato de convivência é destinado para aqueles que querem estabelecer uma vida comum, publicamente perante a sociedade, porém, não possuem interesse (pelo menos momentâneo) no casamento, mas querem regulamentar disposições patrimoniais para resguardo em caso de uma possível separação.

Nessa esteira, o regime legal de bens adotado na união estável é o da comunhão parcial de bens. Nesse sentido, conforme o já citado artigo 1.725 do Código Civil, o meio adequado para que o casal disponha em sentido contrário é o contrato, que pode ser particular ou público (escritura).

Nos termos do artigo 1º-A do Provimento 141 do Conselho Nacional de Justiça, o título consistirá em declaração de ambos os companheiros perante o ofício de registro civil das pessoas naturais

de sua livre escolha, com a indicação de todas as cláusulas admitidas nos demais títulos, inclusive a escolha de regime de bens, na forma do art. 1.725 do Código Civil, e de inexistência de lavratura de termo declaratório anterior.

Pois bem. Em se tratando da escritura pública, surge uma nova corrente doutrinária, decorrente do clamor social de afastar a comunicação de bens quando da sucessão entre os companheiros.

A questão é que o regime da união estável parece não atender, ou em certa forma atrapalhou o relacionamento amoroso entre as pessoas. Pessoas essas que possuem o desejo de se manter em um relacionamento, mas que, devido ao receio de, em sua morte, seus descendentes terem que dividir sua herança com o companheiro, preferem encerrar, ou sequer iniciar um relacionamento.

Nesse sentido, a primeira hipótese a ser sugerida, a fim de solucionar o impasse, é o estabelecimento de um namoro. O namoro, como se sabe, não sujeita as partes às obrigações que decorrem de um casamento ou união estável.

Acontece, no entanto, que devido a abertura do conceito de união estável, sem regras objetivas e determinadas, tem-se uma linha muito tênue entre ela e o namoro, resultando em uma insegurança jurídica muito grande aos contraentes.

Ora, futuramente, havendo a morte de um dos consortes (ou mesmo em vida), nada impede que um deles proponha ação judicial para reconhecimento da união estável, cabendo a decisão, ainda, a um terceiro totalmente alheio à situação, o juiz.

Dessa forma, a fim de neutralizar esse risco, muitos que namoram preferem, desde logo, firmar escritura pública de união estável, para que assim possam saber que, ao menos em vida, não haverá falar em partilha de bens.

Por outro lado, é verdade que, na morte, o companheiro herdará em concorrência com os descendentes, o que parte da doutrina, em atenção aos anseios sociais, parece não se conformar.

Nesse sentido, encabeçada por Rolf Madaleno, surge corrente doutrinária que aos poucos vem recebendo novos aderentes, no

sentido de que seria possível afastar o direito concorrencial sucessório nos contratos de convivência, mediante renúncia de ambos os conviventes.

Vários notários, percebendo essa mudança social contemporânea, aceitam inserir disposições de tal teor no contrato de convivência, deixando claro às partes, para fins de transparência, sobre a divergência existente sobre o tema. (GUÉRCIO NETO; SANTOS; MASSONETO JÚNIOR, 2023).

Nesse diapasão, recentemente foram publicadas novas normas da Corregedoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro - Parte Extrajudicial, que autorizam expressamente a previsão dessa cláusula

Art. 390, § 3º. A cláusula de renúncia ao direito concorrencial (art. 1.829, I, do CC) poderá constar do ato a pedido das partes, desde que advertidas quanto à sua controvertida eficácia.
(RIO DE JANEIRO, 2023)

Conforme elucidada Arthur Del Guércio Neto, Carolina Edith Mosmann dos Santos e João Francisco Massoneto Júnior, a possibilidade de inclusão da cláusula de renúncia ao direito concorrencial significa dar uma “chance” às pessoas de viver o afeto com plenitude e tranquilidade, uma chance de ser feliz, possibilitando que, no futuro, o tema seja enfrentado pelos Tribunais e os contraentes possam ter uma chance do seu desejo ser respeitado. (GUÉRCIO NETO; SANTOS; MASSONETO JÚNIOR, 2023).

Ora, se as partes são maiores, capazes e estão de acordo quanto ao desejo de não comunicar patrimônio, mediante declaração pública, feita de livre e espontânea vontade, é um tanto quanto desarrazoado a lei lhes impor tais efeitos.

Dessa forma, parte da doutrina começa a mudar seu posicionamento, até mesmo em respeito à própria instituição familiar, pois, aos poucos, o dirigismo estatal nas relações privadas desestimula aqueles que querem estabelecer um relacionamento, mas que, entre

se relacionar e proteger seus bens, escolhem este último. É que a lei não oferece um meio termo. Então, nesse caso, a “saída” encontrada é o pacto com a exclusão expressa do direito concorrencial.

Em conclusão, atualmente existem duas correntes notarias sobre o tema: há tabeliães que não aceitam a inserção, pois, firmados pelo posicionamento clássico, entendem a cláusula tratar de negociação de herança de pessoa viva, portanto, nula; e tabeliães que aceitam a inclusão, contudo, com menção expressa de que se trata de uma condição futura (mudança do entendimento jurisprudencial ou legal ao tempo da morte).

Como exemplo da primeira corrente de pensamento, e fazendo um contraponto ao entendimento da Corregedoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão recente, de setembro de 2023, em votação unânime, concluiu não ser possível estabelecer cláusula de renúncia à concorrência sucessória, por haver lesão ao artigo 426 do Código Civil.

Comumavisãoestritamentelegalista, sustentou Desembargador que muito embora se reconheça a existência de posições doutrinárias em sentido contrário, em se tratando de registros públicos, deve o operador se ater unicamente à Lei positivada, de modo que, da forma como se apresenta (com cláusula de renúncia), o título não comporta registro, sendo nulo de pleno direito. (GARCIA, 2023).

Finalizando este tópico, é importante deixar claro que o tema aqui tratado se refere ao pacto antenupcial referente aos bens particulares, isto é, no que toca aos bens comuns, aqueles adquiridos na constância da união, ainda que por somente um dos companheiros, serão necessariamente partilhados na dissolução da união ou na sucessão *post mortem*.

3.2 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 E OS CONTORNOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG

No sentido que vem sendo demonstrado nesta pesquisa, mesmo com o Código Civil em vigor trazendo disposições distintas quanto à sucessão entre cônjuge e companheiro, o instituto da união estável tomou tamanha repercussão social que em 2017, em sede de Recurso Extraordinário (RE), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da disposição que tratava do regime sucessório do companheiro.

Tal dispositivo, como já demonstrado (artigo 1.790), tratava de maneira específica do regime sucessório do companheiro, enquanto o artigo 1.829, do cônjuge. Se comparado este com aquele, verificava-se que o companheiro gozava uma posição um tanto quanto desprivilegiada, o que, à luz dos princípios constitucionais do papel da família na sociedade, não poderia vigorar no ordenamento jurídico.

Em suas razões, afirmou o STF que a Constituição Federal prevê diferentes modalidades de família, não só a que resulta do casamento. Frisou, ainda, que as leis ordinárias (8.971/1994 e 9.278/1996) equipararam os regimes jurídicos de ambos os institutos, no que tange à sucessão. (BRASIL, 2017).

Porém, em sentido contrário, o Código Civil as desequiparou, promovendo um atraso ao que já vinha sendo construído; bem como hierarquizou as famílias, colocando a união estável como uma família de menor valia. Menciona, ainda, que o artigo 1.790 discrimina a companheira, ao conferir-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos ao cônjuge, violando os princípios fundamentais de igualdade e da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2017).

Assim, com essa decisão, não há dúvidas de que, em matéria sucessória, o companheiro foi equiparado ao cônjuge. Com isso, o artigo 1.829 foi afetado. Não em sua redação, que permanece a mesma, mas em sua interpretação, que da qual deve ser lida com a inclusão do companheiro.

Acontece que, findo o julgamento pelo STF, em razão da repercussão da decisão, algumas lacunas ficaram em aberto, que das quais até então não se teve um posicionamento definitivo. (TARTUCE, 2020).

A exemplo, a decisão afirmou estar o companheiro incluso na ordem de vocação hereditária, no mesmo patamar do cônjuge. Isso não há dúvidas. No entanto, seria o companheiro um herdeiro necessário?

Nos termos do artigo 1.845 do Código Civil são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Nesse caso, o companheiro aqui se enquadraria?

A fim de esclarecer a questão o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, opôs embargos de declaração em face da decisão prolatada pelo STF. Em julgamento, sustentou o Ministro Luiz Roberto Barroso

a embargante sustenta que o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao art. 1.829 do Código Civil, de forma que o acórdão embargado teria se omitido com relação a diversos dispositivos que conformam esse regime jurídico, em particular o art. 1.845 do Código Civil. Requer que se esclareça o alcance da tese de repercussão geral, no sentido de mencionar as regras e dispositivos legais do regime sucessório ao cônjuge que devem se aplicar aos companheiros”. Entretanto, ao enfrentar a questão, pontuou que “não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do Código Civil, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada. (BARROSO, 2018).

Conforme se extrai, não houve um posicionamento formal da questão. No entanto, em análise detida dos votos vencedores, e à luz

da interpretação das normas do Direito de Família segundo os direitos fundamentais, entende a maior parte da doutrina ser a resposta positiva, no sentido de ser o companheiro um herdeiro necessário.

Nesse sentido, leciona Christiano Cassettari, que, se o sistema atual reconhece a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, não há outro entendimento senão o de que o companheiro é um herdeiro necessário. (CASSETTARI, 2021).

Logo, todos os testamentos que forem abertos após a publicação desse julgamento, e excluïrem o companheiro, deverão ser objeto de redução, conforme o art. 1.967 do Código Civil. (CASSETTARI, 2021, p. 789).

Tal posicionamento, inclusive, coaduna com o exarado pelo STF, que, ao modular os efeitos da decisão, recomendou aplicar seus efeitos a todos os processos judiciais em que ainda não tenham havido o trânsito em julgado da sentença de partilha ou, em caso extrajudicial, não tenha sido lavrada a escritura pública.

No entanto, alguns autores, como Flávio Tartuce, apesar de terem entendimento de que o companheiro é um herdeiro necessário, aguardam uma confirmação da jurisprudência sobre o caso, sobretudo, pelo Superior Tribunal de Justiça, o que demonstra que a matéria ainda não é totalmente pacífica. (TARTUCE, 2020).

E de fato não é, pois o STF apenas considerou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, deslocando o companheiro para a ordem de vocação hereditária do artigo 1.829. Observa-se que o único dispositivo citado no *decisum* foi o artigo 1.829. Em nada dispôs sobre a legítima.

Dessa forma, quando do julgamento dos embargos declaratórios, ao decidir que “a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos”, entende parte da doutrina, minoritariamente, que a tese fixada se aplica tão somente ao artigo 1.829, restando incólume o artigo 1.845, não se enquadrando o companheiro no rol dos herdeiros necessários.

Mário Delgado sustenta, ainda, nesse sentido, que uma vez ser o artigo 1.845 norma restritiva de direitos, dado que restringe o exercício da autonomia privada, não pode ser interpretado de forma ampliativa.

No entanto, apesar de ser um argumento que encontra respaldo no ordenamento jurídico, se colocado frente aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, citados no julgamento do RE 878.694, a Constituição há de prevalecer.

Há dúvidas, ainda, quanto à abrangência da decisão, isto é, se a equiparação alcança, além das disposições sucessórias, as normas de Direito de Família.

Em posicionamento negativo, o enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal elucida que não

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável. (BRASIL, 2018).

De fato, esse vem sendo o entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário.

Assim, levando em conta os princípios constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal no RE em comento; o dever do Estado de proteção da família (art. 226, CF); e a vedação à hierarquização entre entidades familiares, parece questão de tempo para que o companheiro seja incluído no rol do artigo 1.845 do Código Civil.

CONCLUSÃO

Sofrendo uma influência primitiva do Direito Português, o Direito Sucessório brasileiro passou por importantes e profundas modificações ao longo do tempo.

Inicialmente com uma feição patriarcal, aos poucos, com a evolução da sociedade, novas tendências foram surgindo, sendo elas, se observada sua trajetória, sempre em um mesmo rumo: a valorização do matrimônio mediante garantias patrimoniais.

No entanto, beneficiando-se indevidamente da ausência de regulamentação dos relacionamentos informais, muitos estabeleciam uma vida de casados, mas não formalizavam o ato, permanecendo, aos olhos da lei, solteiros, situação que não conferia proteção alguma à companheira (ou companheiro).

No intuito de conferir uma proteção mínima às companheiras (ou companheiros), timidamente a lei deu seus primeiros passos para essa nova modalidade de constituição familiar que surgia.

Com algumas legislações esparsas prevendo certos direitos, como indenização por morte em acidente e pensão previdenciária, aos poucos a figura do companheiro foi ganhando espaço e sendo reconhecida perante a sociedade.

Mas somente em maio de 1996, por meio da Lei 9.278, que regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que o instituto foi de fato reconhecido como entidade familiar segundo a lei.

Por meio dessa normativa, foram estabelecidos os critérios de configuração da união estável e estabelecidos os direitos e deveres dos companheiros, garantindo-lhes maior segurança jurídica.

Posteriormente, com a emergência do Código Civil de 2002 e a festejada decisão do STF (RE 878.694/MG), houve a equiparação dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, elevando o *status* social das famílias formadas pela união estável ao mesmo patamar das oriundas do casamento.

Com essa equiparação, no entanto, os conviventes começaram a buscar meios de resguardar patrimônio, uma vez que queriam viver

o afeto ao lado de seu consorte sem, todavia, comunicar patrimônio, momento em que se iniciam os debates quanto à validade de determinadas cláusulas inseridas nos contratos de convivência, como, por exemplo, as que afastam o direito concorrencial do companheiro.

Nesse sentido, apesar de que no âmbito negocial impera o princípio da liberdade contratual, a autonomia privada está sujeita a limitações, mormente se colocada frente às normas de ordem pública e o princípio da função social dos contratos.

Assim, cinge-se a questão sobre a abrangência dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante à equiparação, gerando debates e desafios interpretativos. O principal deles, no tocante à inclusão do companheiro ou não no rol dos herdeiros necessários.

A análise cuidadosa da decisão revela que a equiparação se restringe à aplicabilidade do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis, não fazendo menção a qualquer outro dispositivo. Quando dos aclaratórios opostos pelo IBDFAM, a Corte não dirimiu a questão, entendendo que a questão não havia sido enfrentada originariamente.

Diante dessa incerteza, diferentes interpretações se apresentam na doutrina. Parte considerável sustenta que o companheiro, em razão dos princípios constitucionais invocados pelo STF; o dever do Estado de proteção da família; e a vedação à hierarquização entre entidades familiares, deve ser reconhecido como herdeiro necessário, sendo garantido-lhe direitos sucessórios equiparados aos do cônjuge.

No entanto, alguns autores, como Mário Delgado, defendem que o artigo 1.845, como norma restritiva de direitos, não comporta interpretação ampliativa, sugerindo uma leitura mais conservadora, afastando o companheiro da legítima.

Outro ponto de divergência doutrinária é se o alcance da equiparação entre casamento e união estável atinge apenas as disposições sucessórias ou se estende às normas de Direito de Família como um todo. O enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal indica uma limitação, ressaltando que a equiparação é específica e fundamentada na solidariedade familiar,

excluindo outros aspectos do casamento que carecem na união estável, em razão da ausência de solenidades em relação àquele.

Em que pese haver entendimentos contrários quanto à equiparação, pelo teor do Informativo 864 do STF, revela-se uma tendência de equiparação absoluta entre cônjuge e companheiro somente no que tange ao Direito Sucessório.

Nesse sentido, reconhecendo essa equiparação segundo a ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, e calcado no fundamento da vedação ao retrocesso, parece ser o melhor entendimento a interpretação do artigo 1.845 com a inclusão do companheiro como herdeiro necessário.

No entanto, apesar dessa corrente de pensamento ser a majoritária, doutrinária e jurisprudencial, enquanto a questão não for novamente enfrentada, o debate sobre o alcance preciso dessa equiparação continua.

Em última análise, o debate nessa área do Direito é inevitável. Guiado pelos valores contemporâneos que sustentam a instituição familiar na sociedade atual, em que se vigora um código da década de 1970, fruto de uma sociedade que não mais existe, equalizar a legislação aos valores atuais sem preterir os mais vulneráveis é um desafio presente.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil. Sucessões. 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 13.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Código Civil. Lei n° 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código Civil. Lei n° 3.071 de 1° de janeiro de 1916.

BRASIL. Informativo STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>. Acesso em 13/11/2023

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.803, p.11-17, set. 2002. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf. Acesso em: 12/11/2023.

CASSETTARI, Christiano. Elementos de Direito Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva 2011. V. 6.

GUÉRCIO NETO, Arthur Del; SANTOS, Carolina Edith Mosmann dos; MASSONETO JÚNIOR, João Francisco. A renúncia sucessória no pacto antenupcial: O aumento do clamor social e a nova posição que vem se formando na doutrina brasileira. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/2016/A+ren%C3%Bancia+sucess%C3%B3ria+no+pacto+antenupcial%3A+O+aumento+do+clamor+social+e+a+nova+posi%C3%A7%C3%A3o+que+vem+se+formando+na+doutrina+brasileira#_ftn1. Acesso em: 13/11/2023.

MADALENO, Rolf. A União (Ins)Estável (Relações Paralelas). Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-uniao-ins-estavel-relacoes-paralelas#:~:text=A%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20%C3%A9%20reflexo,consenso%20da%20moralidade%20conjugal%20brasileira>. Acesso em: 12/11/2023.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e Martins-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 118.

NOGUEIRA, Luíza Souto. O Contrato de Convivência na União Estável e a Autonomia Privada. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/985/O+contrato+de+conviv%C3%A2ncia+na+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+e+a+autonomia+privada>. Acesso em: 12/11/2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. Renúncia prévia a direitos sucessórios: Breves comentários à decisão do Conselho Superior da Magistratura, do TJ/SP, de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/395466/renuncia-previa-a-direitos-sucesorios>. Acesso em: 13/11/2023.

ACORDO DE SÓCIOS EM NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS: PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E INCORPORAÇÕES

PARTNERSHIP AGREEMENT IN REAL ESTATE BUSINESSES: URBAN LAND DIVISION AND DEVELOPMENTS

Brenda de Paula Cunha¹

RESUMO: O acordo de sócios é um contrato que pode ser utilizado em múltiplos cenários empresariais. Nas incorporações e nos parcelamentos de solo urbano a importância é aumentada, visto a união de esforços de diferentes espectros para a realização do empreendimento. Negócios imobiliários são relações comerciais e jurídicas que se consomem em construções civis, as quais geram rendimentos financeiros. Para a concretização desses negócios são necessárias estruturas jurídicas que garantam a viabilidade, a segurança e a legalidade da atividade e seus envolvidos. O objeto deste estudo é um contrato específico que rege a relação entre as partes societárias que desenvolverão o negócio em tela, uma vez que o empreendimento imobiliário normalmente se concretizará em uma pessoa jurídica que será o empreendimento em si, e regulará todo seu funcionamento. Foi utilizado o método de abordagem hipotético dedutivo com o raciocínio dedutivo, admitindo e indicando possíveis respostas. Tecnicamente, foi utilizada pesquisa documental, levantamento, estudo de caso e outras formas de pesquisa. Conclui-se que é cogente a utilização e a adequada aplicação de estratégias jurídicas em um acordo de sócios em negócios imobiliários para proporcionar o desenvolvimento

¹ Advogada empresarial, com atuação focada em Direito Societário, Contratos e Planejamento Patrimonial e Sucessório. Diretora do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD) e Secretária-Geral da Comissão de Direito Empresarial da OAB/GO. Fundadora do Instituto de Direito Empresarial do Centro-Oeste (IDECO). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO) e especialista em Direito Empresarial: Contratos, Direito Societário e Compliance pela Universidade de São Paulo (USP). Atua como palestrante e organizadora de eventos jurídicos, contribuindo para a aproximação entre prática e academia e para a formação contínua de advogados e estudantes.

saudável do empreendimento e a obtenção dos resultados esperados pelos sócios ao entrar nessa sociedade.

Palavras-chave: Acordo. Sócios. Contrato. Imobiliário.

ABSTRACT: The Shareholders' Agreement is a contract that can be used in multiple business scenarios. In real estate development the importance of the agreement is heightened, given the joint efforts of different parties to carry out the project. Real estate deals are commercial and legal relationships that are consummated in civil constructions, which generate income for those involved. To carry out these deals, legal structures are needed to guarantee the viability, security and legality of the activity and those involved. The object of study is a specific contract that governs the relationship between the parties that will develop the business in question, given that the real estate venture will normally be materialized in a legal entity that will be the venture itself and will regulate its entire operation. The hypothetical deductive approach method was used with deductive reasoning, admitting and indicating possible answers. Technically, documentary research, surveys, case studies and other forms of research were used. The conclusion is that the use and proper drafting of a Partners' Agreement in real estate deals is crucial to ensure the healthy development of the venture and the achievement of the results expected by the partners when they enter into the partnership.

Keywords: Agreement. Partners. Contract. Real estate.

1. ESTRUTURA SOCIETÁRIA DO NEGÓCIO IMOBILIÁRIO

1.1 OBRIGAÇÕES DOS SÓCIOS

Um empreendimento imobiliário pode ter como cerne empresarial diversos tipos de empresas, como uma sociedade em conta de participação (SCP), uma sociedade por ações (SA) e uma sociedade limitada (LTDA), podendo ter, inclusive, um modelo de organização empresarial de sociedade de propósito específico (SPE).

Aos partícipes dessa sociedade se desenvolve uma relação societária que pode ser tanto *intuitu personae*, quanto pela relação pelo capital.

A partir do estabelecimento dessa relação, é necessário que se delimite as obrigações de cada sócio. Nos negócios imobiliários definidos neste estudo, essas obrigações são ainda mais específicas, uma vez que o cerne da empresa é o próprio empreendimento. As obrigações, conforme investigado, se concentram em quatro principais vertentes: (I) aportes financeiros; (II) responsabilidade por desenvolvimento da obra civil; (III) gestão e administração da empresa; (IV) deliberações sociais.

O aporte financeiro inicial se dá em forma do fornecimento da área na qual será feito o loteamento ou a incorporação e do investimento financeiro para o desenvolvimento do estudo de mercado, estudo de solo, estudo de impacto ambiental, projeto de engenharia, projeto arquitetônico e demais que são necessários para viabilizar um empreendimento. Dessa convergência surge o capital social para financiar o empreendimento imobiliário. Essa contribuição de capital pode ser em dinheiro, ativos imobiliários ou outros recursos, conforme definido no contrato social.

A responsabilidade por desenvolvimento da obra civil define a participação ativa ou passiva, visto que os sócios podem ter diferentes níveis de envolvimento no projeto. Um desses sócios pode ser uma empresa de construção civil, uma construtora, uma incorporadora ou diversas outras empresas que desenvolvam atividades que façam o empreendimento se tornar existente no campo concreto e se tornar um produto pronto para uso. As empresas envolvidas podem ter Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAES)² como: (I) 4213-8/00: Obras de urbanização (ruas, praças e calçadas); (II) 4221-9/02: Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica; (III) 4291-0/00: Obras portuárias, marítimas e fluviais; (IV) 4330-4/03: Obras de acabamento em gesso e estuque; (V) 4330-4/05: Aplicação de

2 IBGE. **CNAE**: concla. 2017. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/busca-online/cnae.html?subclasse=4120400&tipo=cnae&versao=9&view=subclasse>. Acesso em: 19 ago. 2023.

revestimentos e de resinas em interiores e exteriores; (VI) 4330-4/02: Instalação de portas, janelas, tetos, divisórias e armários embutidos de qualquer material; (VII) 4321-5/00: Instalação e manutenção elétrica; e, principalmente 4120-4/00 Construção de edifícios a qual engloba: (a) construção de edifícios residenciais de qualquer tipo; (b) casas e residências unifamiliares; (d) edifícios residenciais multifamiliares, incluindo edifícios de grande altura (arranha-céus); (e) construção de edifícios comerciais de qualquer tipo; (f) consultórios e clínicas médicas; (g) escolas; (h) escritórios comerciais; (i) hospitais; (j) hotéis, motéis e outros tipos de alojamento; (k) lojas, galerias e centros comerciais; (l) restaurantes e outros estabelecimentos similares; (m) shopping centers; (n) na construção de edifícios destinados a outros usos específicos; (o) armazéns e depósitos; (p) edifícios garagem, inclusive garagens subterrâneas etc. Todas essas atividades são possíveis, dependendo da estratégia comercial que a sociedade adotar.

Existem, ainda, as responsabilidades civis e legais que os sócios podem dispor entre si. Por exemplo, se um sócio contribuirá com uma área rural que já consta no zoneamento urbano para construção de um loteamento, este deve manter a área livre, desimpedida e desembaraçada até a conclusão empreendimento. Um sócio que se obrigará em realizar as obras, deve se responsabilizar pelas obrigações trabalhistas dos contratados e se obrigar e separar as atividades de sua empresa construtora, por exemplo, da sociedade do empreendimento.

Além disso, todos os sócios devem se comprometer com políticas anticorrupção, respeito à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, não utilização de trabalho escravo e outras obrigações que podem afetar todo a sociedade e demais sócios.

Algumas dessas obrigações não são óbvias ou aplicáveis a todas as sociedades empresariais, sequer a todas as sociedades com finalidade de empreendimento imobiliário. Dessa forma, todas essas minúcias devem constar em um acordo de sócios para que sejam claras a terceiros e para que, caso necessário, possam ser cobradas judicialmente.

1.2 RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DE OBRAS CIVIS

O executor da obra pode ser um sócio, o qual entrou estrategicamente nesse empreendimento com seu conhecimento técnico e disponibilidade de execução, ou um terceiro que pode ter algumas formas de contratação, como empreitada, prevista do art. 610 e seguintes do Código Civil brasileiro (lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), apesar de não ser comumente vista sua utilização nesta formatação de negócios.

Todas as formas, contudo, devem apresentar, em conjunto com a sociedade, documentos inerentes ao negócio imobiliário como: (I) licença prévia (LP), sendo essa a primeira licença necessária para um loteamento ou incorporação, concedida após a análise e aprovação do projeto urbanístico pela prefeitura municipal e pode incluir aspectos como infraestrutura urbana, meio ambiente e zoneamento; (II) licença de instalação (LI), que permite que o empreendedor inicie as obras de infraestrutura no local, como a abertura de ruas, instalação de redes de água, esgoto, energia elétrica e drenagem e é concedida após a aprovação dos projetos de infraestrutura pela prefeitura; (III) alvará de construção, emitido pela prefeitura e autoriza a construção de cada habitação de acordo com as normas de zoneamento e construção; (IV) certidões negativas de débitos municipais, estaduais e federais, bem como certidões de regularidade junto à Receita Federal.; (V) licença ambiental, emitida pelos órgãos ambientais competentes, especialmente importante quando o empreendimento afeta áreas de preservação ambiental ou recursos hídricos.

Nas incorporações, também é necessário o Registro do Memorial de Incorporação no cartório de registro de imóveis competente, devendo conter informações detalhadas sobre o empreendimento, como características das unidades, áreas comuns, prazo de entrega, entre outras.

Ainda, para a conclusão do empreendimento e para que ele seja regularmente habitado, é necessário o Termo de Verificação de Obras ou o Habite-se. O Termo de Verificação de Obras é um

documento emitido pela prefeitura municipal ou pelo órgão competente. Ele é necessário para garantir que a construção esteja de acordo com as normas urbanísticas, de segurança e de impacto ambiental estabelecidas pelo município. Já o Habite-se, aplicável para incorporações, também vulgarmente conhecido como “Certificado de Conclusão” ou “Alvará de Funcionamento”, é emitido após a conclusão das obras de construção e atesta que o imóvel está em conformidade com as normas técnicas, de segurança e de uso estabelecidas pela legislação municipal e é fundamental para que o imóvel seja ocupado legalmente e para que os serviços públicos, como fornecimento de água e energia elétrica, sejam regularizados no local. Além disso, muitas instituições financeiras exigem o Habite-se como condição para financiamento imobiliário e transferência de propriedade.

Assim, o acordo de sócios deve conter previsão sobre quem será responsável pela correta obtenção de cada documento e desenvolvimento de cada fase. Além disso, o responsável pela obra civil deve se responsabilizar contratualmente, concedendo autorização prévia para o seu chamamento à lide, previsto no Código de Processo Civil Brasileiro.

1.3 DIFERENÇA DA OBRIGAÇÃO DE ADMINISTRADORES

Já tratando-se da gestão e administração da empresa, alguns podem ser sócios ativos, envolvendo-se diretamente na gestão e operação do empreendimento, enquanto outros podem ser sócios passivos, contribuindo apenas com capital e não participando ativamente nas operações diárias. Os sócios são normalmente responsáveis pela gestão financeira adequada da empresa. Isso inclui a supervisão de orçamentos, a obtenção de financiamento, a contabilidade precisa e a prestação de contas aos demais sócios, incluindo também a tomada de decisões administrativas e financeiras, apoiada nesses dados. Os sócios podem ser responsáveis por negociar e celebrar contratos

relacionados ao empreendimento, como acordos de compra e venda de propriedades, contratos de construção, financiamento e locação.

O administrador não precisa ser um sócio, podendo ser um terceiro de confiança. Hodiernamente, existem profissionais capacitados para esse tipo de administração específica. O Código Civil (2002) dispõe especificamente acerca da obrigação de administradores, bem como sobre os seus deveres fiduciários, incluindo o dever de agir com diligência, lealdade e cuidado:

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o **cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo** costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, **pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.**

Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

§ 1º Se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria.

Art. 1.014. Nos atos de competência conjunta de vários administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes, em que a omissão ou retardo das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave.

Art. 1.015. **Nosilêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade;** não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Art. 1.016. **Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados,** por culpa no desempenho de suas funções.

Art. 1.017. **O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente,** com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação. (grifo nosso)

Já na lei das sociedades por ações, em seu artigo 138, são estabelecidas regras sobre a competência dos administradores e nos artigos 159 a 162 a responsabilidade legal dos administradores por atos ou decisões lesivas, prevendo regras para a responsabilização dos administradores por danos a empresa ou terceiros.

O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) trata sobre

conselho de administração (mais especificamente para sociedades por ações) e acordo de sócios:

O interesse da organização não deve ser colocado em risco pelo acordo entre sócios, que, deste modo, não deve conter limitação ou vinculação das competências e atribuições do conselho de administração.

Temos a confirmação pela atual referência de governança empresarial no Brasil delimitando a necessidade de contemporização das atividades dos administradores com a boa redação do acordo de sócios.

1.4 DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Os quóruns legais das sociedades limitadas estão previstos na Lei 10.406 de 2002 e das sociedades anônimas na Lei 6404 de 1976. Em vigor desde 22 de outubro de 2022, a Lei 14.451 de 2022, alterou os artigos 1.061 e 1.076 e do Código Civil, reduzindo os quóruns de deliberação da sociedade limitada.

Na sociedade limitada, o quórum para designação de administradores não sócios reduziu da unanimidade, ou seja, 100 % (cem por cento) dos sócios para 2/3 (dois terços) dos sócios enquanto o capital social não estiver integralizado e, após a integralização do capital social, reduziu de 2/3 dos sócios para mais da metade do capital social.

Já segundo o artigo 1.076 do Código Civil, todos os objetos que antes dependiam de votos que correspondessem a 75% (setenta e cinco por cento) do capital social passaram a ser aprovadas por votos que representam apenas mais da metade do capital social, quais sejam: alteração do contrato social, incorporação, fusão, dissolução da sociedade ou cessação do seu estado de liquidação ou pela maioria de

votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Como demonstrado pelo trecho “*nos demais casos previstos na lei ou no contrato*”, identifica-se um padrão em que a lei concede relevante poder aos contratos empresariais, o que evidencia e ressalta a validade do estudo corrente.

Quanto às sociedades limitadas, o art. 1.078 do Código Civil prevê que os sócios devem realizar reuniões ou assembleias anuais de sócios para deliberar sobre as contas dos administradores, o balanço patrimonial e o resultado econômico. A convocação e as reuniões obedecem a ritos específicos como, por exemplo, data da realização nos quatro meses seguintes ao término do exercício social e a forma de realização, podendo o sócio votar a distância em reunião ou em assembleia (reuniões presenciais, semipresenciais e digitais, conforme Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) nº 81, de 10 de Junho de 2020).

Na Jurisprudência Registral e Notarial³ é possível verificar conflitos quanto as deliberações sociais não devidamente previstas em documentos, como é possível notar nesta consulta pública:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
- COMARCA DE SÃO PAULO - FORO CENTRAL CÍVEL
- 1ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS

Processo Digital nº: 1073383-53.2021.8.26.0100
Classe - Assunto Dúvida - Tabelionatos, Registros,
Cartórios Suscitante: Janpc Serviços Médicos Ltda.
Suscitado: 2º Oficial de Registro de Títulos e
Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital
Vistos.

Trata-se de dúvida suscitada por J.A.N.P.C. Serviços
Médicos Ltda em face do Oficial do 2º Registro Civil
de Pessoas Jurídicas da Capital diante da negativa de

3 Kollemata. **Jurisprudência Registral e Notarial**, 2023. Disponível em: < <https://www.kollemata.com.br/rcpj-averbacao-ata-de-reuniao-alteracao-contratual-regimento-interno-exigencias.html> >. Acesso em: 16 de novembro de 2023.

registro de ata de reunião de sócios, com alteração de contrato social e de regimento interno.

Foram exigidos, pelo Oficial, o reconhecimento de firma dos sócios na lista de presença, **a exclusão de cláusula contratual contrária à disposição legal e apresentação de mandato com data compatível com o ato apresentado.**

A parte suscitada alega que a lista de presença não é item obrigatório, bastando o reconhecimento da firma do presidente, sendo que o protocolo da alteração contratual firmada por todos os sócios supre a necessidade de quórum deliberativo; que é possível atribuir ao administrador a incumbência de habilitar liquidante, não se aplicando os dispositivos legais relativos às sociedades limitadas por se tratar de sociedade simples; que não há exigência legal de que as procurações contenham data concomitante à do contrato. Juntou documentos às fls. 11/210.

Tutela de urgência não foi concedida (fl.211).

O Oficial manifestou-se às fls. 214/220, enfatizando que o procedimento adequado é o pedido de providências e informando que a insurgência da parte suscitante se refere a duas prenotações distintas, que geraram duas notas devolutivas. No mérito, em relação à averbação da ata de reunião, esclareceu que restou sobrestada pela necessidade de reconhecimento de firma dos sócios que participaram da reunião, uma vez que a assembleia envolveu aprovação de regimento interno abordando questões relativas a alteração contratual, cuja deliberação exige quórum mínimo verificado pela lista de presença, na qual se identificou divergências em relação à última alteração contratual. No tocante às cláusulas contratuais que se pretendem alterar, estabelecendo-se atribuição das administradoras para nomear liquidante e requerer recuperação judicial, destacou que o artigo 1071 do Código Civil impõe aos sócios a deliberação sobre tais matérias, o que se aplica à suscitante por se tratar de sociedade simples do tipo limitada.

Por fim, quanto à datação dos mandatos apresentados, entendeu que é requisito legal obrigatório, sendo que os atos praticados sem outorga prévia de mandato devem ser objeto de ratificação expressa, nos termos dos artigos 654 e 662 do Código Civil.

O Ministério Público opinou pelo indeferimento do pedido de providências (fls. 389/392).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Primeiramente, verifica-se que, de fato, o feito deve ser recebido como pedido de providências, **uma vez que as alterações supervenientes do ato constitutivo das pessoas jurídicas e as atas de reunião são objeto de averbação, conforme item 28, Cap. XVIII, das NSCGJ.**

No mérito, o pedido é improcedente. Vejamos os motivos.

Quanto à averbação da ata de reunião, objeto da prenotação nº171.990, verifica-se que a nota de devolução de fl.90 é bastante clara quanto à necessidade de reconhecimento das firmas dos sócios José Carlos Canga, Nadia Natale, Luiz Henrique da Silva Guide e Pedro Ivo Cunha Senrra Barros, pois não conferem com a última alteração contratual registrada naquela serventia, restando devidamente fundamentada a dúvida sobre a sua autenticidade, o que autoriza a exigência do registrador (item 26.1, Cap XIII, das NSCGJ).

Embora ordinariamente a lista de presença não seja documento de acompanhamento obrigatório das atas levadas para averbação, conforme expressamente anotado na nota de devolução, no caso concreto, tornou-se necessária a confirmação da autenticidade das assinaturas lançadas na lista de presença para verificação do quórum deliberativo das alterações contratuais aprovadas naquela assembleia.

Observe-se que a assinatura de todos os sócios no instrumento de alteração do contrato social não serve para confirmar aprovação unânime das

emendas deliberadas em assembleia, mas apenas confirma sua adesão ao contrato social modificado, independentemente de sua concordância pessoal com a decisão tomada pela maioria.

Quanto à averbação do novo contrato social, objeto da prenotação nº171.989, cuja nota de devolução vem às fls.91/92, também tem razão o Oficial ao exigir a exclusão da cláusula 6ª, itens 14 e 15, pois em manifesto desacordo com o artigo 1.071, incisos VII e VIII, do Código Civil (apesar da indicação de dispositivo equivocado, artigo 1.076, na nota de devolução), que evidentemente se aplicam à empresa suscitante, constituída como sociedade simples limitada.

Finalmente, no que toca às procurações outorgadas por Kaue Silva Rosseto e Gabriel Cangussu Fonseca (fls.87/88), não têm eficácia retroativa e, portanto, não podem confirmar representação para atos pretéritos, os quais devem ser objeto de expressa ratificação, nos termos do artigo 662 do Código Civil.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de providências. Providencie a serventia a necessária regularização do cadastro do feito (pedido de providências), inclusive para trâmite perante o subfluxo da Corregedoria Permanente, acionando o Distribuidor, se necessário.

Deste procedimento não decorrem custas, despesas processuais ou honorários advocatícios.

Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo.

P.R.I.C.

São Paulo, 08 de setembro de 2021.

Luciana Carone Nucci Eugênio Mahuad
Juiz de Direito (grifo nosso)

Não só o judiciário brasileiro, mas como os serviços registradores estão em contante vigilância e atualização de todos os âmbitos judiciais e extrajudiciais regidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

2. ASPECTOS FINANCEIROS

2.1 APORTES

O acordo de sócios também muito contribui para a regulação financeira da sociedade. Ele pode prever, antes que seja de fato subscrito e integralizado, a contribuição que cada sócio fará. Para a constituição do patrimônio da empresa cada sócio pode aportar o que lhe couber estrategicamente.

A contribuição mais óbvia é o aporte em dinheiro. Essa normalmente se dá com integralização, compra de quotas ou ações e aumenta o capital social da empresa. Esse dinheiro é utilizado para todas as demandas que surgirem no empreendimento. Não obstante, os sócios também podem fornecer garantias financeiras para apoiar as atividades da empresa e figurar como aporte e investimento, como linhas de crédito ou garantias bancárias.

Também se tem a contribuição em ativos tangíveis como terrenos, imóveis, maquinário, veículos ou estoque. É usual que em um negócio imobiliário uma das contribuições seja de um ativo tangível, como uma fazenda ou um lote urbano.

Mais uma vez no âmbito registral e notarial⁴, notamos a presença de discussões quanto à aporte e aumento de capital:

PROCESSO Nº 1135501-65.2021.8.26.0100 - SÃO PAULO
- PRONTOFTALMO ASSISTÊNCIA OFTALMOLÓGICA
LTDA. - ADV: MARCELLA CALIANI, OAB/SP 427.286
e DANILO COLLAVINI COELHO, OAB/SP 267.102. -
(377/2022-E) - DJe DE 1.12.2022, p. 3.
REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS -
RECURSO ADMINISTRATIVO - PRETENSÃO DE
AVERBAÇÃO DE INSTRUMENTO DE ALTERAÇÃO
CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE FORMALIDADE

4 Kollemata. **Jurisprudência Registral e Notarial**, 2023. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/rcpj-alteracao-contratual-aumento-de-capital-edital-de-convocacao-publicacao-ciencia-inequivoca-exig.html>. Acesso em: 16 de novembro de 2023.

LEGAL – INEXISTÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DE EDITAIS DE CONVOCAÇÃO – INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES CONSTANTES DO §3º DO ART. 1.072 DO CÓDIGO CIVIL QUE AUTORIZAM A DISPENSA DAS FORMALIDADES LEGAIS – RECURSO NÃO PROVIDO.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça, Trata-se de recurso administrativo interposto por PRONTOFTALMO ASSISTÊNCIA OFTALMOLÓGICA LTDA. contra a r. sentença de fls. 210/212, que julgou improcedente o pedido de providências para manter a exigência formulada pelo 3º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca da Capital e negar a averbação do instrumento de alteração contratual por ausência de publicação dos editais de convocação para a assembleia em que aprovados, por maioria, o aumento do capital social e a modificação do quadro de distribuição do mesmo.

Em síntese, o óbice apontado pelo Registrador foi a ausência de apresentação das publicações dos editais de convocação previstas no artigo 1.072 c.c. artigo 1.076 e 1.152, §§1º e 3º, todos do Código Civil (fls. 193/195).

A recorrente aduz, em suma, a desnecessidade de publicação dos editais ante a comprovação da ciência inequívoca do sócio acerca da realização da assembleia, nos termos do artigo 1.072, §2º, do Código Civil.

A D. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo não provimento do recurso (fls. 288/291).

É o relatório.

Opino.

Cuida-se de pedido de providências inaugurado a requerimento da recorrente a partir da negativa de averbação do instrumento de alteração contratual por ausência de publicação dos editais de convocação para a assembleia em que aprovados, por maioria, o aumento do capital social e a modificação do quadro de distribuição do mesmo.

Dito instrumento promove aumento de capital social mediante o aporte pela sócia USO Unidade Santana de Oftalmologia Ltda. e modifica o quadro de distribuição do capital social.

Pela nova composição, a sócia USO Unidade Santana de Oftalmologia Ltda., detentora de 75% do capital social, passaria a possuir 99,75%, ao passo que o outro sócio, Guerino Antonio Nicoletti Filho, detentor de 25% do capital social, passaria a possuir 0,25%.

Sustenta o Senhor Registrador que o instrumento de alteração apresentado não veio acompanhado da prova da publicação dos editais, conforme previsto no artigo 1.072 c.c. os artigos 1.076 e 1.152, §§ 1º e 3º, do Código Civil, porquanto inexistente demonstração inequívoca da ciência do sócio Guerino no tocante às modificações que lhe reduziram substancialmente o capital social.

De outro lado, sustenta a recorrente que a ciência do sócio Guerino Antonio Nicoletti Filho vem consubstanciada na carta de fls. 17/19 e AR de fls. 20/22, além do e-mail de fls. 24/25.

Salvo melhor juízo de Vossa Excelência, o recurso não merece provimento.

Consoante dispõe o art. 1.152 do Código Civil:

“Art. 1.152. Cabe ao órgão incumbido do registro verificar a regularidade das publicações determinadas em lei, de acordo com o disposto nos parágrafos deste artigo.

§ 1º - Salvo exceção expressa, as publicações ordenadas neste Livro serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação.

§ 2º - As publicações das sociedades estrangeiras serão feita nos órgãos oficiais da União e do Estado onde tiverem sucursais, filiais ou agências.

§ 3º - O anúncio de convocação da assembléia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembléia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores”.

Por seu lado, o §3º do art. 1.072 do mesmo Diploma Legal dispensa as formalidades de convocação previstas no §3º do art. 1.152 quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

Ao comentar referido parágrafo, Marcelo Fortes Barbosa Filho[1] aduz que:

“A dispensa de tais formalidades só é admitida nas duas hipóteses ditadas pelo §2º deste artigo, isto é, quando sobrevier, mesmo diante de uma convocação viciada, o comparecimento de todos os sócios, o que constitui, em verdade, uma convalidação, ou quando forem obtidas declarações escritas de todos os sócios, manifestando total ciência quanto à realização do conclave”.

In casu, incontroversa a ausência de comparecimento do Senhor Guerino na assembleia realizada em ambiente virtual no dia 12 de maio de 2021 com início às 10h30min (fls. 12/16).

E, a partir dos elementos constantes dos autos não se infere ter havido declaração escrita do sócio minoritário Guerino constando ciência do local, data, hora e ordem do dia da assembleia convocada, como legalmente exigido.

Ainda que se pudesse interpretar a ciência inequívoca do sócio como hipótese de dispensa das formalidades de convocação previstas no §3º do art. 1.152, como sustenta a recorrente, os documentos acostados não autorizam, com a certeza necessária, o conhecimento evidente do sócio Guerino sobre o conclave e a real extensão da ordem do dia que contemplava, com a modificação do quadro de distribuição do capital social, a redução de seu capital de 25% para 0,25%.

Não se verifica ciência aposta na carta de fls. 17/19, constando apenas a assinatura da USO Unidade Santana de Oftalmologia Ltda.

Além disso, não consta ter sido o AR recebido pelo sócio Guerino (fls. 20/21).

Há nos autos apenas o encaminhamento de e-mail ao sócio minoritário (fls. 24) sem que haja prova de seu recebimento e leitura.

Ademais, o contato feito pelo advogado do sócio (fls. 26/27) fora destinado a tratar de “processos envolvendo o Dr. Guerino” e não da reunião de sócios, não suprimindo, pois, a exigência legal de manifesta ciência do sócio acerca da assembleia.

Demais disso, relevante pontuar que a procuração outorgada pelo sócio Guerino ao advogado Antonio de Pádua Soubhie Nogueira (fls. 179) confere poderes para participação em reunião de sócios realizada em 09 de setembro de 2015, não o habilitando para a reunião de maio de 2021.

Ante o exposto, o parecer que apresento ao elevado critério de Vossa Excelência é no sentido de negar provimento ao recurso administrativo interposto.

Sub censura.

São Paulo, 25 de novembro de 2022.

LETICIA FRAGA BENITEZ

Juíza Assessora da Corregedoria

Assinatura Eletrônica

DECISÃO

Vistos.

Aprovo o parecer da MM. Juíza Assessora desta Corregedoria Geral da Justiça e, por seus fundamentos, ora adotados, nego provimento ao recurso administrativo.

São Paulo, 28 de novembro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA

Corregedor Geral da Justiça

Existem, ainda, os ativos intangíveis que também podem ser aportados na empresa, como marcas registradas, patentes, direitos autorais, softwares ou carteira de clientes. Contudo, a aplicação factual desses ativos é incomum. Normalmente, as grandes incorporadoras e loteadoras concentram esses registros em sua *holding* e fazem um contrato de Licença de Uso de Marca para a sociedade do empreendimento imobiliário.

2.2 DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS

A partilha de resultados ocorre com a distribuição de lucros entre os sócios. Essa pode ocorrer nos percentuais que cada sócio detém da sociedade ou pode ser feita uma distribuição desproporcional de lucros e será feita mensalmente, ou por outra periodicidade que convier à sociedade, conforme autoriza o art. 1.007 do Código Civil, desde que previsto no contrato social, através de deliberações prévias em reunião de sócios com as devidas aprovações.

Nos negócios imobiliários, observa-se o costume de se fazer a divisão proporcional, em que dos 100% (cem por cento) do lucro, 40% (quarenta por cento) ficam com a figura do dono originário da terra, vulgarmente chamado de “terreneiro”, e 60% (sessenta por cento) para a figura que aplicará outras formas de investimento ao negócio como dinheiro e desenvolvimento de obras às suas expensas. Essa divisão também pode ser 50/50, 70/30 ou o que fizer sentido para o cenário apresentado. Essa proporção também deve constar no acordo de sócios para que seja efetiva a distribuição acordada, principalmente quando for desproporcional.

Também há a possibilidade de previsão de retorno preferencial a um sócio. No caso da figura do sócio investidor, por exemplo, pode-se determinar o retorno da integralidade dos lucros para esse até que se cumpra um retorno mínimo e, após atingimento deste valor, retorne aos demais as proporcionalidades acordadas.

2.3 AVALIAÇÃO DA SOCIEDADE

Popularmente chamado de “*valuation*”, que é o termo em inglês para avaliação de empresas, refere-se ao processo de determinar o valor econômico de uma empresa, ativo ou investimento. É uma análise que busca estimar o preço justo ou valor intrínseco de um ativo com base em uma série de fatores financeiros, econômicos e mercadológicos. A avaliação é uma ferramenta fundamental para investidores, sócios, empreendedores e profissionais financeiros, pois ajuda a tomar decisões informadas sobre investimentos, fusões e aquisições, negociações de ações e muitas outras transações financeiras.

Existem muitos métodos de avaliação de empresas como (I) estimativa por múltiplos, sendo os mais usados o P/L (Preço/Lucro), o P/VPA (Preço/Valor Patrimonial por Ação) e o P/EBITDA (Preço/EBITDA); (II) Fluxo de Caixa Descontado (DCF) que envolve a estimativa dos fluxos de caixa futuros que um ativo ou empresa gerará e, em seguida, desconta esses fluxos de caixa para o presente usando uma taxa de desconto apropriada. O resultado é o valor presente líquido (VPL) do ativo; (III) avaliação por ativos com base em seu valor líquido de ativos, que é calculado subtraindo o passivo do ativo total; (IV) valor justo de mercado, que leva em consideração as condições do mercado, como oferta e demanda. O valor é determinado com base nas transações de mercado recentes ou no preço de negociação atual das ações de uma empresa pública; (V) avaliação por comparáveis, que compara o ativo ou a empresa com outras transações ou empresas semelhantes para determinar um valor estimado com base em transações anteriores ou valores de empresas comparáveis.

No que concerne à legislação vigente, a lei determina um método somente no caso específico de resolução em relação a um sócio, quando, na falta de disposições expressas em contrato, aplica-se o art. 1031 do Código Civil, e a valoração será feita com “*base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado*”.

Já o Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, traz disposição sobre a omissão do contrato social:

Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

Este ponto já é pacificado jurisprudencialmente, podendo ser observado no estado do Paraná, São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro:

DIREITO EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO E APURAÇÃO DE HAVERES. SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA. APLICAÇÃO DE FLUXO DE CAIXA DESCONTADO. INADEQUAÇÃO. METODOLOGIA VOLTADA AO VALOR DE MERCADO. SUBJETIVIDADE DAS VARIÁVEIS MACRO E MICROECONOMICAS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RECENTE VOLTADO A UTILIZAÇÃO DE BALANÇO DE DETERMINAÇÃO. MÉTODO INDICADO PELO LEGISLADOR (ART. 1031, DO CC. ART. 606/CPC). BENS INTANGÍVEIS. NÃO RELATIVOS A AVIAMENTO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS A ANTIGOS CONTADORES DE EMPRESA EM DISSOLUÇÃO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS DO REQUERENTE. ART. 373, I, DO CPC. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIAS PRÉVIAS PELA VIA EXTRAJUDICIAL. DECISÃO MANTIDA.

1. A metodologia de balanço de determinação voltada a indicação do valor patrimonial da quota, é tida como método adequado para a apuração de haveres de sócio retirante, nos termos do art. 606, do CPC, e, art. 1031, do CCB, tendo em vista ainda que O legislador, **ao eleger o balanço de determinação como forma adequada para a apuração de haveres, excluiu a possibilidade de aplicação conjunta da metodologia do fluxo de caixa descontado** (RESP nº 1.877.331/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 14/5/2021). 2. Não havendo demonstração de que a parte diligenciou, extrajudicialmente, junto aos antigos contadores da empresa em dissolução parcial para a apresentação de documentos solicitados pelo perito, não é cabível a expedição de ofícios para essa finalidade, por se tratar de ônus do agravante (art. 373, I/CPC). 3. Agravo de Instrumento à que se nega provimento. (TJPR; Rec 0052956-40.2021.8.16.0000; Londrina; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Carlos Jorge; Julg. 19/10/2022; DJPR 20/10/2022) (grifo nosso)

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE AJUIZADA POR SÓCIO CONTRA SOCIEDADE E SÓCIO REMANESCENTE, JULGADA PROCEDENTE, EM FASE DE APURAÇÃO DE HAVERES. DECISÃO QUE FIXOU CRITÉRIOS PARA TANTO, NA FORMA DO ART. 606 DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO CREDOR, REQUERENDO QUE SE ADOTE O MÉTODO DO FLUXO DE CAIXA DESCONTADO.

Omisso o contrato social, aplica-se o disposto no art. 606 do CPC (valor patrimonial apurado em balanço de determinação). Descabe o emprego do método do fluxo de caixa descontado, como quer o agravante. Nas excepcionais circunstâncias em que é ele admitido, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal o fazem atentas às peculiaridades do caso concreto, V. G. Em sociedades cujos principais ativos sejam intangíveis, como as puramente de prestação

de serviços de cunho intelectual, em que, dadas suas especificidades, o balanço de determinação via de regra não reflete o valor patrimonial real. Na presente hipótese, pelo contrário, a sociedade dissolvenda desenvolve principalmente a produção e a comercialização de equipamentos médico-hospitalares. É de determinar-se, pois, apuração pelo método do balanço de determinação, método legal. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TJSP; AI 2049928-17.2022.8.26.0000; Ac. 16061595; Indaiatuba; Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Cesar Ciampolini; Julg. 14/09/2022; DJESP 04/10/2022; Pág. 1704)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE PARTILHA. DIREITOS DOS CÔNJUGES A QUOTAS SOCIAIS.

Necessidade de apuração do valor patrimonial das sociedades empresárias. Declinação de competência do juízo da vara de família para o juízo empresarial. Descabimento. Competência do juízo da 5ª vara de família do foro central da Comarca de Porto Alegre. Definida a partilha dos direitos societários entre os litigantes, a apuração do quantum que cabe a cada um deles depende da avaliação do valor patrimonial de cada uma das sociedades empresárias envolvidas. Inteligência do art. 606 do código de processo civil. A despeito disso, não há que se falar em alteração de competência do juízo, tendo em vista a regra do art. 516, inciso II, do código de processo civil, que estabelece que o cumprimento de sentença e, conseqüentemente, a fase de liquidação, efetuar-se-ão perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição. Precedentes do TJRS. Conflito de competência acolhido liminarmente. (TJRS; CC 5193869-61.2022.8.21.7000; Porto Alegre; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro; Julg. 30/09/2022; DJERS 30/09/2022)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE CUMULADA COM APURAÇÃO DE HAVERES. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. APURAÇÃO DE DÍVIDAS. POSSIBILIDADE. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. MÉRITO PROPRIAMENTE DITO. OMISSÃO E OBSCURIDADE DA SENTENÇA. CORREÇÃO. NECESSIDADE. DÍVIDAS DE IPVA. DIREITO DE REGRESSO. CABIMENTO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. PARCIAL REFORMA DA SENTENÇA.

Nos termos do art. 606, caput, do CPC, a apuração de haveres não se destina apenas ao exame de ativos da atividade empresarial, mas também do passivo que lhe é subjacente. Daí o interesse de agir da parte que pretenda apuração de haveres pertinentes às perdas da sociedade empresária. Em se tratando de ação destinada a apuração de haveres, pela dissolução parcial da sociedade, a pretensão do direito de receber valores submete-se ao prazo prescricional geral de dez anos previsto no art. 205 do Cód. Civil. Inexiste óbice a que um Apelo veicule matéria típica de Embargos Declaratórios, pois, se a decisão originária não ostenta clareza em seus termos, verifica-se nítida violação do dever de cooperação a que se vincula o julgador, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil. Se feito pagamento de dívida de outrem na forma do art. 304, Cód. Civil, tem o terceiro interessado direito de regresso contra o real devedor. Cuida-se de hipótese de sub-rogação legal ou automática. (Art. 346, III, Cód. Civil). Nos termos da Súmula nº 43 do STJ, a correção monetária incide desde a data do prejuízo. (TJMG; APCV 5016328-21.2017.8.13.0701; Décima Sexta Câmara Cível Especializada; Rel. Des. José Marcos Vieira; Julg. 28/09/2022; DJEMG 29/09/2022)

APELAÇÃO CÍVEL. EMPRESARIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE.

Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para retirada da autora da sociedade e determinar que

a apuração de haveres relativos à quota parte das rés ocorra em sede de liquidação de sentença com base na situação patrimonial da sociedade, na modalidade do balanço especial. Irresignação das rés referente aos ônus sucumbenciais e para que a apuração de haveres seja feita com base na atual situação da sociedade. Rés que não resolveram amigavelmente a saída da autora. Impossibilidade de rateio das custas e honorários. Aplicação do princípio da causalidade. **Contrato social que não prevê a hipótese de dissolução parcial da sociedade. Determinação da apuração em liquidação de sentença com base na situação patrimonial da sociedade com balanço especial em conformidade com o art. 606 do código de processo civil e 1.031 do Código Civil.** Recurso conhecido a que se nega provimento. (TJRJ; APL 0157765-31.2020.8.19.0001; Rio de Janeiro; Vigésima Sétima Câmara Cível; Rel^a Des^a Lucia Helena do Passo; DORJ 11/10/2022; Pág. 627) (grifo nosso)

A confluência de áreas do direito, quando bem-feita nesses aspectos, desagua em um bom planejamento nas empresas com objeto de desenvolvimento imobiliário. Para que isso seja feito, é necessário definir critérios prévios de apuração do Valor Geral de Vendas (VGV) ou mesmo de definição de quem vai fazer a avaliação de imóveis para fins de apuração dos haveres na hipótese de saída de um sócio, que pode ser preferencialmente por recebimento de imóveis como lotes ou apartamentos.

Esses são temas das ciências contábeis, mas juridicamente devem ser analisados para previsão em um acordo de sócios. Não prever qual método será utilizado para avaliação da empresa em um caso de disputa pode delongar uma discussão societária e uma ação judicial por prazo suficiente para prejudicar a sociedade e o empreendimento imobiliário. Essa prévia determinação evita que uma das partes acione intencionalmente uma forma de avaliação que seja mais benéfica para

si e não para a empresa. O interesse prevalescente tem que sempre ser da sociedade.

2.4 ADMINISTRAÇÃO DE CARTEIRA

Em um negócio imobiliário, como parcelamento do solo urbano e incorporações imobiliárias, existem atividades acessórias que não são a venda da própria unidade imobiliária. Essas atividades geram uma considerável renda através de outras comercializações e transações financeiras.

A administração de carteira de empreendimentos imobiliários refere-se ao processo de gerenciar um portfólio de projetos e ativos imobiliários em nome de investidores, desenvolvedores, fundos de investimento imobiliário (FII) ou outras entidades interessadas em investimentos no setor imobiliário.

Essa administração envolve questões burocráticas e administrativas como verificação de distratos, verificação de vacância, verificação de financiamentos dos consumidores finais, verificação da pontualidade dos pagamentos e providências quanto a esse ponto como emissão de boletos e efetuação de cobranças.

Por envolver um alto valor e normalmente ser feito com base em um percentual do VGV, é uma atividade cobiçada e deve ser prevista no acordo de sócios quem fará a sua realização, ou ainda, qual dos sócios terá direito de indicar uma empresa de interesse e confiança para fazê-lo.

2.5 VENDAS DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS

Igualmente, a venda de unidades imobiliárias seja ela apartamento, loja, lote, quotas ou afins, também pode gerar uma boa renda ao empreendimento. Usualmente essas vendas são feitas por imobiliárias e corretores de imóveis associados.

Como é de conhecimento coletivo, a comissão pode variar, mas é frequentemente negociada entre 4% (quatro por cento) e 6% (seis por cento) do preço de venda do imóvel, gerando um impacto no resultado de lucro da sociedade.

Da mesma forma, a detenção de poder sobre quem irá realizar tal atividade e consequentemente lucrar com ela pode ser objeto do acordo de sócios e fazer com que empresas coligadas de uma das empresas sócias desse negócio imobiliário seja privilegiada.

Discussões quanto a temas relacionados à corretagem imobiliária é de tamanha importância que é objeto de averiguação e eventual sanção pela CVM⁵ pela possível confusão de emissão de valores mobiliários, conforme o estudo de caso a seguir:

RECURSO CONTRA DECISÃO DA SRE EM PROCESSO DE MULTA COMINATÓRIA – HÉTILO DO BRASIL EMPREENDIMENTOS LTDA – PROC. RJ2013/12714

Reg. nº 8880/13

Relator: SRE

Trata-se de recurso apresentado por Hétilo do Brasil Empreendimentos Ltda. contra decisão da Superintendência de Registro de Valores Mobiliários - SRE que aplicou multa cominatória pelo descumprimento ao disposto na Deliberação CVM 716/2013.

O Colegiado com base na manifestação da área técnica, consubstanciada no Memo/CVM/SRE/Nº 67/13, deliberou o indeferimento do recurso e a consequente manutenção da multa aplicada.

A área técnica relatou que tem verificado diversas situações que **podem configurar a captação irregular de poupança popular, promovidas, em regra, por incorporadores e corretores de imóveis, através da**

5 CVM. **Ata de reunião:** análise de recurso Disponível em: < https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2013/20131210_R1/20131210_D05.html >. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

oferta pública de oportunidades de investimento em empreendimentos imobiliários.

O Colegiado solicitou à SRE que divulgasse alerta chamando atenção ao fato.

O relatório técnico especifica:

Trata-se de recurso protocolado por Hétilo do Brasil Empreendimentos Ltda. (“Recorrente” ou “HB”) contra multa cominatória aplicada por meio dos Ofícios/CVM/SRE/Nº 523 e 527/2013, de 31.10.2013 e 04.11.2013, pelo descumprimento, por cinco (5) dias, ao determinado pela Deliberação CVM Nº 716, de 23.10.2013, que determina que a HB se abstenha de ofertar ao público quaisquer valores mobiliários sem os devidos registros perante a CVM. O descumprimento ficou caracterizado porque, entre 31.10.2013 e 04.11.2013, verificamos que a HB estava oferecendo, em sua página na rede mundial de computadores (<http://www.villagedaspedras.com.br>), **oportunidades de investimento que, da forma como estavam sendo ofertadas, enquadram-se no conceito legal de valor mobiliário**. Em razão disto, enviamos os Ofícios/CVM/SRE/Nº 523 e 527/2013, comunicando a Recorrente do descumprimento da Deliberação CVM nº 716/13 e da aplicação da multa. (grifo nosso)

Assim, responsabilidade, destinação e delimitação podem estar previstas em um contrato empresarial e societário como o acordo de sócios para evitar a penalização da sociedade ou demais sócios em sanções como acima exposta.

3. CLÁUSULAS ESPECIAIS

Muitas cláusulas dos Acordos de Sócios são essenciais para a existência básica da sociedade e seu funcionamento. Contudo, existem cláusulas especiais não ordinárias usadas nesses instrumentos para delimitar situações não plenamente previstas pelo ordenamento jurídico. Normalmente essas cláusulas são utilizadas por analogia de legislações estrangeiras ou de aplicações pontuais no ordenamento jurídico pátrio.

3.1 *DRAG ALONG*

Em inglês *drag along*, também entendida como “arraste”, é uma cláusula que permite que os sócios majoritários ou controladores arrastem os sócios minoritários em uma venda da empresa. Se os sócios majoritários desejam vender suas ações ou a empresa, a cláusula de *drag along* lhes confere o direito de forçar os acionistas minoritários a participar da venda sob os mesmos termos e condições.

O objetivo é a facilitação de transações de venda, fusão, aquisição e incorporação da empresa, garantindo que um único grupo de acionistas majoritários possa tomar a decisão de vender a empresa. É uma ferramenta de governança corporativa. Essa cláusula normalmente é utilizada em conjunto com o *tag along* para gerar equidade.

3.2 *TAG ALONG*

O *tag along*, na tradução livre, é o direito de acompanhamento. Essa cláusula oferece proteção aos sócios minoritários em caso de venda da empresa ou de suas ações. A cláusula oportuniza que os sócios minoritários “acompanhem” a venda das ações dos sócios majoritários, vendendo suas próprias ações sob os mesmos termos e condições da venda das ações majoritárias.

É, portanto, uma maneira de garantir que os sócios minoritários não sejam deixados de fora de oportunidades de venda de ativos ou da empresa como um todo. Em empreendimentos imobiliários, a venda de propriedades pode representar uma parte significativa do valor da empresa.

Tratando-se de sociedades anônimas de capital aberto, apesar de não nomeada, a cláusula de *tag along* é regulamentada no artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976, que foi introduzido pela Lei nº 10.303/2001. De acordo com esse artigo, quando ocorre uma oferta pública de aquisição de controle de uma sociedade anônima, os sócios minoritários têm o direito de vender suas ações assegurando o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. Essa disposição visa proteger os direitos dos sócios minoritários em caso de mudança no controle da empresa.

3.3 GOLDEN SHARE

A expressão *golden share*, traduzida livremente do inglês como “ação de ouro”, refere-se ao valor estratégico ou de controle que essa ação concede ao seu detentor. A *golden share* é uma ação especial que confere a seu possuidor poderes de voto adicionais ou direitos especiais na sociedade, que vão além dos direitos ordinários, podendo orbitar entre direito de veto, controle de nomeações para o conselho de administração da empresa, proteção de ativos críticos, restrições à propriedade estrangeira e discussões correlatas.

A legislação brasileira em vigor não faz menção direta ao termo *golden share*. Essa cláusula não é uma prática trivial ou explicitamente prevista na legislação societária pátria. Conquanto a legislação preveja, em alguns casos, ações preferenciais ou classes especiais de ações que podem ter direitos ou vantagens diferenciados em relação às ações ordinárias. No Reino Unido, diferentemente do Brasil, a utilização

desse tipo de cláusula é pacificada, uma vez que essa é a nação de onde surgiu conforme Pela, Juliana Krueger (2008, p.3):

Cuidava-se de título acionário representativo de uma unidade do capital social, que atribuía ao seu titular – o estado – prerrogativas especiais, não proporcionais à sua participação no capital da sociedade, destinadas a resguardar interesses nacionais, como o direito de impedir o ingresso de acionistas estrangeiros no bloco de controle da companhia em sua origem, portanto, a *golden share* visava à satisfação de interesses públicos a partir do modelo britânico de privatizações e, justamente para satisfação de interesses nacionais, o mecanismo originalmente corporificado na *golden share* foi adotado, sob denominações diversas, em países como a França (*action spécifique*), Itália (*poteri speciali*), Alemanha (*goldene aktie* e *spezialaktie*), Bélgica (*action spécifique*), Portugal (ações preferenciais), Espanha (regime administrativo de controle específico), Nova Zelândia (*kiwi share*), México e Brasil (ação de classe especial). Posteriormente, porém, tais títulos acionários passaram a ser emitidos também por sociedades anônimas que se situavam fora do contexto das privatizações e da participação do estado na economia, com o objetivo de atender a funções bastante distintas. Com efeito, a desproporção entre a participação acionária encerrada pelo título, de um lado, e os direitos por ele atribuídos ao seu titular, de outro, mostra-se particularmente útil para a estruturação do poder interno nessas companhias. nesses casos, a *golden share* afasta-se de sua função original e desponta como importante instrumento de técnica societária.

3.4 NÃO COMPETIÇÃO (*NON-COMPETE*)

Essa cláusula, quando incluída em acordo de sócios, proíbe uma das partes de se envolver em atividades concorrenciais que possam prejudicar a outra parte ou a sociedade. Este dispositivo normalmente é aplicado em contextos nos quais uma das partes tem informações confidenciais ou competências críticas que a outra parte deseja proteger.

Pode incluir o escopo das atividades proibidas, a área geográfica restrita a uma cidade, estado, país ou até global, o período durante o qual a restrição estará em vigor e provisões relacionadas à compensação que o indivíduo receberá em troca de sua conformidade com a cláusula de não competição.

A Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996) contém disposições relacionadas a cláusulas de não concorrência em acordos de transferência de tecnologia, podendo ser aplicada diretamente em nos tipos de acordos do estudo em tela caso exista algum tipo de tecnologia inovativa envolvida ou por correlação, já aceita pelo judiciário brasileiro, como normalmente ocorre nos assuntos imobiliários:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA SUBSTANCIÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Demanda em que se debate a **validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial** eminentemente associativo. 2. A aplicação do direito ao caso concreto, ainda que com fundamentos jurídicos diversos, não caracteriza julgamento extra

petita. 3. Pela teoria finalista, só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 4. A jurisprudência do STJ admite a flexibilização da teoria finalista, em caráter excepcional, desde que demonstrada situação de vulnerabilidade de uma das partes, o que não se vislumbra no caso dos autos. 5. **A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena.** 6. **São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência** e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. 7. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1203109 MG 2010/0127767-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 05/05/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/05/2015) (grifo nosso)

Os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendem no caso acima estudado, portanto, a validade dessa cláusula possivelmente incluída em acordo de sócios.

4. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES E SAÍDA DE SÓCIO

4.1 DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES E A CLÁUSULA PENAL

O acordo de sócios pode se tornar um título executivo judicial. O descumprimento de um regramento estabelecido pode ser executado como os demais títulos. Entretanto, pode haver uma cláusula penal neste acordo, ou seja, uma disposição que estabelece as consequências

financeiras ou as penalidades que serão aplicadas se um dos signatários não cumprir com suas obrigações ou violar os termos do acordo.

O descumprimento do prazo de execução de obra, fazendo com que o empreendimento ultrapasse o tempo da autorização municipal para conclusão da obra pode ser um problema administrativo, judicial e comercial, por exemplo.

Esse dispositivo tem o propósito de incentivar o cumprimento dos compromissos e garantir que as partes cumpram com as obrigações estabelecidas no acordo de sócios. Isso se dá através de estabelecimento do valor da multa ou penalidade financeira, podendo ser uma quantia fixa ou uma porcentagem do valor total do contrato, normalmente atrelado ao VGV do empreendimento.

4.2 SAÍDA VOLUNTÁRIA DE SÓCIOS

Quanto à saída voluntária de um sócio, o Código Civil brasileiro estabelece que, em uma sociedade limitada, um sócio que deseje se retirar da sociedade pode fazê-lo, desde que notifique os demais sócios com antecedência. Nesse caso, o sócio que se retira tem direito à devolução de sua participação societária, com base no valor contábil das cotas sociais na data da retirada, a menos que o contrato estabeleça um valor ou metodologia diferente, como já abordado.

4.3 EXCLUSÃO DE SÓCIO

O Código Civil cuidou somente da exclusão do sócio minoritário em sociedades limitadas. No art. 1.085 prevê que, ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-lo da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

O referido artigo menciona o art. 1.030, do regime da sociedade simples, que determinou uma cláusula geral de exclusão de sócio: a exclusão, que só pode ocorrer judicialmente, mediante iniciativa dos demais sócios, deve ser motivada por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Na sociedade limitada, excetuando-se a hipótese do art. 1.004, o sócio só poderá ser excluído se configurada uma justa causa, apurada pela falta grave dos seus deveres. O fato determinante da exclusão do sócio da limitada é a falta grave, mas o Código Civil Brasileiro previu diferentes regramentos para a exclusão do sócio majoritário (art. 1.030) e do sócio minoritário (art. 1.085), conquanto a diferença não incida exclusivamente sobre a participação social.

4.4 FALECIMENTO, INVALIDEZ OU INCAPACIDADE DO SÓCIO

É comum que exista uma previsão de vedação ao ingresso dos herdeiros, sucessores, cônjuge ou companheiro de qualquer dos sócios no quadro societário da sociedade. Essa previsão ocorre considerando que negócios imobiliários acontecem considerando *affectio societatis* e expertises importantes ao negócio, como por exemplo experiência em desenvolvimento de condomínio fechado ou multipropriedade, expertise quanto a incorporações em determinada geologia etc. Nas sociedades por ações, entretanto, a relação é entre acionistas e prioritariamente financeira.

Em qualquer um desses contextos supramencionados, a entrada de um terceiro, externo e alheio ao empreendimento imobiliário pode prejudicar o bom andamento da sociedade. Se esse for o entendimento dos sócios, a vedação pode se tornar uma proteção, desde que acompanhada de um adequado provisionamento de pagamento de haveres.

4.5 PAGAMENTO DE HAVERES

Os haveres, no contexto societário, são entendidos como pagamentos feitos a um sócio que deixa a sociedade – como nas hipóteses acima expostas – como compensação pelo valor de sua participação na empresa. Caso não haja previsão específica em contrato social ou acordo de sócios, os haveres poderão ser calculados por analogia do artigo 1.031 do Código Civil, com base em balanço especial levantado pela sociedade, na exata data do evento societário.

Pode-se determinar o número de parcelas, sua sucessibilidade, correção monetária e valor mínimo de acordo com o momento do empreendimento (fase de construção, fase de lançamento, fase de aumento de distratos) e fazer uma compensação com o impacto econômico que essa retirada ocasionará na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. “Anotações Sobre a Exclusão de Sócios por Falta Grave no Regime do Código Civil”. In ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos** - Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALBUQUERQUE, Pedro de; PEREIRA, Maria de Lurdes. **As “golden shares” do estado português em empresas privatizadas: limites à sua admissibilidade e exercício**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1203109 MG 2010/0127767-0. Ministro Marco Aurélio Bellizze. j. 10.04.2015, p. 11.05.2015.

CVM. **Ata de reunião: análise de recurso**. Disponível em: < https://conteudo.cvm.gov.br/decisooes/2013/20131210_R1/20131210_D05.html >. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

GORGA, Érica. **Direito Societário Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Regime jurídico do capital autorizado**. São Paulo, 1983. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

IBGE. **CNAE**: concla. 2017. Disponível em: < https://concla.ibge.gov.br/busca-online_cnae.html?subclasse=4120400&tipo=cnae&versao=9&view=subclasse >. Acesso em: 19 de agosto de 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 6ª edição. IBGC Código, 2023.

KOLLEMATA. **Jurisprudência Registral e Notarial**. Disponível em: < <https://www.kollemata.com.br/rcpj-alteracao-contratual-aumento-de-capital-edital-de-convocacao-publicacao-ciencia-inequivoca-exig.html> >. Acesso em: 16 de novembro de 2023.

KOLLEMATA. **Jurisprudência Registral e Notarial**. Disponível em: < <https://www.kollemata.com.br/rcpj-averbacao-ata-de-reuniao-alteracao-contratual-regimento-interno-exigencias.html> >. Acesso em: 16 de novembro de 2023.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

PELA, Juliana Krueger. **Origem e desenvolvimento das golden shares**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103 p. 187 - 238 jan./dez. 2008.

REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil**. In Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REQUIÃO. Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Direito de Voto nas Sociedades Anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SAAD-DINIZ, Gustavo. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luiz Alberto da. **Transferência de ações ordinárias da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – Embraer – dos acionistas controladores da companhia a empresas francesas**. revista de direito

Bancário, do Mercado de Capitais e da arbitragem, São Paulo, n. 8, p. 197-217, abr./jun. 2000.

VERGUEIRO, Carlos Eduardo. **Acordos de Sócios e a Governança das Companhias**, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WALD, Arnoldo. **Do descabimento de denúncia unilateral de pacto parassocial que estrutura o grupo societário**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NAS EMPRESAS: SUA PRÁTICA, IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO TRABALHISTA E CONTRIBUIÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE IN COMPANIES: ITS PRACTICE, IMPORTANCE IN THE LABOR SPHERE, AND CONTRIBUTION TO HUMAN RIGHTS

Ariany Cordeiro¹

Esther Sanches Pitaluga²

RESUMO: O *compliance* é contextualizado através de regras comportamentais, onde empresas que têm o programa implantado estabelecem políticas internas confortáveis para si e para seus empregados, inserindo mecanismos de controle que sejam eficazes. O programa de *compliance* contribui para que a empresa sempre esteja de acordo com as leis, que servem como instrumento para a aplicação e efetividade das normas preestabelecidas e também de combater a corrupção, evitando escândalos. Esse programa pode ser entendido como um processo de cumprir normas legais, observando a ética, a moral e a honestidade. O foco do *compliance*, é a atuação da liderança da organização com correção ética, de forma a propagar, dentro da organização, a adoção das melhores práticas da gestão à aprovação dos processos. A par da vida, saúde e moradia, também a educação e o trabalho constituem direitos essenciais e, por isso, elementos indissociáveis da formação integral do cidadão. No âmbito trabalhista,

1 Acadêmica do 9. Período do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira, Campus Goiânia.

2 Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós-graduada em Planejamento & Gestão de Escritório de Advocacia pela Faculdade Cambury. Pós-graduada em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Cambury. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC Rio Grande do Sul. Secretária-Adjunta da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/GO. Vice-Presidente da Comissão de Prerrogativas Trabalhistas da OAB/GO. Advogada. Professora. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/057985397277310>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5681-3534>. E-mail: estherpitaluga@hotmail.com.

o *compliance* envolve a construção de medidas a serem tomadas para evitar ações judiciais trabalhistas. A adoção do programa por uma empresa pode inspirar confiança para o mercado, proporcionando uma forma harmônica de trabalhar e de se relacionar, mantendo o equilíbrio entre os componentes ali inseridos.

Palavras-chave: *Compliance*. Ética empresarial. Normas Legais. Gestão de Riscos Trabalhistas. Cultura Organizacional.

ABSTRACT: Compliance is contextualized through behavioral rules, where companies that have implemented the program establish comfortable internal policies for themselves and their employees, inserting effective control mechanisms. The compliance program contributes to ensuring that the company is always in accordance with the law, serving as a tool for the application and effectiveness of pre-established norms and also to combat corruption, avoiding scandals. This program can be understood as a process of complying with legal norms, observing ethics, morals, and honesty. The focus of compliance is the ethical conduct of the organization's leadership, aiming to propagate, within the organization, the adoption of best management practices to process approvals. Alongside life, health, and housing, education and work also constitute essential rights and, therefore, inseparable elements of the citizen's integral formation. In the labor sphere, compliance involves the construction of measures to be taken to avoid labor-related legal actions. The adoption of the program by a company can inspire market confidence, providing a harmonious way to work and relate, maintaining the balance between the components therein.

Keywords: Compliance. Business Ethics. Legal Norms. Labor Risk Management. Organizational Culture.

INTRODUÇÃO

O mundo empresarial está em constante evolução, respondendo não apenas às demandas do mercado, mas também às exigências éticas, sociais e legais da sociedade. Entre essas exigências, o compliance tem emergido como um elemento crítico para empresas que buscam operar de forma ética e transparente. Embora tradicionalmente focado na conformidade legal e prevenção da corrupção, o escopo do compliance tem se expandido para abranger questões mais amplas, incluindo os direitos humanos.

Diante deste cenário, surge o questionamento: como as práticas de compliance podem ser alinhadas com a promoção e proteção dos direitos humanos nas empresas? Este artigo busca responder a essa pergunta, investigando as melhores práticas e desafios associados à incorporação dos direitos humanos nas estratégias de compliance empresarial.

O compliance não é apenas um mecanismo de defesa contra riscos legais; ele serve como um barômetro da cultura ética e moral de uma empresa. E com a crescente pressão pública e regulatória para a inclusão de padrões éticos que vão além do lucro, as empresas estão cada vez mais focadas em incorporar o compliance em suas estratégias de negócios e governança.

A prática efetiva do compliance não apenas aumenta a confiança de fornecedores, investidores e clientes, mas também reforça o compromisso da empresa com a ética e os direitos humanos. Este último aspecto é especialmente relevante, dada a crescente conscientização sobre a responsabilidade das empresas em respeitar e proteger a dignidade e os direitos de todos os indivíduos afetados por suas operações.

1 ESTRUTURA E FUNÇÕES DO COMPLIANCE

Para se implementar o *compliance* é necessário que se tenha organização e que seja composto por elementos que interagem com todas as normas de negócio da empresa. Para que se tenha efetividade na implantação e execução do programa, é necessário que a empresa nomeie um profissional com recursos inteligentes e disposto a gerenciar com autonomia.

“... Em outras palavras, não basta dizer que apoia, participar das reuniões ou declarar seu entusiasmo nas comunicações de Compliance. O líder máximo da organização deve incorporar os princípios desse programa e praticá-los sempre, não só como exemplo aguardado pelos demais, mas também para transformar, de fato, sua empresa num agente ético e íntegro. Assim, a sua conduta e decisões não poderão sucumbir jamais, mesmo em casos críticos. GIOVANINI, Wagner: Compliance: A excelência na prática, 1ª edição – São Paulo:2014.

O papel do *compliance* é assegurar que as providências internas da empresa tenham êxito na sistematização, buscando a contenção dos riscos.

Ninguém está obrigado a saber tudo. O estudo das ciências em geral é assunto daqueles que vivem confortavelmente e dispõem de tempo livre. Os que têm empregos particulares devem entender as funções; e não é insensato exigir que pensem e raciocinem apenas sobre o que forma sua ocupação cotidiana. John Locke (1986: 225, apud ENGUITA, 1989: 111).

Um programa de *compliance* não garante que não haverá desvios de conduta ou crises dentro de um negócio, mas serve como uma proteção que, caso não impeça essas ações prejudiciais para a empresa, reduzirá os riscos e se terá seu sistema de combate à atitudes ilícitas cada vez mais alinhado.

A governança corporativa e a ética são pontos importantes a serem estabelecidos dentro de um programa de *compliance* eficaz, não pode se tratar apenas de um discurso, mas deve existir conexão com o que se é falado e atitudes de quem conduz a implantação de *compliance*.

“ Ética e conduta não são coisas que podem ser meramente criadas ou atingidas somente através de gastos corporativos. Elas exigem um profundo comprometimento, que só pode ser atingido através do tempo, esforços e, sim, gastos.” BIEGELMAN, Martin T. BIEGELMAN, Daniel R., *Building a World-Class Compliance Program: The Seven Steps in Practice (Part I)*, Hoboken, NJ, USA: John Wiley & Sons, Inc., 2011.

Para OLIVEIRA e OLIVEIRA o programa de *compliance* “trata-se de um conjunto de ações a serem aplicadas pela sociedade com o objetivo de detectar, prevenir e solucionar os riscos de integridade”. A partir daqui, podemos perceber o tripé de execução do *compliance*: identificar, prevenir e remediar.

É importante que se conheça os objetivos da empresa, para que sejam estabelecidas estratégias eficazes, evitando assim riscos e impactos negativos. Assim, é fundamental haja uma estrutura com organização, documentação em ordem, entrevistas bem planejadas, verificação de dados e uma boa gestão para conduzir todas as regras estabelecidas.

Após avaliar os riscos, inicia-se a criação do regulamento da sociedade que, trata-se da formalização inicial da postura que a empresa deverá ter em relação a suas práticas de negócios e que

deve estar alinhada com a alta administração para que assim seus colaboradores, fornecedores e clientes sejam direcionados para exercerem suas atribuições de acordo com as leis. Tendo essa postura, ficará evidenciado o compromisso da empresa de sempre agir corretamente.

Os custos de não conformidade também estão maiores, não só pelos encargos substanciais com eventuais inquéritos e processos administrativos e/ou judiciais, mas também pelos reflexos do envolvimento em escândalos, que expõem a imagem e a reputação das organizações, com impacto no seu valor econômico e gerando perdas para a sociedade em geral. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5 ed. São Paulo: IBGC, 2015.

1.1 BREVE RELATO SOBRE COMPLIANCE

As fases do *compliance* são:

A primeira entre 1900 e 1950 que aborda o germinar da área, a segunda que acontece entre 1960 e 1990, onde se identifica o marco de constituições nos bancos. A terceira fase foi entre 1990 e 2000, apontada pela luta contra a lavagem de dinheiro. A quarta fase ficou evidenciada por fraudes e leis mais rígidas. Já a quinta fase e presente período é conhecida como a era de ouro do combate a corrupção no Brasil. Handbook: Compliance um guia histórico, conceitual e técnico Aline Becker Delwing, Evandro Weisheimer e Henrique Piccinini. 2ª EDIÇÃO. Lajeado, dezembro de 2019.

Em 1997 o *compliance* foi citado de forma clara:

Princípio de n.º 14: “Os supervisores da atividade bancária devem certificar-se de que os bancos tenham controles internos adequados para a natureza e escala de seus negócios. Estes devem incluir arranjos claros de delegação de autoridade e responsabilidade: segregação de funções que envolvam comprometimento do banco, distribuição de seus recursos e contabilização de seus ativos e obrigações; reconciliação destes processos; salvaguarda de seus ativos; e funções apropriadas e independentes de Auditoria Interna e Externa e de Compliance para testar a adesão a estes controles, bem como a leis e regulamentos aplicáveis” (THE BASEL COMMITTEE, 1997, p. 30).

O Framework for Internal Control Systems in Banking Organisations – 13 principles for the Assessment of Internal Control Systems, é um documento que foi estabelecido para auxiliar as empresas em suas necessidades fazendo com que controles internos se cumprissem. A palavra *compliance* é citada 21 vezes na publicação. (THE BASEL COMMITTEE, 1998).

Nesse mesmo ano, as orientações deste documento também foram adotadas no Brasil. Foi publicada a resolução n. 2.554 de 24 de setembro de 1998, que refere-se sobre a efetivação e execução do método de controles internos.

O referido documento traz a seguinte declaração sobre ética e controles internos:

“Art. 4º Incumbe à diretoria da instituição, além das responsabilidades enumeradas no art. 1º, parágrafo 2º, a promoção de elevados padrões éticos e de integridade e de uma cultura organizacional que demonstre e enfatize, a todos os funcionários, a importância dos controles internos e o papel de cada um no processo” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1998, p.5).

A fiscalização e auditoria tem extrema relevância no programa de *compliance*, sua previsão encontra-se no Decreto n. 8.420/2015, em seu art. 42, inciso XV, que descreve:

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ;

Os 9 pilares para que um bom programa de *compliance* seja estabelecido são: avaliação de riscos, controles internos, periodicidade de treinamentos, estabelecer código de conduta, canais de denúncias, investigações, diligência adequada (Due Diligence) e por último auditoria e monitoramento. (<http://www.lecnews.com.br/blog/os-9-pilares-de-um-programa-de-compliance/>).

Temos com um exemplo histórico de Inteligência de Conformidade o “*Informi Rosso*”, que em português significa relatório vermelho da Santa Aliança, o serviço secreto da Igreja Católica no século XVI. Era um sistema simples de coleta de informações da rede de espiões que depositavam pergaminhos em um vaso de bronze com denúncias de heresia e ameaças do protestantismo inglês em expansão.

1.2 COMPLIANCE TRABALHISTA

Como mencionado anteriormente, o *compliance* tem o papel de estabelecer e programar padrões de conduta para que toda legislação, inclusive a do âmbito trabalhista, sejam cumpridas. Conforme ensina Rosana Kim Jobim:

... as empresas são resultado de uma ficção jurídica, cujo principal elemento ainda é expresso não pelo conjunto de bens,

mas sim, no ser humano, o qual imprime movimento e exercício às coisas corpóreas e incorpóreas. Logo, considerando que o homem é o cerne das relações de trabalho; considerando que a força de trabalho é fundamental para a realização dos fins da empresa; e, por fim, considerando que o compliance é visto como um comportamento de empresa, então diz respeito aos empregadores e a cada um de seus empregados, na medida em que o cumprimento das normas internas e externas deve ser por eles observado. Nessa dinâmica empresarial, as ações tomadas pelos agentes da relação de emprego merecem cada vez mais destaque na área de compliance. Isso decorre não somente de comandos externos (legislação civil, penal e trabalhista), mas também de elementos internos diretamente relacionados com os direitos e deveres dos empregadores e empregados, decorrentes do contrato de trabalho (2018, p. 32).

Na esfera trabalhista o *compliance* tem o papel de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas, estabelecer boas práticas institucionais e conduta ética em todos os segmentos da empresa, ou seja, detecção, prevenção e gerenciamento de riscos dentro do ambiente de trabalho.

Sendo assim, o objetivo de implementar o *compliance* trabalhista é evitar danos à empresa, destacando-se a redução de processos judiciais, redução de multas administrativas, aumento de produtividade, redução do turnover, redução dos acidentes de trabalho, boa imagem e reputação, vantagem competitiva.

Pode ser utilizado para se evitarem ou se minimizarem, em especial (mas não somente): riscos da empresa tomadora de serviços em relações com empresas terceirizadas (ajudando a certificar que as terceirizadas também irão cumprir as normas que devem ser observadas); problemas com assédios moral

e sexual, com questões de saúde e de segurança no trabalho, brigas entre funcionários, comportamentos inusitados, punições disciplinares (corretos meios de aplicações de advertências, suspensões e dispensas por justa causa), o uso inadequado da Internet e de e-mails corporativos, a implementação de técnicas de gestão consideradas abusivas pela Justiça do Trabalho e, até mesmo, mais amplamente, para reduzir-se a geração de passivos trabalhistas mais típicos, como horas extras não registradas e, conseqüentemente, não pagas, desvios ou acúmulos indevidos de funções situações de equiparação salarial, por exemplo. Além disso, como mencionado, evita-se, em especial, o cometimento dos crimes contra a Organização do Trabalho (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 77)

1.2.1 COMPLIANCE TRABALHISTA: ANÁLISE DO CASO CONCRETO USINA JALLES MACHADO

Em pesquisa realizada na empresa Jalles Machado, observamos que o *compliance trabalhista* sendo praticado desde a sua criação, mesmo que de forma indireta, mas por conta da postura e dedicação de seus gestores.

Em 16 de julho de 1980, foi criada a Cooperálcool e em 14 de novembro de 1980, fundou-se a Destilaria Goianésia Álcool S/A, que fazia o processamento da cana e fabricava o álcool. Os fazendeiros produziam a cana e forneciam a matéria-prima para a indústria.

Em 1993, iniciou-se a fase de produção de açúcar cristal. A Destilaria Goianésia Álcool S/A então passa a se chamar Jalles Machado S/A Açúcar e Álcool, homenagem a Otávio Lage feita pelos acionistas, colocando o nome de seu pai. Itajá, nome indígena da primeira fazenda em que Jalles Machado se instalou em Goianésia com os filhos e nome escolhido para a marca de açúcar cristal da empresa.

Desde seu início a Jalles Machado sempre teve estabelecido como missão social gerar mais empregos para a população de Goianésia-GO, tendo atualmente duas unidades industriais que empregam em média 3.700 colaboradores e assim se tornam grande referência em responsabilidade social, preservação do meio ambiente e qualidade.

Em 1999 a colheita de cana começou a ser feita através de tratores, por mecanização e isso foi motivo de preocupação para Otávio Lage “Nos preocupava muito o fato das máquinas substituírem empregos, a cada 100 empregos um máquina iria trabalhar, isso realmente nos preocupou devido a quantidade de pessoas que perderia o emprego. O que nós fizemos, qualificamos esses funcionários para outras atividades.”

A inserção do programa de integridade na Jalles Machado, tem como objetivo atuar com clareza e de acordo com a legislação. Todos os colaboradores e prestadores de serviços, fornecedores e parceiros devem adotar devem aderir as regras estabelecidas pela empresa e executarem suas funções com responsabilidade.

A advogada e gestora do departamento jurídico da empresa, Érica Rodrigues Carneiro, que participou da implantação do programa e compõe a comissão, nos informou que “*compliance* nada mais é que conformidade, ou seja, *compliance* cabe em todas as áreas”, disse ainda que a comissão encarregada pelo programa de integridade trabalha diariamente para que o *compliance* seja implantado em todas as áreas da empresa.

A comissão estruturou o projeto estabelecendo as primícias básicas da empresa, tratando da importância da alta direção da empresa com tais valores e com todas as informações necessárias. A partir deste programa todas as políticas da empresa foram revisadas, pois nele, um dos pilares mais importante é o código de conduta do colaborador e dos fornecedores.

A comissão de integridade tem seu regimento estabelecido, e este dita como serão tratados os assuntos relacionados à responsabilidade de manter toda a documentação atualizada, sobre a divulgação de treinamentos do programa dentro da companhia, que deverá ser

realizado com frequência, para que todos conheçam e entendam como funciona e também é responsável pelas denúncias que ocorram relacionadas ao programa de integridade.

No período da safra de cana de açúcar que acontece de abril a novembro e entre safra que acontece de dezembro à março ocorrem muitas contratações de colaboradores. Por tal motivo, nesta fase foi estabelecido treinamento onde o assunto integridade é abordado com riqueza de detalhes. Existem também constante treinamentos durante o contrato para que o assunto seja sempre lembrado.

Através do programa a empresa consegue identificar falhas de conduta, atitudes ilícitas e fraudes executadas dentro da empresa, nas relações privadas ou públicas. Permitindo assim sanar tais práticas e contribuindo para uma sociedade mais ética.

1.2.2 AUDITORIA INTERNA JALLES MACHADO

Como mencionado acima, o programa de integridade dentro da Jalles Machado é composto por uma comissão que gerencia e estrutura a evolução do *compliance* dentro da empresa. Tal comissão verifica se as atividades, produtos, colaboradores e prestadores de serviços estão agindo de acordo com as leis. Além disso, tem o papel de prever, amenizar e tratar riscos para que as normas estabelecidas no regulamento interno não sejam atingidas.

De acordo com o código de conduta da organização, “As regras e diretrizes estabelecidas no código devem ser executadas por todos os colaboradores e sua aplicação atingirá indistintamente qualquer indivíduo que mantenha vínculo empregatício com a Jalles Machado, e deve ser referência para os parceiros, clientes e fornecedores.”

Com a intenção de estabelecer um canal de denúncias seguro e com imparcialidade, a Jalles Machado firmou contrato com uma empresa terceirizada para administrar este canal. No caso de denúncias, estas serão conhecidas pelo encarregado do departamento que for alvo. São realizadas reuniões semanais com o objetivo de

verificar a veracidade das mesmas e traçar estratégias para saná-las, caso sejam verdadeiras.

O papel da auditoria interna no programa de *compliance*, é identificar se as normas e políticas ali estabelecidas estão em conformidade. Essa auditoria deve ser realizada frequentemente, evitando riscos aos qual a organização pode ser exposta e deve ser reportada a alta administração.

Maria do Rosário Palma Ramalho destaca a importância de um regulamento dentro da empresa:

“A importância do regulamento da empresa e do poder regulamentar no elenco dos poderes laborais tem sido empolada, sobretudo, na doutrina francesa, mercê da grande tradição de regulamentos empresariais no seio deste sistema, dada a obrigatoriedade legal da sua elaboração, nas empresas com mais de vinte trabalhadores. Esta obrigatoriedade não tem paralelo entre nós, embora a lei preveja que a elaboração de regulamentos internos sobre determinadas matérias possa ser tornada obrigatória por instrumento de regulamentação coletiva do trabalho convencional (artigo 99. N° 4).

Contudo, na prática, os regulamentos internos têm uma importância considerável, sobretudo no seio das grandes empresas, onde é até frequente a existência de regulamentos de âmbito genérico e de regulamentos de âmbito sectorial (para determinadas categorias de trabalhadores) ou com incidência específica em determinadas matérias (assim, por exemplo, regulamentos em matérias de higiene e segurança no trabalho ou em matéria disciplinar).

1.3 COMPLIANCE E LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), n. 13.709/18, entrou em vigor em agosto de 2020 e por conta de seus impactos, tem sido

explanada pelas empresas. Portanto, as organizações devem gerenciar os fluxos de dados das informações que recebem, desde a sua entrada até o seu descarte.

No âmbito do terceiro setor, a LGPD, tem tido cada vez mais importância em relação à Lei n.12.846/13, Lei Anticorrupção, que aborda sobre integridade da conduta empresarial e tem impacto na sociedade civil organizada.

Não é necessário criar políticas de privacidade ou de realização de um mapeamento de dados, mas é importante que em casos de violações de leis se tenha uma estrutura de administração de dados para que sanções sejam aplicadas.

Caso o empregador atue de forma incorreta no modo *on-line*, causará danos com riquezas de detalhes, devidamente citado o nome do infrator. A propósito, existindo divulgação de informação, seja verdadeira ou não, nas redes sociais ou na mídia pode tornar um produto inviável ou mesmo denegrir a marca de uma empresa.

No direito à proteção de dados pessoais, destaca-se que:

Embora não se trate de direito absoluto, o direito à proteção dos dados, especialmente na medida de sua conexão com a dignidade humana, revela-se como um direito bastante sensível, tanto mais sensível quanto mais a sua restrição afeta a intimidade e pode implicar ofensa à dignidade da pessoa humana. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2018, p.497).

O empregado desempenha o papel de titular dos dados e o empregador como regulador dos dados.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
VI - Controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões

referentes ao tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2018.)

No art. 18, incisos I ao IX, estão relacionados os direitos do titular dos dados, assim:

O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

- I - confirmação da existência de tratamento;
- II - acesso aos dados;
- III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
- V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
- VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;
- VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;
- VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;
- IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

Em um programa de compliance a LGPD tem grande relevância, pois contribui para o saneamento de riscos e para que se tenha uma administração bem estruturada.

1.3.1 ASSÉDIO SEXUAL

Assédio significa insistência impertinente, perseguição, constrangimento. Mas por vezes pessoas se calam diante tais comportamentos. Nas atividades laborais, o assédio é uma situação de inconveniência, onde o agressor expõe o colaborador a situações humilhantes, com ofensas ou intimidações.

De acordo com o art. 216-A do Código Penal, agressores se apoiam em chantagens para obterem favores sexuais.

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001). Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Pesquisas indicam que mais da metade de trabalhadores brasileiros de todas as regiões do país foram vítimas de assédio sexual ou moral e entre quem não passou por esta situação, muitos já presenciaram algum episódio de abuso. As consequências para quem passa por essas situações são extremamente graves. Relatos mostram profissionais que desenvolvem síndrome do pânico, depressão, insônia, uso de medicamentos controlados, entre outras doenças que afetam a vida do trabalhador.

Em muitas situações trabalhadores resistem a sair de seus empregos por medo, questões financeiras, sentimento de culpa e vergonha. Em pesquisa realizada pelo G1 - São Paulo, ficou constatado que 39% das mulheres sofrem assédio em seu local de trabalho. Entre as mulheres, 12% já foram alvos de agressões sexuais, como o estupro.

“Um dia, estava no meu trabalho, um colega pegou na minha bunda e me chamou para sair. Eu fiquei muito nervosa porque ele era meu chefe”, afirma entrevistada.

“Vivemos em uma sociedade machista, o que significa que há uma compreensão dentro do nosso imaginário social de que os homens estão em posição de superioridade em relação às mulheres, então eles têm acesso a cargos de maior poder e remuneração, enquanto as mulheres ficam em cargos de apoio e são vistas como pessoas que estão a serviço dos homens, muitas vezes como objetos até sexuais. Por acontecer isso dentro da nossa sociedade, há a repetição dessa prática dentro das empresas. Muitas vezes a gestão é tão autoritária e abusiva que você observa práticas de assédio moral em todo o conjunto de trabalhadores, mas ainda assim a mulher fica em situação pior porque há no imaginário social essa naturalização de a mulher fazer um trabalho inferior”. Adriana Reis, coordenadora nacional de Promoção da Igualdade e Eliminação da Discriminação no Trabalho – Coordigualdade, do Ministério Público do Trabalho de São Paulo (MPT-SP)

Esse tipo de assédio se caracteriza por qualquer tipo de provocação, propostas ou chantagens manifestadas por palavras, gestos ou outros meios impostos contra a vontade do outro. O assediador geralmente é insistente, constrange, intimida e humilha a vítima. Tais atos podem acontecer dentro e fora do local de trabalho, no caso de viagens profissionais, reuniões externas e confraternizações.

Para acabar com a cultura do “*foi só uma brincadeira*”, a Jalles Machado tem incentivado seus colaboradores que forem vítimas de tais atos, a denunciarem através do RH e canais de comunicação da empresa e em casos mais graves a registrarem ocorrências em delegacias e superintendências regionais do trabalho.

Em seu código de conduta, a Jalles Machado tem estabelecido que:

não admite assédios tais como: sexual, econômico, moral ou de qualquer natureza, nem situações

que configurem desrespeito, intimidação ou ameaça no relacionamento entre empregados, independentemente de seu nível hierárquico.

O assédio sexual caracteriza-se pela conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual.

O *compliance* e a LGPD atuam em conjunto para impedir e combater o assédio e a importunação sexual dentro do ambiente de trabalho.

Guirão evidencia que:

“A empresa que trata o assédio como um problema seu, da organização, apenas tentando se safar da exposição e evitar afetação da sua reputação, pode mesmo se complicar! Direcionar o foco e o cuidado para a vítima minimiza o impacto reputacional. Por isso, sugiro o foco na vítima e no grupo de pessoas que podem ser (ou ter sido também) vítimas do assediador”, diz Alexandre Guirão, advogado e professor de direito empresarial.

O advogado André Costa, especialista em *compliance*, explica que é relativamente comum casos de assédio sexual e moral se originarem da falta de aplicação da lei. “A LGPD tem que ser encarada pelas empresas de forma interdisciplinar. A ausência de uma política de proteção de dados traz sérios problemas para as empresas também internamente e pode ocasionar uma série de ações judiciais”, explica.

André diz ainda que as instituições empresariais precisam compreender que casos de assédios estão interligados com vazamentos de dados. “É preciso ter em mente que as companhias podem ser responsabilizadas em ações judiciais movidas por vítimas porque foi

graças a esse ambiente corporativo sem vigilância e proteção que um funcionário coletou os dados pessoais e passou a assediá-las”, explica.

1.3.2 FRAUDES

Através do programa de compliance compreendemos a natureza e a prática da corrupção e da fraude dentro das empresas, independente do ramo que se exerça. No caso de organizações que são controladas por órgãos reguladores do poder público, existem regras legais que devem ser obedecidas, para que não se tenha danos, como por exemplo as instituições financeiras.

Wilde Cunha Colares define o compliance da seguinte maneira:

Na verdade, quando se fala em compliance, está-se referindo aos sistemas de controle internos que servem para proporcionar maior segurança à empresa quanto às suas análises econômico financeiras, possibilitar uma atuação correta e adequada no meio em que atua, proteger contra os riscos de corrupção e fraudes em processos licitatórios ou demais delações com entidades governamentais, elaborar e atualizar normas internas que estejam em harmonia com a filosofia da companhia e garantir que sejam conhecidas e cumpridas por todos.

O decreto n. 8.420/15, estabelece que com o *compliance*, empresas implementem códigos de conduta ética e políticas de integridade que devem ser aplicados a todos os seus colaboradores, independente do cargo que exerça.

Coimbra salienta que:

O compliance constitui a base para o estabelecimento de uma cultura ética na empresa, cultura esta imprescindível à prevenção e redução de fraudes, que representam perdas financeiras para as

organizações. Com efeito, uma organização 343 que seja ética e que faça a difusão de uma cultura pautada na ética, por meio de um programa de compliance, tem menos problemas com fraudes. A cultura organizacional ligada à ética exerce uma clara influência sobre a integridade dos funcionários. Assim, quanto mais profunda a cultura de integridade organizacional, menor a incidência de fraudes e outros comportamentos que representam desvios de recursos. COIMBRA (2010, p. 6).

O *compliance* norteia empresas para um futuro onde a corrupção e fraudes sejam extintas de seus negócios.

2 APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NAS EMPRESAS

Em reportagem publicada no Jornal DCI, de 28 de janeiro de 2015, aponta que entre os 80 executivos entrevistados, todos de empresas com mais de US\$ 1 bilhão de faturamento, 41% atribuíram nota máxima de preocupação à área de *compliance* para 2015. As legislações tributária e trabalhista aparecem na sequência, com índices de 39% e 30%, respectivamente. E destaca:

“com a Lava Jato que investiga crimes de lavagem de dinheiro na estatal], essa questão passou a ficar no topo da lista de qualquer departamento jurídico ou conselho de administração” (40). (40) Jornal DCI, Caderno Legislação e Tributos, p. 12, de 28 de janeiro de 2015.

O professor Renato Rua de Almeida destaca que:

“embora no Brasil os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores não tenham ainda, na maioria das hipóteses, uma regulamentação

infraconstitucional adequada, no entanto, a irradiação dos direitos fundamentais no âmbito da legislação comum, em especial no tocante ao Código Civil de 2002 constitucionalizado, isto é, impregnado da eficácia os direitos fundamentais, faz com que os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores na esfera das relações de trabalho encontrem suporte no capítulo sobre direitos da personalidade, notadamente no art. 21, que trata da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, bem como nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e deveres anexos e da função social do contrato, encontrados nos arts. 187, 421 e 442 do diploma civil”(41).

A responsabilidade social da empresa é estender o programa de compliance para todos os envolvidos no seu ciclo produtivo.

(...) gestores têm a atribuição ética de respeitar os direitos de todos os agentes afetados pela empresa e promover o seu bem, incluindo nesse conjunto os clientes, fornecedores, funcionários, acionistas ou cotistas (majoritários e minoritários), comunidade local, bem como gestores, que devem ser agentes a serviço desse grupo ampliado. MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro. Responsabilidade social e governança: os Debates e as Implicações. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2006, p. 2-3.

2.1 COMPLIANCE TRABALHISTA EM MEIO À PANDEMIA DA COVID 19

Durante o período da covid-19 foram estabelecidos vários manifestos para que as empresas não dispensassem seus colaboradores, dentre eles um que possuía o seguinte slogan: “NÃO DEMITA. Empresários, não demitam! Esta crise vai passar. Faça parte deste manifesto”.

A Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020 que foi convertida na Lei 14.020/2020, instituiu o Programa emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e assegurou ainda sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública, que foi reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020.

Para combater a pandemia da Covid-19 o compliance trabalhista se deparou com um novo ordenamento jurídico, inúmeros medidas provisórias, algumas convertidas em Leis e outras que tiveram sua vigência encerrada. De modo geral o programa de *compliance* se mostrou pertinente mesmo nesta situação excepcional de pandemia.

2.2 A PRÁTICA DA LEI N. 12.846/2013

A Lei n. 12.846/2013, Lei Anticorrupção, foi regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015 e baseada nas Convenções sobre o Combate à corrupção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e Organização das Nações Unidas (ONU). Esta Lei tem o intuito de combater a corrupção, como descrito em seu art. 7º, inciso VIII:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

A Operação LavaJato teve grande contribuição para o crescimento e destaque do *compliance*, incentivando muitos empresários a aderirem o programa para combater a corrupção e estabelecer condutas de integridade.

Foram 2.476 procedimentos instaurados, 1.237 mandado de busca e apreensão, 227 mandados de conduções coercitivas, 161 mandados de prisões preventivas, 155 mandados de prisões temporárias, e 6 prisões em fragante, 754 pedidos de cooperação internacional com 334 pedidos ativos para 45 países e 420 pedidos passivos para 36 países, 184 acordos de colaboração premiadas com pessoas físicas, 11 acordos de leniência e um termo de ajuste de conduta (TAC), 99 acusações criminais em face de 438 pessoas, com 50 sentenças pelos crimes de corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. Até agora são 244 condenações contra 159 pessoas, (inclusive de um ex Presidente da República), 10 acusações de improbidade administrativa, contra 63 pessoas físicas, 18 empresas e 3 partidos políticos, pedindo o pagamento de R\$ 18,3 Bilhões, com o valor total do ressarcimento do pedido (incluindo multas) de R\$ 40,3 Bilhões. Os crimes denunciados envolvem pagamento de propina por volta de R\$ 6,4 Bilhões. R\$ 13 Bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 846,2 Milhões objeto de repatriação e R\$ 3,2 Bilhões em bens de réus bloqueados.

O *compliance* também é citado no art. 41, parágrafo único do Decreto nº 8.420/15, que regulamentou a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13):

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes,

irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

2.2 ESTRUTURA PARA O GERENCIAMENTO DE RISCO

A Jalles Machado não compactua com qualquer tipo de corrupção ou atitude ilícita. Como estabelecido em seu código de conduta, umas das regras é que os colaboradores estão proibidos de aceitar, solicitar, oferecer ou pagar somas em dinheiro ou outras utilidades, na condução dos negócios da Jalles Machado, mesmo tendo sofrido pressões ilícitas.

A empresa aderiu ao programa de *compliance* com o intuito de documentar o controle interno e as regras estabelecidas, para assim, evitar riscos de impacto negativo e de não conformidade.

Já para Audibra (1992, p. 48), controle interno deve ser entendido como qualquer reação adotada pela administração para proporcionar a possibilidade de alcance dos objetivos. Esta ação compreende a conferência entre a alta administração e a gerência para o planejamento, a organização, a direção e o controle do desempenho para apurar uma razoável certeza de sua realização.

O gerenciamento dos riscos implementado precisa ser monitorado ao longo do tempo, mediante atividades contínuas ou de avaliações independentes.

No âmbito trabalhista o descumprimento de leis pode resultar em multas administrativas, perdas econômicas e de reputação, além de outros prejuízos. O *compliance* colabora para que as leis sejam cumpridas e também para a redução de litígios dentro das empresas.

O eSocial demonstra a importância das empresas analisarem e readequarem sua metodologia interna, tendo cautela com as informações e correções de falhas, colocando em prática a proposta do programa que é proporcionar mais transparência e confiabilidade dos dados transmitidos ao Governo Federal.

3 COMPLIANCE E DIREITOS HUMANOS

Embora o compliance seja frequentemente associado ao cumprimento de leis e regulamentos, especialmente no contexto trabalhista, seu papel na proteção e promoção dos direitos humanos é cada vez mais reconhecido.

O compliance com direitos humanos vai além da observância de leis locais e inclui a aderência a normas internacionais, como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU. Estas diretrizes fornecem um quadro para as empresas incorporarem o respeito aos direitos humanos em suas operações e estratégias de compliance.

No âmbito trabalhista, o compliance pode ser um aliado poderoso para garantir que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados. Isso inclui aspectos como remuneração justa, condições de trabalho seguras e igualdade de oportunidades, que são direitos humanos fundamentais.

O respeito aos direitos humanos não é apenas uma questão ética, mas também uma prática que pode trazer benefícios tangíveis para as empresas. Isso inclui a melhoria da reputação corporativa, a atração de investimentos socialmente responsáveis e a minimização de riscos legais.

Diversas empresas já implementaram políticas de compliance que levam em consideração os direitos humanos, resultando em benefícios tanto para os negócios quanto para as comunidades em que operam. Exemplos específicos podem ser citados para ilustrar como essa integração pode ser bem-sucedida.

O compliance é um pilar fundamental para as empresas que desejam operar de forma ética e socialmente responsável. Quando alinhado com os princípios dos direitos humanos, ele não apenas fortalece a cultura corporativa, mas também contribui para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o instituto de *compliance*, buscamos apresentar a importância do conjunto de condutas legais desse programa, atuando na prevenção de riscos no atual cenário empresarial. Programas de integridade, códigos de ética devem ser estabelecidos para prevenir a empresa. É fundamental identificar qual o objetivo da organização e assim implantar processos adequados para que sejam praticados de acordo com suas necessidades.

O programa de *compliance* atua para que regras sejam estabelecidas e respeitadas, prevenindo assim a empresa de ser exposta a riscos e desconformidades. A criação de um código de ética, canais de denúncia e treinamentos são essenciais para se resguardar de tais riscos. O programa se relaciona com as áreas jurídicas e gerenciais.

A proposta do artigo apresentado foi expor aos empresários que uma empresa deve se dispor a estar em conformidade com a legislação, mediante a implantação de um programa de integridade efetivo.

Ao analisar a empresa Jalles Machado, percebemos que ter o *compliance* implantado é o mesmo que ter um instrumento para atuar de forma preventiva podendo tratar, punir, corrigir e eliminar práticas fraudulentas, sejam elas executadas por colaboradores, clientes ou fornecedores. A forma como o programa é aplicado não apenas para os colaboradores, mas para todos os envolvidos, faz com que a empresa tenha controle e organização em suas atribuições.

É importante ressaltar que o programa de *compliance* mitiga, mas não impede a ocorrência de violações à legislação, porém, todas as medidas necessárias são aplicadas para que não ocorram mais riscos,

como explicado pela dr^a Érica Rodrigues Carneiro, advogada e gestora do departamento jurídico da empresa Jalles Machado.

A ideia de apresentar um caso concreto é para que outras empresas entendam a importância do programa de *compliance*, sendo este útil não apenas para se ter lucros financeiros, mas para estar em conformidade com a legislação.

Incorporar o respeito aos direitos humanos nas práticas de compliance não é apenas uma consideração ética, mas uma necessidade urgente no mundo corporativo atual. Ao alinhar as estratégias de compliance com os princípios universais dos direitos humanos, as empresas não só cumprem com suas obrigações legais, mas também contribuem para uma cultura organizacional mais justa e inclusiva. Esta abordagem holística oferece uma via dupla de benefícios: potencializa a integridade da empresa enquanto fortalece seu compromisso com a dignidade humana e o bem-estar social.

Fica claro que um programa de *compliance* bem estabelecido, faz com que a empresa tenha êxito financeiro e empresarial, pois demonstrará para toda a sociedade seu interesse de agir em conformidade com as regras e normas, evitando penalidades administrativas ou judiciárias. Gerando assim lucratividade em suas atividades e confiabilidade no mercado, pois não estará envolvida em conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIEGELMAN, Martin T. BIEGELMAN, Daniel R., **Building a World-Class Compliance Program: The Seven Steps in Practice (Part I)**, Hoboken, NJ, USA: John Wiley & Sons, Inc., 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Decreto 8.420/2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm, acesso em: 5 out. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. **Os sujeitos da Lei geral de proteção de dados**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/191874>. Acesso em: 05 nov. 2021

CASTRO, Rafael Guedes de. **Compliance Criminal: autorregulação, gerenciamento do risco e impactos na atividade econômica empresarial**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2016.

CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019

CARNEIRO, Cláudia; GOUVEIA, Israel Albuquerque. Liderança ética e *compliance* em tempos de crise da Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/carneiro-gouveia-lideranca-etica-compliance-covid-19>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Código de Conduta Empresarial. Coordenação: Gerência de Recursos Humanos da Jalles Machado Disponível em: <https://www.jallesmachado.com/pt/a-jalles/conduta-empresarial>. Acesso em: 19 nov. 2021.

COIMBRA, M. A; MANZI, V. A. **Manual de compliance.** São Paulo: Atlas, 2010.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance – A Excelência na Prática** – São Paulo: Compliance Total, 2014.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado/** Rosana Kim Jobim – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

LAMBOY, Christian Karl. **Manual do Compliance.** 1ª Ed. São Paulo. VIA ÉTICA, 2018.

Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, 1º de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm > Acesso em: 20 out. 2021.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **O Compliance como Instituto Jurídico de Combate à Corrupção:** uma análise da responsabilidade objetiva das empresas à luz da lei anticorrupção brasileira. Dissertação de mestrado. Programa de Pós- Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro. Fortaleza, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Compliance no direito trabalhista.** Volume 6. São Paulo: Sérgio Pinto Martins, Thomson Reuters Brasil, 2020.

PINHEIRO, Iuri. **Manual do Compliance Trabalhista**. Fabrício Lima Silva, Iuri Pinheiro – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PIZA, Bruna; MENDES, Larissa. **Os pilares do compliance trabalhista**. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigose-noticias/1445-os-pilares-do-compliancetrabalhista>. Acesso em: 19 nov. 2021.

Setor em transformação – assédio e a importunação sexual. Disponível em: <https://lec.com.br/o-compliance-deve-combater-o-assedio-e-a-importunacao-sexual/> Acesso em: 05 nov. 2021.

SOUZA, Victor F. Cerri de; SOUZA, Vinicius F. Cerri de. **Compliance em meio a pandemia da covid-19: Oportunidades, desafios e cenário futuro**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331170/compliance-em-meio-a-pandemia-do-covid-19--oportunidades--desafios-e-cenario-futuro>. Acesso em: 20 out. 2021.

VIEIRA, Bárbara Muniz. Assédio. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/12/07/40percent-das-mulheres-dizem-que-ja-foram-xingadas-ou-ouviram-gritos-em-ambiente-de-trabalho-contras-13percent-dos-homens-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 05 nov. 2021.

FRAUDES CORPORATIVAS NO MERCADO FINANCEIRO: ASPECTOS JURÍDICOS E DESAFIOS NA RESPONSABILIZAÇÃO E NA PUNIÇÃO

Marcelo Siquiero¹

O presente artigo aborda a temática das fraudes no mercado financeiro, tratando quanto a prevenção e atuação diante desses crimes. O estudo contextualiza o mercado financeiro, destacando seu conceito e estrutura, bem como os principais agentes envolvidos na regulamentação mercadológica. A pesquisa também se dedica a examinar a legislação vigente, tanto no âmbito nacional quanto internacional, abordando a análise de casos reais, como o *case* Americanas. Quanto a problemática das fraudes no mercado de capitais, são examinados os aspectos jurídicos e dos desafios enfrentados na responsabilização e punição dos acusados. Nesse sentido, o estudo propõe como o mercado deve se atualizar para prevenir tais fraudes, destacando a importância da ética e compliance como meios no processo. Como resultado, o trabalho propõe uma nova legislação de fraudes mercadológicas, buscando fortalecer o arcabouço regulatório e promover uma maior segurança e transparência no mercado financeiro. Essa proposta visa não apenas prevenir e punir as fraudes de forma mais eficiente, mas também estimular uma cultura de integridade e conformidade entre os agentes do mercado, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e equitativo do sistema financeiro como um todo. Para alcançar os resultados desejados, foram conduzidos estudos utilizando o método indutivo, apoiados por uma pesquisa predominantemente bibliográfica.

Palavras-chave: Fraudes. Mercado Financeiro. Punição. Responsabilização. Legislação.

¹ Direito – marcelosiquiero@gmail.com

CORPORATE FRAUD IN THE FINANCIAL MARKET: LEGAL ASPECTS AND CHALLENGES IN ACCOUNTABILITY AND PUNISHMENT

Marcelo Siquiero

This article addresses the issue of fraud in the financial market, addressing prevention and action in the face of these crimes. The study contextualizes the financial market, highlighting its concept and structure, as well as the main agents involved in market regulation. The research also examines current legislation, both nationally and internationally, addressing the analysis of real cases, such as the Americanas case. Regarding the problem of fraud in the capital market, the legal aspects and challenges faced in holding the accused accountable and punishing them are examined. In this sense, the study proposes how the market should update itself to prevent such frauds, highlighting the importance of ethics and compliance as means in the process. As a result, the work proposes new legislation on market fraud, seeking to strengthen the regulatory framework and promote greater security and transparency in the financial market. This proposal aims not only to prevent and punish fraud more efficiently, but also to encourage a culture of integrity and compliance among market agents, contributing to the sustainable and equitable development of the financial system as a whole. To achieve the desired results, studies were conducted using the inductive method, supported by predominantly bibliographic research.

Keywords: Fraud. Financial Market. Punishment. Accountability. Laws.

INTRODUÇÃO

No contexto dinâmico do mercado financeiro global, a prevenção de crimes e fraudes assume um papel central na sustentação da

estabilidade e integridade necessárias para o funcionamento eficiente e confiável do setor.

A recente escalada de casos de fraudes e crimes financeiros tem gerado debates sobre as estratégias e mecanismos necessários para salvaguardar os mercados contra essas ameaças.

Dessa forma, em muitos casos de fraude e crimes relacionados ao Mercado Financeiro ocorrem uma falta de responsabilização dos acusados, gerando uma impunidade, principalmente no que concerne às responsabilidades fiscais e contábeis.

Além disso, os crimes de uso de informação privilegiada e lavagem de dinheiro, principalmente no âmbito internacional, são de difícil prevenção e investigação, dada a falta de cooperação internacional e dificuldade de rastreamento.

Diante disso, este estudo busca apresentar, em sua seção 1, conceituar as estruturas, características e principais entes reguladores do Mercado Financeiro, evidenciando o seu funcionamento regular.

Além disso, este artigo explora, em sua seção 2, as diversas abordagens adotadas pelo mercado financeiro e autoridades reguladoras para prevenir e combater crimes financeiros, descrevendo os meios de regulação, legislação nacional e estrangeira e os problemas relacionados a impunidade daqueles que agem em desconformidade com normativa regulatória, cooperação internacional e legislação nacional e estrangeira.

Por fim, na seção 3, destaca-se a interdependência entre governança corporativa, ética e compliance na promoção de um ambiente financeiro mais transparente e ético. Ao examinar esses aspectos fundamentais, serão apresentados *insights* sobre fortalecer a integridade do mercado financeiro e proteger os investidores contra atividades ilegais e fraudulentas.

Mister salientar que este trabalho, por meio de seu método de análise indutiva, apresentará quais os meios considerados ideais para coibir as ações ilegais de fraude corporativa e financeira no mercado.

1. MERCADO FINANCEIRO

1.1 O CONCEITO

O conceito de Mercado Financeiro engloba diversos outros mercados. Trata-se de um sistema que aglutina instituições, instrumentos e mercados que envolvem a alocação e transferência de recursos financeiros, como dinheiro, títulos, ações e outros ativos financeiros. É onde as entidades financeiras, como bancos, corretoras, fundos de investimento e investidores individuais, participam de transações relacionadas a esses ativos. De acordo com Mishkin & Eakins (2012, p. 50):

The financial system is complex, comprising many different types of private-sector financial institutions, including banks, insurance companies, mutual funds, finance companies, and investment banks—all of which are heavily regulated by the government. If you wanted to make a loan to IBM or General Motors, for example, you would not go directly to the president of the company and offer a loan. Instead, you would lend to such companies indirectly through financial intermediaries, institutions such as commercial banks, savings and loan associations, mutual savings banks, credit unions, insurance companies, mutual funds, pension funds, and finance companies that borrow funds from people who have saved and in turn make loans to others.

O sistema financeiro é complexo, compreendendo muitos tipos diferentes de instituições financeiras do setor privado, incluindo bancos, companhias de seguros, fundos mútuos, empresas financeiras e bancos de investimento – todos fortemente regulamentados pelo governo. Se você quisesse fazer um empréstimo à IBM ou à General Motors, por exemplo, não iria diretamente ao presidente da empresa e ofereceria um empréstimo. Em vez disso,

você emprestaria a essas empresas indiretamente por meio de intermediários financeiros, instituições como bancos comerciais, associações de poupança e empréstimo, bancos de poupança mútua, cooperativas de crédito, companhias de seguros, fundos mútuos, fundos de pensão e empresas financeiras que emprestam fundos de pessoas que têm poupados e, por sua vez, fazem empréstimos a outros.

O mercado financeiro é entendido então como o principal marcador da economia global, exercendo influência crítica sobre as taxas de juros, a inflação, os investimentos e o crescimento econômico.

Nesse cenário, o sistema financeiro mundial é composto de diversas semelhanças e similaridades, permitindo que várias instituições desempenhem um papel crucial ao criar um ambiente propício para essas transações financeiras ocorrerem.

Além de facilitar essas operações, essas entidades desempenham o papel de regulamentar e fiscalizar o funcionamento adequado de todo o processo, garantindo a integridade e a transparência do mercado financeiro. De acordo com Mishkin & Eakins (2012, p. 74):

It is not surprising that, given the similarity of the economic system here and in Japan, Canada, and Western European nations, financial regulation in these countries is similar to financial regulation in the United States. Information provision is improved by requiring companies that issue securities to report details about assets and liabilities, profits and share sales, and by prohibiting the use of insider trading. The soundness of intermediaries is ensured by licensing, periodic inspection of financial intermediaries' books and the provision of deposit insurance (although its coverage is less than in the United States and its existence is often not intentionally advertised). Não é de surpreender que, dada a semelhança do sistema económico aqui e no Japão, no Canadá

e nas nações da Europa Ocidental, a regulação financeira nestes países seja semelhante à regulação financeira nos Estados Unidos. O fornecimento de informações é melhorado ao exigir que as empresas que emitem títulos relatem detalhes sobre ativos e passivos, lucros e vendas de ações, e ao proibir o uso de informações privilegiadas. A solidez dos intermediários é assegurada pelo licenciamento, pela inspeção periódica dos livros dos intermediários financeiros e pela prestação de seguro de depósitos (embora a sua cobertura seja menor do que nos Estados Unidos e a sua existência muitas vezes não seja intencionalmente anunciada). (Tradução por Google)

Através de suas várias áreas, desde o mercado de ações até o mercado monetário, desempenha um papel vital na estabilização da inflação e no controle da oferta de dinheiro, garantindo a saúde geral da economia. No entanto, sua complexidade e entrelaçamento entre as áreas exige uma regulamentação rigorosa para garantir a transparência e a estabilidade do sistema financeiro, ao mesmo tempo em que é sensível a uma série de fatores externos, como eventos econômicos globais e decisões de políticas dos bancos centrais, que podem ter efeitos profundos nos mercados financeiros.

1.2 ESTRUTURA

Dentro do Mercado Financeiro existem diversos outros mercados que se comunicam e se envolvem:

- Mercado de câmbio: Área em que ocorrem as trocas de moedas (*currencies*). Em síntese, comanda as relações comerciais de países, empresas e até pessoas físicas que viajam para fora do país. No Brasil, o Banco Central é um

dos responsáveis pela administração, fiscalização e controle dessas operações.

- **Mercado de Capitais:** O nome “mercado de capitais” existe devido a necessidade de um ambiente em que haja a troca e alocação de recursos para que as empresas operem. Na prática, ocorre principalmente dentro da Bolsa de Valores, onde há a negociação de ações e títulos emitidos pelas empresas. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é a principal reguladora desse mercado.
- **Mercado de Commodities:** Dentro do Mercado de Câmbio e do Mercado de Capitais, há este grande mercado onde matérias-primas, como petróleo, ouro, grãos e metais, são negociadas. Isso desempenha um papel vital na estabilização dos preços e na gestão de riscos para produtores e consumidores. Fortuna (2017). Devido a sua posição como exportador de matéria-prima, é a principal fonte de alimentação econômica do Brasil. Fortuna (2017)

Em apertada síntese, a o mercado financeiro é extremamente diversificado, com múltiplas estruturas que interagem entre si, ao gerar uma cadeia de segmentos que representam as economias globais, os ramos de negócios, as empresas, e outras áreas que afetem o Sistema Financeiro Mundial.

1.3 OS *DELIMITADORES* DA REGULAMENTAÇÃO MERCADOLÓGICA

Adentrando inicialmente no aspecto legal, existem diversos *delimitadores* (entidades) na regulamentação do mercado financeiro são as entidades ou partes envolvidas no estabelecimento, aplicação e cumprimento das regras e regulamentações que governam as atividades financeiras.

A regulamentação de mercado na qual os *delimitadores* atuam pode ser definida como o conjunto de leis, regras e regulamentos que governam as atividades comerciais e financeiras em um mercado específico. Eles visam garantir a integridade, a transparência e o funcionamento adequado do mercado, bem como a proteção dos investidores e consumidores.

Dentro da regulamentação, alguns entes atuam visando garantir tais características:

- Comissão de Valores Mobiliários (CVM): Como mencionado anteriormente, a CVM é o órgão responsável pela regulamentação, supervisão e fiscalização do mercado de valores mobiliários no Brasil. Ela estabelece regras e regulamentos para empresas emissoras, intermediários financeiros, investidores e demais participantes do mercado, por meio de Leis e Decretos (aprovados pelo Congresso), Notas de Instrução, Pareceres, Ofícios Circulares, resoluções e outras normas administrativas.
- Banco Central do Brasil (BACEN): responsável por regular e supervisionar o sistema financeiro nacional, incluindo bancos, instituições financeiras e operações financeiras. Ele desempenha um papel fundamental na regulamentação das políticas monetárias e na gestão da estabilidade financeira.
- Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) é responsável pela regulamentação e supervisão das entidades fechadas de previdência complementar no Brasil, como fundos de pensão.
- Conselho Monetário Nacional (CMN): é o órgão máximo do sistema financeiro brasileiro, suas principais funções incluem a definição de diretrizes das políticas monetária, as metas de crescimento econômico e o equilíbrio das contas externas. Além disso, o CMN regula o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN), exercendo influência

sobre taxas de juros, controle da inflação e demais aspectos da economia nacional.

- Bolsa de Valores: Embora não seja uma entidade regulatória, a B3 desempenha um papel fundamental no funcionamento dos mercados financeiros, fornecendo infraestrutura para negociação de ações, títulos, contratos futuros e outros ativos financeiros. Ela opera sob regulamentações da CVM e do Banco Central.

Por fim, o Ministério da Economia, que desempenha um papel na formulação de políticas econômicas e fiscais que têm impacto direto no mercado financeiro. Fortuna (2017)

Essas entidades e órgãos trabalham juntos para garantir que o mercado financeiro brasileiro seja regulado, transparente e eficiente, visando a proteção dos investidores e a estabilidade do sistema financeiro.

2. DA PROBLEMÁTICA DE IMPUNIDADE

2.1 DA IMPUNIDADE DOS ACUSADOS E FALTA DE RESPONSABILIZAÇÃO

Inicialmente, quanto a problemática da falta de penalização dos acusados de crimes dentro do Mercado Financeiro, há de se ressaltar alguns pontos, dos quais se mostram singulares para gerar a impunidade.

Primeiramente, dentro do mercado financeiro, principalmente com relação aos conglomerados empresariais e grandes instituições, aqueles que representam a administração ou são proprietários das companhias possuem grande influência política e econômica, possuindo alianças dentro do Poder Judiciário para escaparem das sanções. Tais relações permitem um ambiente propício à impunidade.

Também existem as chamadas “portas giratórias”, correspondentes a A migração de profissionais entre o setor público e

privado, facilitando a interferência de interesses privados nas decisões do governo e na regulamentação do mercado financeiro.

Como o Mercado Financeiro lida com vultuosos valores e cifras, os crimes que ocorrem (lavagem de dinheiro, corrupção, crimes relacionados ao mercados de capitais e cambial) são de difícil rastreamento e investigação, o que ocorre pela carência de melhores mecanismos que auxiliem as autoridades.

Essa falta de mecanismos de prevenção gera a necessidade de implantar mecanismos eficazes para prevenir crimes, como sistemas de monitoramento e controle mais sofisticados, além de compliance e governança ética.

Na seara jurídica, há de se falar da morosidade judicial que contribui para a impunidade, pois os processos podem levar anos para serem concluídos; a corrupção dentro do sistema judicial e das autoridades responsáveis pela investigação e punição dos crimes; e melhor aplicação e atualização da legislação nacional vigente, que mesmo sendo extensa e abrangendo, desde os anos 70, as tipificações penais que afetam o mercado financeiro, necessitam de constante atualização. Países como o Peru possuem tipificações penais específicas, como o art. 198 e 199, que tratam da administração fraudulenta de empresas.

Por fim, considerando os pontos supracitados, e levando em conta que são apenas um breve resumo das inúmeras possibilidades que permitem a impunidade dos acusados dos crimes e fraudes relativos ao Mercado Financeiro, passa-se a expor os casos que exemplificam os problemas e quais seriam possíveis melhorias a serem apresentadas.

2.2 CASOS REAIS: CASES DE FRAUDE E CRIMES CONTRA O MERCADO FINANCEIRO NO BRASIL

Não é surpresa que no Brasil houveram diversos casos de crimes contra o mercado financeiro, principalmente nos anos 90 e anos 2000,

por meio de instituições bancárias e financeiras, além de casos de corrupção e evasão de divisas, além de lavagem de dinheiro.

Na época, o país estava passando por uma crise financeira e cambial. O país enfrentava pressões nos mercados de câmbio e estava sob ataque especulativo. O governo estava tentando manter a paridade da moeda local, o real, em relação ao dólar.

O Banco Marka, presidido por Salvatore Cacciola, foi acusado de envolvimento em práticas de manipulação do mercado de câmbio. O banco utilizou contratos de derivativos cambiais para especular na expectativa de uma desvalorização do real. Quando a moeda sofreu uma desvalorização repentina, o Marka enfrentou pesadas perdas. (Gomes, 2017)

Diante das perdas do Banco Marka e da possibilidade de uma crise sistêmica, o BACEN interveio para evitar a quebra do banco. A intervenção envolveu um programa de ajuda financeira, mas gerou controvérsias, devida a falta de transparência e a adequação dessa intervenção.

Após a intervenção do BACEN, Salvatore Cacciola, então presidente do Banco Marka, fugiu do Brasil para evitar responder às acusações e processos legais. Cacciola permaneceu foragido por vários anos, vivendo em Portugal. Em 2007, foi finalmente extraditado e julgado no Brasil. Ele foi condenado a 13 anos de prisão, por peculato e gestão fraudulenta do Banco Marka.

O caso Marka levou a mudanças nas regulamentações do sistema financeiro brasileiro. O Banco Central implementou medidas para reforçar a supervisão e a transparência, visando prevenir manipulações similares no futuro.

Em se tratando de *insider trading*, que nada mais é do que o uso de informações privilegiadas para manipulação do mercado financeiro, um dos mais famosos casos é de Eike Batista, empresário, e ex-magnata de diversos segmentos, indiciado também por este crime.

Eike foi alvo de investigações em 2014. As acusações estavam relacionadas à venda de ações de sua empresa OGX Petróleo e Gás Participações S/A antes da divulgação de informações negativas que

causaram uma forte queda nos preços das ações (Reuters/UOL, 2021). A CVM abriu uma investigação sobre a suspeita de que Batista tinha conhecimento privilegiado sobre as informações e teria se beneficiado com a venda de suas ações, ante a queda de seu valor.

Em 2021, Eike Batista foi condenado por *insider trading*, Eike recebeu pena de 6 anos e 8 meses por insider trading e multa de quase 409 (quatrocentos e nove) milhões, e outra condenação na mesma sentença da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro a outros 5 anos de reclusão por manipulação de mercado. A multa imposta por esse segundo crime foi de pouco mais de 462 (quatrocentos e sessenta e dois) milhões de reais.

Em casos mais recentes, e talvez o mais famoso dos últimos anos, encontra-se o caso Americanas, que está numa área cinzenta, principalmente por ser um caso recente e não se enquadrar completamente em tipificações penais específicas.

A 3G Capital, de Jorge Paulo Lehman, “Beto” Sicupira e Marcel Hermann Telles, bilionários do ramo de investimentos, foi acusada de manipulação nos balanços financeiros da empresa, maquiando um rombo de mais de 20 bilhões de reais.

Em janeiro de 2023, a Americanas surpreendeu o mercado ao anunciar que havia encontrado uma inconsistência contábil, estimada em 20 bilhões de reais, reconhecendo a fraude contábil.

No mercado financeiro, devido à publicização da Fraude, as ações da Americanas desvalorizaram em mais de 90% na bolsa de valores, de R\$ 12 para R\$ 1,16, e no momento mais crítico chegou a R\$ 0,71 (Valor Investe, 2023).

Dessa forma, dado o tamanho do valor de prejuízo, é possível afirmar que a foi exigido muito mais do que um equívoco contábil, pois, para que rombo bilionário não fosse identificado, foram necessárias diversas ações deliberadas conjuntas, dentro da instituição e por diversas pessoas da administração da companhia, em especial os tomadores de decisão, cuja autoria e responsabilidade deverão ser delineadas com o avanço das investigações.

Observadas as condutas delineadas no relatório do comitê de investigação independente, encontram correspondência típica no artigo 177, §1º, inciso I, do CP (fraude e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações), mas abrindo brechas para se encaixar no caso de *Insider trading* e estelionato. Veja-se:

Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: (Vide Lei nº 1.521, de 1951):

I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

II - o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;

III - o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral;

IV - o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite;

V - o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade;

VI - o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios;

VII - o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer; VIII - o liquidante, nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII; IX - o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao Governo.

Entretanto, mesmo com as análises jurídicas não houve indiciamento de quaisquer envolvidos no caso. Diante da situação financeira, foi aprovada o plano de Recuperação Judicial da Americanas. Mas é evidenciado que, neste caso, ninguém foi acusado e não houveram denúncias a nenhum dos possíveis responsáveis, como a 3G Capital, ou o antigo CEO, José Timotheo de Barros, que renunciou ao cargo (Veja, 2023).

2.3 A LEGISLAÇÃO E A COERÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA

Exemplificado como referenciais teórico deste estudo, o *case* Americanas representa uma das maiores fraudes do mercado corporativo, sem responsabilização de nenhum sócio ou diretor responsável dentro da empresa.

Como o mercado financeiro é uma peça fundamental para o desenvolvimento econômico de qualquer país, é de suma importância a manutenção da integridade do mercado, onde as autoridades brasileiras vêm buscando atualizar e desenvolver legislações e regulamentações destinada a prevenir, detectar e punir crimes financeiros.

Essa estrutura regulatória visa proteger investidores, garantir a transparência e manter a estabilidade do sistema financeiro como um todo, e não permitir que haja crises, ou que o mercado perca a confiança

dos investidores. O sistema financeiro depende principalmente da segurança jurídica para garantir o funcionamento.

No Brasil, o arcabouço legal que rege o mercado financeiro é amplo e diversificado. Os marcos legislativos existentes buscam regular os crimes que existem contra o sistema e regulamentar os *players*, como citado anteriormente, para que exerçam as funções necessárias para manter a estrutura mercadológica da forma mais íntegra possível.

No caso das legislações contra os crimes existentes, as seguintes se mantêm vigentes:

- Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/1986):

A Lei nº 7.492/86 representa um marco legislativo no Brasil para o combate aos crimes contra o sistema financeiro nacional. O termo “colarinho branco” refere-se a crimes financeiros e econômicos cometidos por indivíduos de classe social mais alta, muitas vezes ligados a atividades empresariais e financeiras, como corrupção, lavagem de dinheiro e uso de informação privilegiada.

A referida legislação busca coibir infrações que possam comprometer a estabilidade e a confiança no sistema financeiro. A norma abrange uma gama de condutas ilícitas, incluindo gestão fraudulenta, operação de instituição financeira clandestina e outras atividades que possam comprometer a integridade das instituições financeiras.

As penalidades estabelecidas pela Lei do Colarinho Branco são significativas, incluindo prisão e multas de alto valor. O objetivo é impedir que indivíduos e empresas se envolvam em atividades ilegais que possam prejudicar a regularidade do sistema. A responsabilização dos casos não se limita apenas a indivíduos, mas se estende também as personalidades jurídicas de empresas envolvidas em práticas ilícitas no setor financeiro.

Além disso, a lei enfatiza a importância da cooperação entre órgãos reguladores, como o Banco Central do Brasil e a CVM para

fortalecer a fiscalização e prevenção de atividades criminosas no mercado financeiro. A lei também busca criar um ambiente onde a integridade do sistema financeiro seja preservada, contribuindo para a estabilidade econômica do país e a confiança contínua dos investidores.

- Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998):

Esta lei trata da prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, crime frequentemente associado a atividades ilícitas no mercado financeiro, estabelecendo obrigações para instituições financeiras no sentido de reportar movimentações suspeitas que não condizem com as receitas

Impondo uma série de medidas para identificar e combater transações financeiras suspeitas, o objetivo é dificultar a inserção de recursos de origem criminosa no sistema financeiro, contribuindo assim para a prevenção de atividades ilegais e o enfraquecimento de organizações criminosas.

Extremamente importante para coibir os crimes de lavagem de dinheiro, foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que possui a finalidade de examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícitas relacionada à lavagem de capitais, além de disciplinar e aplicar penas administrativas contra os responsáveis.

Dentro do escopo da norma, as instituições financeiras têm a obrigação de reportar transações que possam indicar lavagem de dinheiro. Essa colaboração ativa por parte das instituições é crucial para a eficácia das medidas preventivas, já que as autoridades podem agir de maneira proativa na identificação e investigação de atividades suspeitas.

As penalidades previstas pela Lei de Lavagem de Dinheiro variam entre sanções administrativas, multas e prisão de envolvidos. A abordagem rigorosa reflete a seriedade com que o Brasil encara a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, reconhecendo os

riscos que essas práticas representam para a integridade do sistema financeiro e para a sociedade como um todo.

Assim como a Lei do Colarinho Branco, a Lei nº 9.613/1998 passou por ajustes ao longo do tempo para se adaptar às mudanças no cenário econômico e financeiro. Sua efetividade depende da atualização constante para lidar com as inovações nas estratégias de lavagem de dinheiro e outras formas de crimes financeiros.

- Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013):

A legislação brasileira reconhece que a corrupção pode ter efeitos devastadores não apenas no setor privado, mas também na esfera pública. Assim, a Lei nº 12.846/13 preenche uma lacuna legal, permitindo que empresas sejam responsabilizadas por atos de corrupção, incluindo suborno e outras formas de corrupção empresarial.

Ela busca responsabilizar objetivamente as empresas por atos lesivos praticados em seu benefício. Isso significa que a empresa pode ser responsabilizada independentemente de ter conhecimento ou participação direta no ato de corrupção, exigindo que as empresas implementem efetivos programas de *compliance* para prevenir a corrupção.

A legislação prevê a aplicação de sanções severas às empresas envolvidas em práticas criminosas. As penalidades incluem multas, perda de bens, suspensão de atividades, e até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica em casos extremos. Essas medidas visam desencorajar práticas corruptas e promover uma cultura de integridade no ambiente empresarial brasileiro.

A Lei Anticorrupção também incentiva a autorregulação, encorajando as empresas a desenvolverem programas internos de compliance, visando prevenir, detectar e corrigir atos ilícitos. Empresas que possuem programas de compliance eficazes podem ter suas penalidades reduzidas em caso de infrações.

Além disso, a legislação estabelece que a responsabilidade das empresas não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes, administradores, empregados ou colaboradores. Isso reforça a importância de uma abordagem holística no combate à corrupção, envolvendo tanto aspectos corporativos quanto individuais.

- Lei sobre o *Insider Trading* (Lei nº 6.385/1976)

A Lei trata do mercado de valores mobiliários no país e é uma das principais normas que regem o funcionamento do mercado de capitais no Brasil. Ela estabelece as diretrizes para a emissão, distribuição e negociação de valores mobiliários no mercado brasileiro. Ela definiu os órgãos reguladores responsáveis pela fiscalização e regulamentação do mercado, como a CVM.

Além disso, a lei tem como objetivo principal proteger os investidores, exigindo a divulgação de prospectos, relatórios financeiros e outras informações importantes para que possam tomar decisões de investimento fundamentadas, ao também proibir práticas como o uso de informações privilegiadas e a manipulação de mercado, visando preservar a equidade e a integridade do sistema financeiro.

- Resoluções do Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários (CVM):

A fundamentação legal das resoluções emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN) deriva de suas respectivas competências legais e mandatos institucionais conferidos por leis específicas.

A CVM tem sua autoridade é estabelecida principalmente pela Lei nº 6.385/1976 e pela Lei nº 13.506/2017, que dispõem, respectivamente, sobre suas competências para regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários, incluindo ações, debêntures e outros instrumentos financeiros e fortalecendo sua atuação na fiscalização e no combate a práticas irregulares no mercado financeiro.

O Banco Central tem entre suas funções a formulação e execução da política monetária, a supervisão bancária e a promoção

da estabilidade financeira. Sua fundamentação legal é estabelecida principalmente pela Constituição Federal e pela Lei nº 4.595/1964.

Na Constituição, ela confere ao Banco Central a responsabilidade de emitir moeda e implementar a política monetária, com o objetivo de manter a estabilidade do poder de compra da moeda. Já na Lei nº 4.595/1964, define a estrutura e as competências do Sistema Financeiro Nacional e estabelece as atribuições do Banco Central, incluindo a supervisão e a regulação das instituições financeiras.

O processo de emissão de resoluções envolve análise interna, consultas públicas, considerações de impacto regulatório, audiências públicas e estudos com instituições de outras áreas, como por exemplo, com a ABIN e a Polícia Federal para dispor de uma norma contra alguma infração. Após essas etapas, as resoluções são formalmente aprovadas pelos órgãos competentes da CVM e do BCB, e então são publicadas e passam a vigorar.

Em resumo, a CVM e o Banco Central emitem resoluções com base em suas competências legais, buscando assegurar o bom funcionamento dos mercados financeiros e a estabilidade do sistema financeiro brasileiro. O processo é guiado por princípios de transparência, participação pública e análise técnica.

3. DAS FRAUDES NO MERCADO: ASPECTOS JURÍDICOS E DESAFIOS NA RESPONSABILIZAÇÃO E NA PUNIÇÃO

3.1 COMO O MERCADO PODE SE ATUALIZAR E PREVINIR AS FRAUDES E CRIMES

Dado o presente caso, a prevenção de crimes no mercado financeiro constitui um elemento central na manutenção da estabilidade, integridade e confiança necessárias para o pleno funcionamento do setor. Para alcançar esse objetivo, uma rede de estratégias e mecanismos regulatórios é implementada.

As autoridades reguladoras, como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central desempenham um papel crucial

na formulação e fiscalização das regras que governam as operações financeiras.

Isso inclui a regulamentação das empresas financeiras, a supervisão de corretoras e intermediários e a exigência de divulgação precisa de informações financeiras por parte das empresas de capital aberto. A conformidade e a auditoria interna são fundamentais para garantir que as instituições financeiras estejam em conformidade com as regulamentações, e a realização de auditorias internas ajuda na identificação e correção de irregularidades em um estágio inicial.

Além disso, a prevenção à lavagem de dinheiro é uma prioridade, com instituições financeiras implementando procedimentos rigorosos para monitorar transações suspeitas e relatar atividades suspeitas às autoridades. A educação e conscientização desempenham um papel significativo na prevenção de crimes, com campanhas de educação financeira visando informar o público sobre práticas seguras de investimento e a detecção de fraudes.

A cibersegurança, que são os atos que visam blindar os sistemas operacionais e servidores utilizados para um fim, como armazenamento de dados, é uma área arriscada, dadas as crescentes ameaças virtuais, levando as instituições financeiras a investirem em tecnologias e protocolos de segurança. As investigações de fraudes são conduzidas por unidades especializadas de autoridades policiais e órgãos de fiscalização, visando a identificação e responsabilização de infratores.

Programas de denúncias anônimas, conhecidos como *Whistleblower Programs*, também são incentivados para ajudar na detecção precoce de crimes financeiros. As empresas de capital aberto são encorajadas a adotar melhores práticas de governança corporativa, que incluem a presença de conselhos independentes e auditorias externas para promover a transparência e responsabilidade.

A prevenção de crimes no mercado financeiro é um esforço contínuo que requer a colaboração de todas as partes envolvidas e é crucial para a manutenção da confiança dos investidores e a estabilidade do sistema financeiro como um todo, além de ser fundamental para

evitar atividades ilegais que possam causar impactos adversos na economia e na sociedade.

Portanto, no mercado financeiro, as instituições vêm utilizando-se de meios como criptografia para proteger seus sistemas internos, que possuem dados sensíveis e sigilosos sobre seus clientes e parceiros.

Os clientes e investidores também possuem algumas ferramentas para garantir sua segurança, como identificação por biometria no momento que forem utilizar, e sistemas virtuais como os *firewalls*, que vão analisar quaisquer ameaças como vírus dentro dos dispositivos.

Além das leis e regulamentos nacionais, o Brasil participa de esforços internacionais de cooperação para combater crimes financeiros. A adesão a tratados e acordos internacionais fortalece a capacidade do país de investigar e processar transgressores que atuam além das fronteiras nacionais.

A cooperação internacional torna-se crucial na coibição dos crimes financeiros, como lavagem de dinheiro, fraudes, manipulação de mercado e corrupção, muitas vezes ultrapassam fronteiras nacionais, tornando essencial a colaboração entre os países para investigar, processar e punir os responsáveis.

A troca eficiente de informações entre as autoridades financeiras de diferentes países é fundamental para identificar atividades suspeitas. Acordos bilaterais e multilaterais, como tratados de assistência jurídica mútua, são estabelecidos para facilitar a comunicação entre as agências responsáveis pela aplicação da lei.

Em casos complexos, as autoridades de diferentes países podem conduzir investigações conjuntas para rastrear fundos, identificar criminosos e garantir que a aplicação da lei seja eficaz. Isso muitas vezes envolve a colaboração entre agências policiais, reguladoras e judiciais.

Em casos mais severos, a extradição de suspeitos é um mecanismo utilizado permitindo que um país entregue um indivíduo para outro país que o está processando. Acordos de extradição são essenciais para garantir que criminosos financeiros não possam escapar da justiça atravessando fronteiras.

Contudo, no caso de países que não cooperem em acordos de prevenção e coibição aos crimes financeiros, há a imposição de sanções internacionais contra eles, podendo ser uma medida para incentivar a colaboração. Isso pode incluir restrições financeiras, comerciais e diplomáticas.

A cooperação internacional no combate aos crimes financeiros é um desafio contínuo devido às diferenças legais, culturais e políticas entre os países. No entanto, é essencial para proteger a integridade do sistema financeiro global e garantir a confiança dos investidores.

3.2 ÉTICA E COMPLIANCE COMO FORMAS DE PREVENÇÃO A FRAUDES

A Auditoria e Compliance são extremamente importantes para a transparência empresarial, para que haja um entendimento de como é feita a gestão das instituições e se há corrupção ou outros crimes ocorrendo internamente. Investigações de rastreamento do lastro monetário no caso de desvio de grandes valores também é utilizado por autoridades durante investigações.

No panorama atual, o compliance se define como a capacidade de assegurar a conformidade da organização com as normas e leis internas quanto externas. Ademais, o compliance contribui para o fortalecimento do ambiente ético por meio da implementação de controles internos e do aumento da transparência.

A indissociabilidade entre governança corporativa e compliance é evidenciada por Manzi (2008, p. 123) quando ele expõe que “certamente não se pode falar em governança corporativa e sustentabilidade sem se referir à ética e, conseqüentemente, considerar a importância de compliance”.

Os programas de ética e compliance são extremamente importantes, a fim de coibir atividades que instruem atos ilegais, ou, ainda que dentro dos limites legais, correspondam a atitudes antiéticas, como compartilhamento de informações confidenciais internas.

A instituição de Códigos de Conduta, como diretrizes de comportamento ético para todos os colaboradores da empresa, além da abordagem dos temas que gerem os conflitos de interesses são estritamente necessários para levar as empresas a um nível considerado ideal para governança corporativa.

Para tal, deve ser considerado o aporte em recursos humanos, tecnológicos e financeiros para implementação do programa de compliance, além de engajamento e apoio por parte do alto escalão da empresa, pois se aqueles que são considerados “poderosos” também irão seguir o programa, há demonstração clara da importância do compliance para toda a organização.

Destarte, pode-se gerar benefícios a empresa, como boa reputação mercadológica e confiança para com os investidores, o que acarreta segurança, tanto legal quanto empresarial, para investirem e aportarem recursos junto a instituição.

Assim, o compliance e a ética são fundamentais para as empresas do mercado financeiro. Um programa de compliance bem estruturado pode trazer diversos benefícios para a empresa, como aumentar sua reputação, prevenir problemas e criar um ambiente de trabalho mais ético e transparente.

3.3 COMO OUTROS PAÍSES LIDAM COM CRIMES E SITUAÇÕES DE FRAUDE NO MERCADO

A abordagem de outros países em relação à legislação sobre crimes e fraudes no mercado financeiro pode variar, mas muitos adotam estratégias semelhantes, justamente por basearem-se em acordos internacionais ou práticas muitas vezes comuns a todos para garantir a integridade e a segurança de seus mercados.

As nações estabelecem órgãos reguladores para monitorar e regular as atividades do mercado financeiro. Essas entidades geralmente têm a responsabilidade de garantir a conformidade com

as leis e regulamentos, bem como proteger os investidores, assim como as brasileiras fazem.

Nos Estados Unidos da América, existem diversas organizações governamentais voltadas para o combate à lavagem de dinheiro, nas quais se destacam a Federal Reserve (FED – Reserva Federal), que é o sistema de bancos centrais dos Estados Unidos, e a Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN - *Rede de Fiscalização de Crimes Financeiros*), que é uma agência do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos que coleta e analisa informações sobre transações financeiras a fim de combater a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo além de outros crimes financeiros. (FinCEN.gov, 2024)

Desde os anos 70, o Bank Secrecy Act é uma lei que possui papel fundamental ao estabelecer uma estrutura legal que permite a detecção e prevenção de atividades financeiras ilegais nos Estados Unidos. O BSA impõe às instituições financeiras que relatem ao FinCEN qualquer transação suspeita de envolver atividades ilegais ou que possa indicar lavagem de dinheiro, fraude ou outras práticas criminosas. Esses relatórios são conhecidos como Suspicious Activity Reports (SARs). (OCC, 2024)

A lei exige que as instituições financeiras estabeleçam e mantenham procedimentos razoáveis para verificar a identidade de seus clientes. O objetivo é garantir que as instituições conheçam quem são seus clientes e possam detectar atividades financeiras suspeitas, ao obrigar as instituições financeiras a manterem registros de transações em moeda acima de determinados valores, para coibir a lavagem de dinheiro, evasão de divisas.

Dessa forma, as instituições financeiras são obrigadas a implementar programas de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Anti-Money Laundering - AML) para identificar e relatar atividades suspeitas. Isso inclui treinamento de funcionários para monitorarem continuamente transações que sejam suspeitas.

Como citado previamente, no Peru, dentro de seu código penal vigente, em seus arts. 198-A e 199, o delito de fraude na administração de pessoas jurídicas. De certa forma, a tipificação é diferente da

brasileira, no que tange ao nosso código penal, visto que a má administração empresarial por meio de fraude não representa crime, sendo enquadrado em outras tipificações legais.

Em seu artigo 198, alguns atos como falsos balanços financeiros, dados falsos relativos a empresa, quotização falsa de títulos de participação e ações e até mesmo se omitir de interesses pessoais que são incompatíveis com a empresa são tipificados como infrações penais, com pena entre 2 e 5 anos.

A Suprema Corte Peruana possui jurisprudências dessa tipificação. Veja o que diz a Suprema Corte, em Casación 000577-2017 (2017):

VISTO y OÍDO: El extremo mínimo de la pena conminada para el delito de administración fraudulenta (artículo ciento noventa y ocho del Código Penal), es privación de libertad no menor de un año, por lo que no supera el requisito cuantificado de pena para la admisión del recurso de casación. Si los argumentos propuestos por el interesado no encierran verdadero interés casacional; al no estar basados en la existencia de jurisprudencia contradictoria, jurisprudencia inobservada o el sentido interpretativo de una norma, no cabe admitir el planteamiento.

VISTOS e OUVIDOS: A pena mínima imposta pelo crime de administração fraudulenta (artigo cento e noventa e oito do Código Penal) é a pena privativa de liberdade não inferior a um ano, razão pela qual não excede o requisito de pena quantificada para a admissão do recurso de cassação. Se os argumentos propostos pelo interessado não contiverem verdadeiro interesse de cassação; Por não se basearem na existência de jurisprudência contraditória, de jurisprudência não observada ou no sentido interpretativo de uma norma, a abordagem não pode ser admitida. (Tradução: Google Tradutor)

Na América do Sul, O GAFISUD (Financial Action Task Force of South America Against Money Laundering) com sede em Buenos Aires, agregando 10 membros (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru e Uruguai), contando ainda com a participação da OEA (Organização dos Estados Americanos), CICAD (Comissão Interamericana contra o Abuso de Drogas), e das organizações observadoras (Grupo de Egmont, BIRD – Banco Interamericano de Desenvolvimento, Nações Unidas e Banco Mundial). (Anselmo, M. A., 2010)

Sua criação ocorreu em 2000, em Cartagena, Colômbia, por meio de um Memorando de Entendimento pelos representantes dos governos de nove países sul-americanos, em atendimento a esforços de combate à lavagem de dinheiro na América do Sul, utilizando de tratados internacionais de cooperação para combate a crimes monetários (Anselmo, 2010).

Por fim, na África, durante a Conferência da União Africana em Maputo, 2003, foi firmada a “Convenção da União Africana sobre prevenção e combate a corrupção”, ao promover medidas de prevenção e combate à corrupção nos Estados membros da União Africana (African Union - African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 2003).

A Convenção contém disposições abrangentes que abordam várias formas do combate à corrupção, incluindo prevenção, criminalização, cooperação internacional e recuperação de ativos. Ela estabelece a obrigatoriedade dos Estados membros adotarem medidas legislativas e institucionais para prevenir e combater a corrupção e lavagem de dinheiro.

Reconhecendo a importância da cooperação internacional, a Convenção incentiva os membros a cooperarem com organizações internacionais no combate aos crimes. Além disso, prevê revisões periódicas dos progressos realizados pelos Estados membros na implementação das disposições da Convenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo é essencial reconhecer o papel os mecanismos de prevenção e responsabilização são de suma importância no Mercado Financeiro, desempenhando na economia nacional e global um componente fundamental para o funcionamento saudável dos sistemas econômicos.

A conexão entre diferentes entes e instituições exige uma regulamentação rigorosa para garantir transparência, integridade e estabilidade. A atuação de órgãos reguladores, como a CVM, o BACEN e o CMN, é fundamental para assegurar o cumprimento das normas e proteger os investidores, contribuindo para a confiança e eficiência do mercado financeiro.

A melhor aplicação das leis é necessária para que não haja impunidade nos casos de fraude corporativa e financeira no mercado. Nos casos reais, como o do Banco Marka, Eike Batista e Americanas, fica claro como essas questões podem afetar o sistema financeiro e a confiança dos investidores.

No entanto, mesmo com a existência de legislação específica, como a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e a Lei de Lavagem de Dinheiro, ainda há desafios na aplicação efetiva da lei e na responsabilização dos envolvidos. A ética e o compliance são necessários para a transparência e integridade corporativa, contribuindo para um ambiente de trabalho ético e transparente

Além disso, a colaboração entre diferentes países é fundamental para combater crimes que muitas vezes ultrapassam fronteiras nacionais. A legislação estrangeira também é relevante, mostrando que muitos países adotam estratégias semelhantes para garantir a segurança e integridade de seus mercados financeiros.

Portanto, espera-se que este estudo tenha contribuído para o avanço da reflexão sobre a fraudes e crimes financeiros e corporativos que ocorrem nas organizações.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, M. A. **O ambiente internacional do combate à lavagem de dinheiro.** (2010) Senado Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198729/000901859.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 6.385/76:** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília. DF: Presidência da República. [1976]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em 26 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 7.492/1986:** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília. DF: Presidência da República. [1986]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em 26 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.613/1998:** Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília. DF: Presidência da República. [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 26 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 12.846/2013:** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília. DF: Presidência da República. [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 26 mar. 2024.

Au.int.com | **Convenção da União Africana sobre prevenção e combate à corrupção.** 01 Jul. 2003. Disponível em: <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>. Acesso em 05 set. 2023.

Peru. **Código Penal peruano [realmente actualizado 2021]**. Disponível em: <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>. (Tradução: Google). Acesso em: 25 mar. 2024.

BNDES.GOV. **Ética e Compliance**.. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/etica-e-compliance/>. Acesso em 01 dez. 2023.

Mission | FinCEN.gov. **Financial Crimes Enforcement Network** .. Disponível em: <https://www.fincen.gov/about/mission>. 25 mar. 2024.

FORTUNA, E. **Mercado Financeiro** (2017) (15ª ed.). São Paulo: Ed. Saraiva.

GOMES, L. F. **Corrupção financeira cai na impunidade (caso do banco Marka- FonteCindan). Nas cleptocracias a impunidade das castas é a regra** (2016) Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-corrupcao-no-judiciario/253047905>. Acesso em 26 mar. 2024.

MAQUIAVEL, C. **CPI da Americanas não vai indiciar ninguém; veja qual foi a justificativa (2023)**. REVISTA VEJA ABRIL. 26 set. 2023. Disponível em: https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/cpi-da-americanas-nao-vai-indiciar-ninguem-veja-qual-foi-a-justificativa#google_vignette. Acesso em: 31 mar. 2024.

MANZI, V. A.. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas** (2008) São Paulo: Ed. Saint Paul.

MISHKIN, F. S., & EAKINS, S. G.. **Mercados Financeiros e de Capitais** (2018) (13ª ed.). (Tradução: Google).

VALOR.INVESTE.GLOBO. **Americanas (AMER3) derrete 29%, a R\$ 0,71, na despedida do Ibovespa**. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/noticia/2023/01/20/acao-da-americanas-chega-a-saltar-16percent-em-seu-ultimo-dia-como-parte-do-ibovespa.ghtml>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SAMPAIO, A.. **Americanas, 6 meses depois: como chegamos até aqui.** (2023). Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/americanas-6-meses-depois-como-chegamos-ate-aqui/#:~:text=A%20Americanas%20encerrou%20o%20primeiro,de%20Barros%2C%20renunciou%20ao%20cargo>. Acesso em: 10 out. 2023.

OCC.TREAS.GOV | **Suspicious Activity Reports (SAR) | OCC.** Disponível em: <https://www.occ.treas.gov/topics/supervision-and-examination/bank-operations/financial-crime/suspicious-activity-reports/index-suspicious-activity-reports.html>. Acesso em 23 mar. 2024.

MITTECHREVIEW.COM | **Transformação no combate à fraude e crimes financeiros.** MIT Technology Review. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/transformacao-no-combate-a-fraude-e-crimes-financeiros/>. Acesso em: 10 set. 2023.

ECONOMIA.UOL.COM.BR | **Eike é condenado a quase 12 anos por insider trading e manipulação de mercado** (2021). UOL, Reuters. 12 fev de 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/02/12/eike-e-condenado-a-quase-12-anos-por-insider-trading-e-manipulacao-de-mercado.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 23 mar. 2024

HERANÇA DIGITAL

DIGITAL HERITAGE

João Pedro Naves da Silva¹

RESUMO: Cada vez mais a sociedade está vinculada ao meio digital, sendo além de uma forma de comunicação, um espaço de trabalho, de diversão e de armazenamento de fotos e vídeos, como é o caso, por exemplo, das redes sociais, que estão cada vez mais em ascensão. A sociedade virtual cresce exponencialmente, de forma que uma grande quantidade de bens virtuais e informações sobre as pessoas é mantida na web, gerando grande valor nesse espaço e podendo ser de enorme interesse e valor à eventuais herdeiros. Frente a isso, o presente estudo objetiva analisar aspectos herança digital na atualidade. Para tanto como metodologia será utilizada a pesquisa bibliográfica baseada na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira. Na era da informação surge um novo conceito de bens, os bens digitais, que podem ser dotados de caráter patrimonial ou meramente existencial. Frente a esta nova realidade, o direito passo por novos desafios, o que não é diferente no que se refere ao Direito das Sucessões e a transmissibilidade causa mortis destes bens. Conforme pode ser visto no estudo em tela, não há divergências em relação à possibilidade transmissão de bens digitais patrimoniais, por outro lado, se tem controvérsias a respeito dos bens digitais existenciais enquanto direitos da personalidade e sendo assim sua intransmissibilidade. O Brasil ainda não conta com legislação específica sobre sucessão digital, o que pode gerar consequências para os usuários das redes digitais

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2017). Pós-Graduado em Direito Agrário e Agronegócio pela UNIARAGUAIA/GO (2022). Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela MAXJURIS/GO (2024). Atualmente é advogado associado no escritório Frederico Jayme Advocacia. Coordenador do Núcleo de Processo Civil do Instituto de Estudos Avançados em Direito. Membro da Comissão Especial de Direito Processual Civil da OAB-GO.

e seus familiares, além de insegurança jurídica e a possibilidade de ocorrência de violação de direitos da personalidade.

Palavras-chave: Herança digital. Bens digitais. Direito sucessório. Direitos da personalidade. Sociedade da informação.

ABSTRACT: Society is increasingly linked to the digital environment, as well as being a form of communication, a space for work, fun and storage of photos and videos, as is the case, for example, with social networks, which are increasingly more on the rise. The virtual society grows exponentially, so that a large amount of virtual goods and information about people is maintained on the web, generating great value in this space and being of enormous interest and value to potential heirs. In view of this, the present study aims to analyze aspects of digital heritage today. For this purpose, bibliographical research based on doctrine, jurisprudence and Brazilian legislation will be used as a methodology. In the information age, a new concept of goods emerges, digital goods, which can be endowed with a patrimonial or merely existential character. Faced with this new reality, the law faces new challenges, which is no different when it comes to Inheritance Law and the transferability of these assets. As can be seen in the study on screen, there are no disagreements regarding the possibility of transmitting digital heritage assets, on the other hand, there are controversies regarding existential digital assets as personality rights and thus their non-transferability. Brazil does not yet have specific legislation on digital succession, which can generate consequences for users of digital networks and their families, in addition to legal uncertainty and the possibility of violations of personal rights.

Keywords: Digital heritage. Digital goods. Inheritance law. Personality rights. Information society.

1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais a sociedade está vinculada ao meio digital, sendo além de uma forma de comunicação, um espaço de trabalho, de diversão e de armazenamento de fotos e vídeos, como é o caso, por exemplo, das redes sociais, que estão cada vez mais em ascensão.

A sociedade virtual cresce exponencialmente, de forma que uma grande quantidade de bens virtuais e informações sobre as pessoas é mantida na *World Wide Web* (conhecida popularmente por web), gerando grande valor nesse espaço e podendo ser de enorme interesse e valor à eventuais herdeiros.

Quando se fala em redes sociais se tem a monetização oriunda do uso, quando influenciadores digitais, utilizando-se de seus posts e imagens para obter lucros o que mesmo após o falecimento pode seguir ocorrendo, já que por curiosidade, por exemplo, os perfis de pessoas já falecidas acabam ganhando mais seguidores. Exemplo desta situação pode ser observado no perfil da rede social instagram da cantora Marília Mendonça, falecida em 5 de novembro de 2021, em que 3 dias após o seu falecimento, passou de 37, 1 milhões para 40, 8 milhões de seguidores, atualmente esses números chegam a 41, 8 milhões de seguidores.

Nesse contexto, surgem debates relacionadas à herança digital, uma demanda que tende a crescer ao longo do tempo, acompanhando o contexto sociocultural. O Brasil ainda não conta com legislação específica que trate da sucessão dos bens digitais, principalmente pois quando se refere a bens digitais não se tem somente o conjunto de bens digitais do de cujus, mas envolve ainda aspectos de direitos de personalidade e da proteção de dados digitais.

Frente a isso, o presente estudo objetiva analisar aspectos herança digital na atualidade. Para tanto como metodologia será utilizada a pesquisa bibliográfica baseada na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira.

2 BENS E HERANÇA DIGITAL

Na sequência serão apresentados os principais conceitos atinentes a patrimônio e bens digitais, herança digital e os posicionamentos que vem sendo adotados no direito comparado sobre a temática da herança digital.

2.1 PATRIMÔNIO E BENS DIGITAIS

O patrimônio pode ser compreendido como sendo uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas, dotados de valoração econômica, conforme o Código Civil Brasileiro².

O patrimônio representado pelo acervo de bens, conversíveis em dinheiro, à noção de patrimônio sugere a ideia de valor econômico e da conversão em pecúnia³. O patrimônio é um complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente, dotados de economicidade pertencentes a um titular, podendo ser corpóreos ou incorpóreos⁴. A partir deste conceito o patrimônio abrange as dívidas, sendo assim composto de resultados positivo e negativo⁵.

Assim, pode-se dizer que o patrimônio é um conjunto de bens e relações jurídicas, ativas e passivas, dotados de valor econômico, já os bens são coisas materiais, concretas, suscetíveis de apropriação e as de existência imaterial economicamente apreciáveis⁶ (GONÇALVES, 2012).

Frente a era digital que vem sendo vivenciada com o avanço da tecnologia e dos meios digitais, as pessoas passaram a constituir

2 BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.050, de 2020**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

3 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

um patrimônio não mais só físico, mas também digital, composto por documentos e arquivos digitais, tais como músicas, aplicativos, e-mails, redes sociais, dentre outros. Além de valor afetivo, os bens digitais podem ser dotados de valoração econômica⁷.

Países que adotam o common law, tais como Estados Unidos e Reino Unido, definem bens digitais como sendo⁸.

Os bens digitais dotados de interesse econômico compõem o acervo de bens móveis do indivíduo, compondo o seu patrimônio. Podem ser citados, ainda, como exemplo de bens digitais, as milhas aéreas que possuem valor pecuniário pelo fato de que as empresas permitem que as pessoas façam a troca das suas milhas por serviços e produtos.⁹

Vem ganhando espaço ainda, os jogos eletrônicos online, que comercializam determinados recursos para que os jogadores potencializem suas possibilidades de jogabilidade. Os jogos trazem a possibilidade dos usuários gerar uma determinada renda e depois trocar a moeda virtual pela moeda corrente do seu país.¹⁰

Se tem ainda, as moedas digitais, que surgiram com o avanço tecnológico, tendo a possibilidade de formar uma grande parte do patrimônio de uma pessoa, devendo, portanto, sendo considerada como um bem digital patrimonial.

Com o falecimento do titular de bens digitais, se faz necessária a partilha destes bens.

7 COSTA FILHO. Marco Aurélio de Faria. **Patrimônio digital**: Reconhecimento e Herança. Recife: Nossa Livraria, 2016

8 Perfis de redes sociais, e-mail, tweets, base de dados em nuvem, dados de jogos virtuais, senhas de contas, nomes de domínio, icons de contas ou imagens relacionados a avatars, e-books, músicas, imagens, textos digitalizados, entre outras possibilidades (ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte**: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017, p. 37).

9 ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2 ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2021.

10 Ibidem.

2.2 HERANÇA DIGITAL

Com o avanço da internet, vem se tendo a formação de um conjunto de conteúdos digitais, criando novas relações jurídicas até então inexistentes. A digitalização das relações sociais modificou a forma de interação do ser humano com o seu núcleo social, passando a haver uma exposição diária dos indivíduos na internet, por meio da postagem de vídeos e fotos, além de demais dados que são armazenados, formando um grande patrimônio digital¹¹.

Os perfis nas redes sociais tendem, em sua maioria, a possuir caráter estritamente personalíssimo, sem repercussão econômico e por isso sendo considerados como sendo bens digitais existenciais. Entretanto com as novas formas de uso das redes sociais, contas que antes apenas expunham fotos e vídeos, passaram a ser meios de obtenção de renda, passando a espaços de vendas de produtos e publicidade¹².

Essa forma de utilização é chamada de Web 2.0, em que se tem a possibilidade de obter informações das mais variadas origens, de expressar e dialogar com os demais usuários, além de perfis de rede social enquadrarem-se, inclusive, como a receita financeira principal de uma família¹³.

No ano de 2019 os produtores de conteúdo mais bem pagos do YouTube, por exemplo, apresentavam uma renda variável entre

11 Em alguns casos, contas em redes sociais monetizam valores astronômicos, agregando milhões de seguidores. Além do valor patrimonial acumulado, há o sentimental que, na maioria das vezes, tem prevalência sobre o primeiro. As fotografias e filmagens de nascimentos, casamentos e uma infinidade de momentos marcantes, armazenadas em dispositivos informáticos, não têm como serem mensuradas. Caso ocorra a morte ou a incapacidade do usuário e se este não tiver deixado os dados de acesso, esse patrimônio, em tese, será perdido (BARRETO, Alessandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchieta. **Herança Digital**. Direito & TI. Porto Alegre, p. 1-10, 2016).

12 MELO BISNETO, José Antônio de. **A virtualização da vida e da morte**: as implicações das redes sociais monetizadas no direito das sucessões brasileiro. 2020

13 LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v.16, p. 181-197, 2018

26 milhões de dólares a 11,5 milhões de dólares, de acordo com publicação da Revista Forbes¹⁴.

A doutrina traz os de bens digitais híbrido, nos quais estariam inclusos os perfis pessoais monetizados, que possuem patrimonialidade inserida aos conteúdos pessoais compartilhados, uma vez que embora tenham os dados pessoais e a privacidade envolvidos, tem objetivos financeiros.

Por vezes, “com a morte do usuário, muitas vezes o perfil adquire maior expressividade, rendendo, inclusive, uma lucratividade superior àquela verificada ao longo da vida do titular”¹⁵. Esta situação pode ser vista na conta da cantora Marília Mendonça, conforme citado anteriormente e em diversas outras contas monetizadas.

Com o falecimento do titular destes dados, surge a questão do tratamento dos mesmos e a temática da herança digital, tema que ainda gera debates doutrinários e jurisprudenciais.

A herança digital pode ser compreendida como sendo um aglomerado de ativos digitais¹⁶. Podem ser estabelecidas pelo menos duas correntes doutrinárias no que se refere a herança digital, a primeira delas aponta que herança digital é composta não apenas por relações jurídico-patrimoniais, mas também por outros conteúdos digitais, desprovidos de valor econômico, por outro lado, a segunda corrente aponta que as apenas as relações patrimoniais poderiam ser incluídas no conceito de herança digital.

Pela primeira corrente o acervo digital transmissível é composto também por relações jurídica não patrimoniais, por bens sem valor

14 Forbes. Os youtubers mais bem pagos de 2019. 2019

15 HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas**. In: BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança Digital. 1.ed. Indaiatuba/SP. Foco, 2021, p. 138

16 Um aglomerado de ativos digitais, ou seja, e-mails, contas de mídias sociais, fotos, vídeos, ficheiros em formatos eletrônicos, que são peças importantes na atualidade, na denominada vida digital. A herança digital também pode ser um local onde as heranças futuras, por exemplo, filmes de festas ou fotos familiares, se encontrem armazenadas em alguma mídia digital. Mas ainda não é definido ainda se esse formato de bens digitais, que se encontram armazenados em mídias digitais, possam ser sucedidos ou destinados aos seus familiares, caso o proprietário venha a falecer (Ibidem).

econômico apreciável. A herança digital é composta por um conjunto de bens digitais que se encontravam na titularidade do de cujus, capazes de serem avaliáveis economicamente¹⁷.

Os bens digitais, por essa corrente, são bens incorpóreos dotados de valor patrimonial e por isso possuindo tutela jurídica do Direito das Sucessões. Ainda, os bens digitais podem ser bens digitais patrimoniais e bens digitais existenciais.

Os bens digitais são aqueles bens incorpóreos inseridos gradualmente pelos usuários na internet e que possuem alguma utilidade, podendo ou não ser dotados de valor economicamente apreciável¹⁸. Os bens digitais patrimoniais são ativos virtuais dotados de apreciação econômica, enquanto os bens digitais existenciais, são considerados como as informações virtuais, que não possuem um valor patrimonial identificável¹⁹.

A diferenciação de bens digitais patrimoniais e bens digitais existenciais é fundamental, pois no primeiro caso se tem um bem dotado de conteúdo patrimonial em que a transmissão enseja a aplicação do direito de propriedade e a tutela jurídica do Direito das Sucessões, já no caso de bens digitais existenciais não se tem direito da propriedade, mas sim tutela jurídica de direitos da personalidade, tratando-se de informações extrapatrimoniais.

Os direitos da personalidade referem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, conforme Limongi França²⁰. São direitos da personalidade os direitos à integridade física, direito à integridade moral e intelectual, sendo

17 SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira Santos. **Herança digital e a transmissão de conteúdos digitais em vida**. Dissertação (Mestrado em Direito e Informática). Universidade do Minho, Braga (Portugal), 2016

18 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

19 LEAL, Livia Teixeira. **Morte e luto na internet**: para além da herança digital. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, 2018

20 FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade**: coordenadas fundamentais. MENDES, G. F.; STOCO, R. (org.). **Doutrinas essenciais**: direito civil, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011.

todos eles irrenunciáveis e intransmissíveis, nos termos do Código Civil Brasileiro.²¹

Dentre as características dos direitos da personalidade podem ser citados que eles são: intransmissíveis/inalienáveis; indisponíveis/irrenunciáveis; imprescritíveis; absolutos/ inatos e impenhoráveis/inexpropriáveis²².

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, são prerrogativas para assegurar a dignidade do indivíduo. Por esta razão, não se pode transmitir/alienar os direitos da personalidade, seja por ato inter vivos ou causa mortis. Ademais, podem ser alienados porque só se aliena aquilo que tem conteúdo econômico/patrimonial, o que não é o caso dos direitos da personalidade. São irrenunciáveis e indisponíveis sendo prerrogativas para assegurar a dignidade do indivíduo²³.

São imprescritíveis não havendo extinção do direito da personalidade pelo decurso do prazo, como também a proteção de um direito da personalidade não se submeterá a um prazo prescricional. A tutela do direito da personalidade, até pela redação do próprio art. 12, caput, do CC, poder ser uma tutela tanto preventiva quanto pode ser uma tutela repressiva. Se está sendo ameaçado, será tutela preventiva. Se já foi violado, será tutela repressiva. Em ambos os casos, não se submete a prazo prescricional. Até porque, só estão sujeitas a prazo de natureza prescricional aquelas pretensões que tem natureza econômica/pecuniária²⁴.

Uma vez que os direitos da personalidade são intransmissíveis, se tem a impossibilidade de transmissão dos bens digitais existenciais de titulares falecidos a seus herdeiros, sendo assim não compondo a sucessão causa mortis e a herança digital.

21 BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.050, de 2020**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

22 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18º ed. Saraiva, 2017.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

O direito à integridade moral relaciona-se ao direito ao recato e ao direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, preservando a intimidade da vida privada e as intrusões alheias na esfera personalíssima.²⁵

Frente a proteção jurídica da privacidade, os bens digitais existenciais são tutelados e evitados de inviolabilidade, sendo assim, obstaculizados de transmissibilidade na sucessão causa mortis.

Nota-se que há uma discussão quanto as diferenças entre bens digitais patrimoniais e existenciais, de forma que a doutrina que não aponta distinção entre bens digitais acredita que os ativos e acessos digitais podem ser transmitidos a herdeiros após o falecimento de seus titulares, por outro lado, a doutrina que aponta esta distinção acredita que apenas os bens digitais de conteúdo patrimonial atrairiam a proteção do direito de propriedade e que por outro lado os bens de cunho existencial seriam intransmissíveis.

No que se refere a transmissão dos bens digitais de natureza híbrida, há uma discussão doutrinária, em que parte entende pela transmissibilidade em face de suas feições evidentemente patrimoniais, sem imposição de limites e outra corrente que defende que existem restrições e limites à exploração econômica dos perfis²⁶.

A divergência se mostra na extensão dada à sucessão dos bens, uma vez que se tem a predominância dos aspectos patrimoniais, haja vista a economicidade, sem que se possa deixar de lado os aspectos existenciais²⁷.

25 FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade**: coordenadas fundamentais. MENDES, G. F.; STOCO, R. (org.). **Doutrinas essenciais**: direito civil, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011

26 HONORATO, Gabriel; LEAL, Lívia Teixeira. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas**. In: BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LEAL, Lívia Teixeira (Coord.). Herança Digital. 1.ed. Indaiatuba/SP. Foco, 2021

27 Algo parece assertivo: a forma de sucessão de um bem patrimonial não pode ser iguala forma de sucessão de um bem digital. E isso acontece pela natureza das duas coisas. Enquanto os bens corpóreos possuem a marca da apropriação e da tradição, num grande sistema de trocas, o bem digital tem seu pilar na experiência do usuário, por isso sua expressiva carga de direitos da personalidade (GUILHERMINO, Everilda Brandão. **Direito de acesso e herança digital**. In: BROCHADO TEIXEIRA, Ana

Embora se tenha a transmissão da titularidade da conta aos herdeiros para a administração do perfil, deve se ter a proteção de direitos da personalidade, sob pena de violações a direitos da personalidade do *de cuius* e de terceiros.

2.3 HERDEIROS DIGITAIS

A rede social Facebook propõe 02 possibilidades de atos a serem praticados após o falecimento do usuário, de acordo com sua política de serviços. A primeira delas é que o titular da conta indique um contato herdeiro que poderá gerenciar a conta com o falecimento do titular, transformando a conta em memorial, impedindo o contato herdeiro de ler mensagens e de fazer e remover amigos. A segunda opção é a exclusão da conta, com o falecimento do titular.

O X, antigo twitter, com a apresentação da certidão de óbito, os familiares podem solicitar a exclusão da conta de usuário falecido, não permitindo a ninguém acessar a conta do falecido²⁸.

O google, em seus serviços, permite pelo testamento digital informal, escolher pessoas para herdar conteúdos, permitindo a administração dos dados armazenados e gerenciamento das contas.²⁹

O youtube permite que herdeiros e advogados possam acessar o perfil e conteúdos postados por usuários falecidos. No youtube conteúdos postados geram lucro, observando-se assim que há um interesse da plataforma pela lucratividade.³⁰

O instagram, assim como facebook, permite a exclusão da conta ou a transformação da mesma em memorial, mediante comprovação do

Carolina; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança Digital*. 1.ed. Indaiatuba/SP. Foco, 2021, p. 103).

28 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

29 Ibidem.

30 LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1. ed. Porto Alegre: Edição do Autor, 2016.

óbito do titular da conta e pode ser feito por herdeiro ou representante legal de herdeiro.³¹

O iCloud possui em seus termos uma cláusula de “Não Existência de Direito de Sucessão”, estabelecendo a impossibilidade de transferência da conta aos herdeiros em caso de falecimento do titular.

Alguns aplicativos excluem os dados dos usuários por inatividade, como por exemplo é o caso do Whatsapp e do Tik Tok, em que com a conta inativa por mais de 120 dias ou 180 dias no caso do tik tok, a conta é apagada, sem possibilidade de transferência de informações da conta a familiares.

Muito embora, se torne as contas memoriais, a questão sucessória não é resolvida, servindo apenas como um espaço de preservação das lembranças. Esta questão ganha ainda mais destaque quando se fala, por exemplo, em perfis de influenciadores digitais que contam com milhões de seguidores e que lucram com suas postagens, tornar estas contas memoriais, inutilizaria a conta e ceifaria o potencial econômico que possuem.

2.4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL E DIREITO COMPARADO

No ano de 2002 começaram a surgir em alguns Estados dos Estados Unidos da América, normas que abordavam os bens digitais. Em 2005, no Estado de Connecticut houve modificação na lei, incluindo os bens digitais do falecido nos direitos dos herdeiros, permitindo acesso ao conteúdo do e-mail ou conta do de cujus.³²

Outros Estados como Rhode Island, Indiana, Oklahoma, Idaho, entre outros, seguiram o Estado de Connecticut, trazendo algumas

31 BARRETO, Alessandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchiêta. **Herança Digital**. 2016.

32 LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1. ed. Porto Alegre: Edição do Autor, 2016.

alterações como a possibilidade de reconhecimento de novos ativos digitais.

No ano de 2015, a Comissão de Uniformização de Leis dos EUA, formulou o Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act, objetivando padronizar a abordagem jurídica do patrimônio digital, deixando a cada estado federado a legislação quanto ao destino dos bens digitais, havendo a necessidade de consentimento prévio do titular via testamento, procuração ou registro válido.³³

Pela legislação americana os bens digitais de valor econômico os quais os herdeiros possuem acesso pleno e bens apenas de valor afetivo, os quais dependem de consentimento e/ou autorização prévia do de cujus.³⁴

Em meados do ano de 2005 se havia falar internacionalmente em herança digital, com o caso da conta de e-mail soldado Americano Karl Linn, falecido na Guerra do Iraque. Neste período os familiares já solicitavam o acesso aos conteúdos e continuidade de uso de ferramentas virtuais. De um lado as famílias solicitavam acesso ao conteúdo e de outro os prestadores de serviços online obstavam o acesso com base no direito à privacidade do de cujus.

No ano de 2018, o Tribunal Federal Alemão, pela sua mais alta corte, reconheceu a transmissibilidade da conta de rede social, em razão da sucessão causa mortis, aos herdeiros. Em uma ação contra o facebook, os pais de uma jovem falecida tragicamente nas linhas do metrô de Berlim, requereram o acesso à conta da rede social de sua filha, a qual eram detentores da senha, fornecida previamente pela própria adolescente, mas cuja conta havia sido transformada em memorial pelo facebook, impedindo seu acesso.³⁵

Conforme os termos de uso do facebook, com o falecimento do titular a conta na rede social pode ser transformada em memorial,

33 TAFELLI, Dimas Siloé. **Kobe Bryant e a herança digital**. 2020.

34 Ibidem.

35 MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. **Case report**: Corte alemã reconhece atranmissibilidade da herança digital. *Direito Público*, [S. l.], v. 15, n. 85, 2019.

peramencendo visível aos demais usuários mas sem poder ser acessada por outros detentores de usuário e senha; a conta pode ser excluída ou ainda o usuário ainda em vida pode nomear um contato herdeira a quem será permitido o acesso porém com restrições como a leitura de mensagens.

No caso julgado na Alemanha, os pais da jovem falecida apresentaram a justificativa da necessidade de conhecer o conteúdo de conversas e mensagens visando buacar o esclarecimento da sua causa mortes, se tratava-se de um acidente ou se poderia ter sido um suicídio. De acordo com o facebook o acesso foi negado visando a à proteção da privacidade, haja vista que o conteúdo das mensagens é íntimo, não podendo ser visualizado por terceiros. Com julgamentos divergentes em primeira e segunda instância, o Tribunal Federal Alemão, por fim, reconheceu a transmissibilidade de todo o conteúdo da rede social aos herdeiros da jovem falecida.³⁶

No entendimento da corte alemã, entre a jovem falecida e o facebook havia um contrato de consumo celebrado, sendo assim transmissível pelo direito sucessório, não havendo apropriação do direitos de personalidade post mortem da jovem ou desrespeito ao ao sigilo das comunicações.³⁷

Por força do princípio da sucessão universal os herdeiros recebem a titularidade de todo o patrimônio do de cujus, tratando de bens de cunho patrimonial ou existencial, de forma que assim os herdeiros ingressariam, inclusive, nas relações consumeristas celebradas pela de cujus. O princípio da sucessão universal do direito alemão, equivale ao princípio de saisine previsto no ordenamento jurídico pátrio.³⁸

Nesse sentido, Fritz³⁹ defende que “a solução mais coerente com a dogmática e o sistema jurídico sucessório é assegurar a

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 Ibidem.

39 FRITZ, Karina Nunes. **Herança digital**: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas. Migalhas, 2021.

transmissibilidade da herança digital aos herdeiros, exceto disposição em sentido contrário do falecido”.

No ano de 2020, na China, por alteração do Código Civil chinês, inclui-se na definição de herança, ativos digitais, tais como criptomoedas, itens virtuais em jogos, contas em plataformas virtuais, dentre outros. Pelo entendimento chinês, não há distinção entre bens digitais de caráter econômico e os bens digitais de valor afetivo.⁴⁰

Já no que se refere ao direito brasileiro, em decisão divergente a do Tribunal Federal Alemão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2021 entendeu não ser possível a transmissão de conta e conteúdo de perfil de rede social por meio da sucessão causa mortis⁴¹.

No Estado de São Paulo a rede social de uma jovem falecida era acessada por sua genitora que possuía os dados de login e senha. O facebook excluiu a conta, de forma repentina e sem justificativa. A mãe da jovem ajuizou ação de obrigação de fazer com a finalidade estabelecimento do status quo ou obtenção dos dados do perfil, bem como indenização por danos morais⁴².

O juízo da primeira instância e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela regularidade da conduta adotada pelo facebook e pela impossibilidade de transmissão do perfil de rede social aos herdeiros⁴³.

De acordo com o TJSP⁴⁴ a jovem aceitou as cláusulas de serviço do facebook, devendo estas serem analisadas à luz dos direitos de personalidade e da autonomia da vontade. A corte entendeu pela distinção entre os bens digitais de cunho patrimonial e os de cunho

40 MANGO, Carolina Mattioli Martino; GARLA FILHO, Celso. **A aceitação da herança digital no Brasil e no mundo**. 2020.

41 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **31ª Câmara de Direito Privado**. Apelação Cível 1119688- 66.2019.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Casconi, j. em 09.03.2021.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

44 Ibidem.

existencial em que no caso do segundo cabe a proteção dos direitos da personalidade, sendo assim intransmissíveis.

Na Comarca de Pompeu no Estado de Minas Gerais, foi julgado improcedente pedido de uma mãe para ter acesso aos dados pessoais colocados na internet pela filha Helena, já falecida. Pelo entendimento do magistrado, com fundamento no sigilo da correspondência, das comunicações e de dados, o pedido da autora foi improcedente, pois violaria a intimidade da falecida, que não podia ser invadida para satisfação pessoal⁴⁵.

Já no Mato Grosso do Sul, em decisão contrária a de Minas Gerais, a mãe de Juliana Pinheiro Campos, falecida, teve direito de requerer a exclusão de conta da sua filha no facebook, entendendo que a manutenção da conta ativa de um usuário falecido ataca o direito à dignidade humana, principalmente dos familiares, como a mãe⁴⁶.

2.5 PROJETOS DE LEI

O legislativo tem manifestado interesse no assunto, tendo atualmente diversos projetos de lei, tratando do tema da herança digital. No ano de 2017, os Projetos de Lei nº 7.742/2017 e 8.562/2017⁴⁷ tratam de assegurar o legado virtual, podendo o herdeiro, testamentário ou legítimo definir o destino das contas digitais, podendo as transformar em memorial, remover contas e dados. Referidos projetos foram arquivados, não tendo prosseguimento.

45 Autos nº 0023375-92.2017.8.13.0520, juiz Manoel Jorge de Matos Junior, Vara Única da Comarca de Pompeu/MG.

46 TRIBUNAL DE JUSTIÇA do MATO GROSSO DO SUL. Autos nº 0001007-27.2013.8.12.0110, da 1ª Vara do Juizado Especial Central do Estado de Mato Grosso do Sul.

47 BRASIL. **Projeto de lei 8.562/2017**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Câmara dos Deputados. 2017.

No ano de 2019, o Projeto de Lei nº 5.820/2019⁴⁸ pretendia alterar a redação do artigo 1.881 do Código Civil, permitindo codicilos feitos por vídeo e dispensando testemunhas, tendo sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e posteriormente encaminhada para o Senado Federal.

No ano de 2020, o Projeto de Lei nº 3.050⁴⁹, visa normatizar o direito da herança digital, e encontra-se aguardando parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, incluindo no artigo 1.788 do Código Civil, parágrafo único, “parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”⁵⁰.

O Instituto dos Advogados do Brasil, em parecer de lavra de Pablo Malheiros da Cunha, entendeu ser inconstitucional as alterações, uma vez que existem bens digitais que são projeções da privacidade e que assim não podem ser transmitidos aos herdeiros⁵¹.

É inegável que se tenham alterações legislativas, visando promover as modificações necessárias para que o direito adapte-se à nova realidade tecnológica vivenciada pela sociedade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na era da informação surge um novo conceito de bens, os bens digitais, que podem ser dotados de caráter patrimonial ou meramente existencial. Frente a esta nova realidade, o direito passa por novos desafios, o que não é diferente no que se refere ao Direito das Sucessões e a transmissibilidade causa mortis destes bens.

48 BRASIL. **Projeto de lei 5.820/2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Câmara dos Deputados. 2019.

49 BRASIL. **Projeto de lei 3.050/2020**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Câmara dos Deputados. 2020.

50 Ibidem.

51 IAB. Instituto dos Advogados do Brasil. Parecer elaborado por Pablo Malheiros da Cunha Frota. 2017.

Conforme pode ser visto no estudo em tela, não há divergências em relação à possibilidade transmissão de bens digitais patrimoniais, por outro lado, se tem controvérsias a respeito dos bens digitais existenciais enquanto direitos da personalidade e sendo assim sua intransmissibilidade.

Conforme pode ser observado, a jurisprudência vem adotando entendimento no sentido que os bens digitais passíveis de transmissão são aqueles bens digitais patrimoniais, notando-se que há uma ausência de regulamentação específica.

No que se refere aos bens digitais híbridos, não há consenso na doutrina quanto a possibilidade de sucessão. Por um lado se tem autores que defendem a ocorrência de uma sucessão irrestrita dos perfis nas redes sociais, enquanto outros entendem pela necessidade de restrições e limites à exploração econômica dos perfis visando a preservação dos direitos da personalidade do falecido.

O Brasil ainda não conta com legislação específica sobre sucessão digital, o que pode gerar consequências para os usuários das redes digitais e seus familiares, além de insegurança jurídica e a possibilidade de ocorrência de violação de direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte :análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital.**2017. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchieta. **Herança Digital.** Direito & TI.Porto Alegre,p. 1-10, 2016.

BRASIL. **Projeto de lei 3.050/2020.** Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Câmara dos Deputados. 2020.

BRASIL. **Projeto de lei 5.820/2019.** Dá nova redação ao art. 1.881 da lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Câmara dos Deputados. 2019.

BRASIL. **Projeto de lei 8.562/2017.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Câmara dos Deputados. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.050,** de 2020. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

COSTA FILHO. Marco Aurélio de Faria. **Patrimônio digital:** Reconhecimento e Herança. Recife: Nossa Livraria, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** 18º ed. Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

Forbes. Os youtubers mais bem pagos de 2019. 2019.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade**: coordenadas fundamentais. MENDES, G. F.; STOCO, R. (org.). Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. **Herança digital**: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas. Migalhas, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. **Direito de acesso e herança digital**. In: BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança Digital. 1.ed. Indaiatuba/SP. Foco, 2021.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas**. In: BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). Herança Digital. 1.ed. Indaiatuba/SP. Foco, 2021.

IAB. Instituto dos Advogados do Brasil. Parecer elaborado por Pablo Malheiros da Cunha Frota. 2017.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. 1. ed. Porto Alegre: Edição do Autor, 2016.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v.16, p. 181-197, 2018.

MANGO, Carolina Mattioli Martino; GARLA FILHO, Celso. **A aceitação da herança digital no Brasil e no mundo**. 2020.

MELO BISNETO, José Antônio de. **A virtualização da vida e da morte:** as implicações das redes sociais monetizadas no direito das sucessões brasileiro. 2020.

MENDES, G. F.; STOCO, R. (org.). **Doutrinas essenciais:** direito civil, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. **Case report:** Corte alemã reconhece atranmissibilidade da herança digital. Direito Público, [S. l.], v. 15, n. 85, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao Direito Civil:** Teoria Geral de Direito Civil. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira Santos. **Herança digital e a transmissão de conteúdos digitais em vida.** Dissertação (Mestrado em Direito e Informática). Universidade do Minho, Braga (Portugal), 2016.

TAFELLI, Dimas Siloé. **Kobe Bryant e a herança digital.** 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Lei de Introdução e Parte Geral. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ALEMÃO. Der Bundesgerichtshof (BGH). III ZR 183/17. Karlsruhe, 12 jul. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Autos nº 0023375-92.2017.8.13.0520, juiz Manoel Jorge de Matos Junior, Vara Única da Comarca de Pompeu/MG.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **31ª Câmara de Direito Privado.** Apelação Cível 1119688- 66.2019.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Casconi, j. em 09.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA do MATO GROSSO DO SUL. Autos nº 0001007-27.2013.8.12.0110, da 1ª Vara do Juizado Especial Central do Estado de Mato Grosso do Sul.

INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA NOS ILÍCITOS CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS

Pedro Paulo Garcia E Silva

RESUMO

O artigo analisa a independência entre as esferas penal e administrativa nos ilícitos contra o mercado de capitais no Brasil, destacando a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Ministério Público. O mercado de capitais é crucial para o financiamento de empresas, mas sua complexidade também facilita a ocorrência de crimes, como manipulação de mercado e insider trading, que comprometem a transparência e a confiança dos investidores. Embora as esferas penal e administrativa sejam independentes, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece que decisões administrativas podem influenciar processos penais, e há cooperação entre os órgãos, com compartilhamento de provas. Exemplos de casos como o da OGX e da Petrobras ilustram essa interação. Além disso, o artigo aborda a importância da proteção informacional para prevenir crimes e destaca a relevância das leis que regulamentam o mercado de capitais, como a Lei nº 6.385/76. A conclusão aponta para a necessidade de aprimorar os mecanismos de fiscalização, garantindo maior transparência e proteção aos investidores.

Palavras-chave: Ilícitos. Mercado de Capitais. Sistema Financeiro Nacional. Investidores.

ABSTRACT

The article analyzes the independence between the penal and administrative spheres in capital market offenses in Brazil, highlighting the roles of the Securities and Exchange Commission (CVM) and the Public Prosecutor's Office. The capital market is crucial for financing companies, but its complexity also facilitates the occurrence of crimes, such as market manipulation and insider

trading, which undermine investor transparency and trust. Although the penal and administrative spheres are independent, the Federal Supreme Court (STF) acknowledges that administrative decisions can influence criminal proceedings, and there is cooperation between agencies, with the sharing of evidence. Examples such as the OGX and Petrobras cases illustrate this interaction. Additionally, the article addresses the importance of informational protection to prevent crimes and emphasizes the relevance of laws regulating the capital market, such as Law No. 6,385/76. The conclusion points to the need to enhance monitoring mechanisms, ensuring greater transparency and protection for investors.

Keywords: Offenses. Capital Market. National Financial System. Investors.

INTRODUÇÃO

O mercado de capitais desempenha um papel fundamental no financiamento da economia, sendo responsável por garantir liquidez e proporcionar oportunidades de diversificação de investimentos. Por meio da negociação de valores mobiliários, como ações e debêntures, ele permite a captação de recursos para empresas e projetos de médio e longo prazo. No entanto, a dinâmica e complexidade desse mercado também abrem espaço para a prática de ilícitos que podem comprometer a confiança e a transparência, essenciais para o bom funcionamento do sistema. A ocorrência de fraudes, manipulação de mercado e uso indevido de informações privilegiadas representa sérios desafios para a integridade do mercado de capitais e a proteção dos investidores.

Para lidar com esses ilícitos, o ordenamento jurídico brasileiro prevê mecanismos de responsabilização tanto na esfera administrativa quanto na penal. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio de sua competência regulatória, atua de forma independente para aplicar sanções administrativas, como multas e suspensões, às empresas e

indivíduos que violam as normas do mercado. Simultaneamente, o Ministério Público, com o impulsionamento do Poder Judiciário, pode iniciar investigações e promover ações penais para responsabilizar criminalmente os infratores. A coexistência dessas esferas de atuação implica em um sistema de regulação robusto, mas também levanta questões sobre a interação entre elas, especialmente no que se refere à independência e às possíveis sobreposições de competência.

Este artigo tem como objetivo analisar a independência entre as esferas penal e administrativa nos ilícitos cometidos no mercado de capitais brasileiro. Em um cenário no qual tanto a regulação quanto a repressão penal se mostram cruciais para a estabilidade do mercado, entender as interações entre essas duas frentes se torna essencial para a compreensão da eficácia do sistema de responsabilização. A independência dessas esferas, conforme consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, permite que as sanções administrativas não impeçam a ação penal, e vice-versa. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reconhecido que, em determinados contextos, a decisão administrativa pode ter impacto no processo penal, particularmente no que tange a questões fáticas e probatórias.

Além disso, o artigo abordará as interseções entre essas esferas, analisando como a cooperação entre órgãos reguladores, como a CVM, e o Ministério Público pode ser fundamental para a investigação e punição de crimes financeiros. Casos emblemáticos, como o da OGX, de Eike Batista, e o da Petrobras, no contexto da Operação Lava Jato, ilustram essa interação entre a esfera administrativa e a penal. Embora as sanções impostas pela CVM não excluam a responsabilidade penal dos infratores, a colaboração entre as autoridades regulatórias e as judiciais tem se mostrado indispensável para garantir a responsabilização integral dos envolvidos em ilícitos contra o mercado de capitais.

Outro ponto relevante a ser discutido neste artigo é a importância da proteção informacional para a prevenção de crimes no mercado de capitais. A utilização indevida de informações privilegiadas, prática

conhecida como insider trading, é um dos delitos mais prejudiciais à transparência e à confiança no mercado. A Lei nº 6.385/76, que regula o mercado de valores mobiliários, tipifica essas infrações e estabelece sanções tanto na esfera administrativa quanto penal. O entendimento do STF de que o crime de insider trading possui natureza penal própria, reforça a necessidade de uma atuação conjunta e independente entre os órgãos reguladores e as autoridades judiciais para proteger a integridade do mercado.

Além dos ilícitos relacionados diretamente ao mercado de capitais, como a manipulação de mercado e o insider trading, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN), tipificados pela Lei nº 7.492/86, também têm impacto direto no mercado de capitais. Fraudes contábeis e operações de lavagem de dinheiro, por exemplo, afetam a confiança dos investidores e podem utilizar o mercado de capitais como meio para disfarçar a origem ilícita dos recursos. A interação entre os crimes financeiros e os ilícitos no mercado de capitais torna-se, assim, um ponto de atenção para a regulação e a responsabilização, exigindo uma atuação coordenada entre os órgãos competentes.

Diante desse cenário, a análise das relações entre as esferas penal e administrativa, a atuação da CVM, do Ministério Público e do Poder Judiciário, e a proteção das informações no mercado de capitais são essenciais para a construção de um sistema mais transparente e seguro. A responsabilização efetiva dos infratores, tanto nas esferas administrativa quanto penal, não apenas protege os investidores, mas também contribui para a manutenção da integridade e da confiança no sistema financeiro. Este artigo, portanto, buscará explorar essas questões e os desafios enfrentados pelas autoridades reguladoras e judiciais na aplicação da legislação do mercado de capitais.

1. O MERCADO DE CAPITAIS: CONCEITO, FUNÇÃO E ESTRUTURA

O mercado de capitais é um segmento do sistema financeiro voltado para a captação de recursos de médio e longo prazo por meio da negociação de valores mobiliários, como ações, debêntures e fundos de investimento. Sua principal função é promover o financiamento de empresas e projetos, permitindo que investidores adquiram participação em companhias ou emprestem capital em troca de retornos financeiros.

A estrutura do mercado de capitais é composta por diversos agentes e instituições, entre eles:

- **Empresas emissoras:** Companhias que captam recursos por meio da emissão de valores mobiliários.
- **Investidores:** Aqueles que aplicam seus recursos no mercado, podendo ser pessoas físicas, jurídicas, fundos de investimento e investidores institucionais.
- **Intermediários financeiros:** Instituições como corretoras e distribuidoras de valores mobiliários, responsáveis pela intermediação das operações.
- **Órgãos reguladores e autorreguladores:** A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Banco Central do Brasil e entidades como a B3 (Bolsa de Valores do Brasil), que regulam e fiscalizam as operações do mercado.

A regulação do mercado de capitais tem como objetivo garantir a transparência, a integridade e a equidade nas negociações, evitando abusos e assegurando a proteção dos investidores. Nesse contexto, ilícitos como manipulação de mercado, insider trading e fraudes contábeis representam ameaças à estabilidade e ao funcionamento adequado do sistema.

2. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA

2.1 ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

A independência entre as esferas penal e administrativa é um princípio consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. No contexto do mercado de capitais, isso significa que a sanção imposta pela CVM não impede a atuação do Ministério Público na esfera penal e vice-versa. Esse entendimento está consagrado no artigo 935 do Código Civil e em jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Porém, a independência entre essas esferas não é absoluta. O Supremo Tribunal Federal reconhece que, em determinadas situações, a decisão administrativa pode influenciar o processo penal, especialmente quando se trata de matéria fática e probatória. Assim, a autonomia entre os órgãos não impede a cooperação entre as instâncias, podendo haver compartilhamento de provas e informações. A CVM frequentemente colabora com o Ministério Público e a Polícia Federal em investigações de crimes financeiros, fornecendo laudos técnicos e documentos que subsidiam ações penais.

2.2 CASOS PRÁTICOS

Um exemplo emblemático de atuação conjunta das esferas penal e administrativa foi o caso envolvendo a empresa OGX, de Eike Batista. Em 2017, a CVM aplicou sanções administrativas ao empresário por manipulação de mercado e uso de informações privilegiadas. Paralelamente, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia por crimes contra o mercado de capitais, resultando em condenação judicial. O caso demonstrou como a responsabilização pode ocorrer de maneira independente, mas interligada, nas duas esferas.

Outro caso relevante é o da Petrobras, no contexto da Operação Lava Jato. A empresa sofreu sanções administrativas da CVM por

falhas na divulgação de informações ao mercado, enquanto seus ex-dirigentes foram processados penalmente por corrupção e lavagem de dinheiro. A interseção entre as investigações administrativas e penais evidenciou a importância da cooperação entre os órgãos fiscalizadores.

3. ILÍCITOS CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS E PROTEÇÃO INFORMACIONAL

3.1 INSIDER TRADING

Os ilícitos contra o mercado de capitais abrangem diversas condutas, como manipulação de preços, uso de informações privilegiadas (insider trading) e fraudes contábeis. A proteção informacional é um dos pilares para a prevenção desses crimes, garantindo a equidade entre os participantes do mercado.

A Lei nº 6.385/76, que rege o mercado de valores mobiliários, prevê sanções administrativas para infrações cometidas por investidores e instituições financeiras. Paralelamente, o artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 tipifica o crime de uso indevido de informação privilegiada, estabelecendo penas privativas de liberdade e multas.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1601425, decidiu que o crime de insider trading possui natureza penal própria, afastando a tese de que seria apenas uma infração administrativa. Esse entendimento reforça a independência entre as esferas e destaca a relevância da repressão penal para proteger a integridade do mercado de capitais.

3.2 CASO PRÁTICO

O caso de insider trading envolvendo a JBS em 2017 ilustra a relevância da proteção informacional no mercado de capitais, sendo, inclusive, a primeira prisão pelo crime ocorrida no Brasil. Executivos da empresa negociaram ações com base em informações privilegiadas antes da divulgação de uma delação premiada, resultando em sanções

administrativas pela CVM e investigações criminais pelo Ministério Público.

Na prática, a CVM tem papel fundamental na apuração de irregularidades, podendo aplicar penalidades como advertências, multas e suspensão de atividades. No entanto, sua atuação não exclui a competência do Ministério Público para denunciar eventuais crimes contra o mercado de capitais.

3.2 CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E SUA RELAÇÃO COM O MERCADO DE CAPITAIS

Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN) possuem impacto direto no mercado de capitais, pois afetam a estabilidade e a confiança dos investidores. A Lei nº 7.492/86 tipifica condutas como gestão fraudulenta de instituição financeira, evasão de divisas, indução do investidor em erro e negociação irregular de valores mobiliários, que muitas vezes se entrelaçam com operações no mercado de capitais.

A interseção entre os crimes contra o SFN e o mercado de capitais é notável em casos de fraudes contábeis, em que instituições manipulam seus balanços para inflar resultados e atrair investidores. Casos emblemáticos, como o escândalo da Enron nos Estados Unidos e fraudes envolvendo empresas listadas na B3, demonstram como tais práticas podem gerar crises sistêmicas, impactando não apenas acionistas, mas também a economia como um todo.

Dentre as práticas ilícitas que comprometem a integridade do mercado, destaca-se a “troca de chumbo”, um mecanismo utilizado para manipular preços de ativos e criar uma falsa percepção de liquidez. Nessa operação, empresas negociam entre si títulos e valores mobiliários, como ações e títulos privados, de forma coordenada, sem que haja uma efetiva transferência de risco ou alteração substancial na titularidade dos ativos. Dessa maneira, induz-se o mercado a acreditar em uma valorização inexistente, influenciando decisões de investidores que podem ser levados a operar em condições artificiais.

A troca de chumbo pode estar diretamente relacionada a crimes como fraude contábil, lavagem de dinheiro e manipulação de mercado. Ao inflar artificialmente os preços dos ativos, os envolvidos buscam vantagens indevidas, como a captação de novos investidores, a obtenção de crédito em condições mais favoráveis junto a instituições financeiras ou até mesmo o recebimento de bônus atrelados ao desempenho das ações no mercado.

Essa prática, geralmente realizada mediante acordos entre administradores, acionistas controladores ou até mesmo entre diferentes instituições financeiras, pode configurar manipulação de mercado, crime previsto no artigo 27-C da Lei nº 6.385/76. Além disso, dependendo do contexto, pode também estar vinculada a delitos previstos na Lei nº 7.492/86, como gestão fraudulenta de instituição financeira e emissão fraudulenta de valores mobiliários.

Diante da gravidade da prática, órgãos reguladores como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central do Brasil intensificam a fiscalização para identificar padrões atípicos de negociação e coibir fraudes dessa natureza. As penalidades para os envolvidos podem incluir multas significativas, inabilitação para atuar no mercado financeiro e, nos casos mais graves, penas de prisão. Assim, a repressão a essas condutas é essencial para garantir a transparência e a confiabilidade do mercado de capitais, protegendo investidores e assegurando o funcionamento adequado do Sistema Financeiro Nacional.

CONCLUSÃO

A análise das esferas penal e administrativa no contexto dos ilícitos cometidos no mercado de capitais brasileiro revela a complexidade e a importância da atuação coordenada entre as autoridades reguladoras e judiciárias. Embora as esferas sejam independentes, a interação entre elas se mostra essencial para garantir uma resposta eficaz frente aos crimes que ameaçam a integridade do mercado. A responsabilização

tanto na esfera administrativa quanto penal é crucial para assegurar a proteção dos investidores e a manutenção da transparência e da confiança no sistema financeiro.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) desempenha um papel fundamental na fiscalização e aplicação de sanções administrativas, como multas e suspensão de atividades, a fim de coibir práticas ilícitas. No entanto, a atuação exclusiva da CVM pode ser insuficiente para enfrentar a gravidade de determinados crimes, especialmente aqueles que envolvem fraudes complexas e a utilização de informações privilegiadas. A intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário, por meio da esfera penal, torna-se indispensável para garantir a responsabilização plena dos infratores, com penas privativas de liberdade e outras sanções mais severas.

Casos emblemáticos, como os envolvendo a OGX e a Petrobras, demonstram como a colaboração entre os órgãos reguladores e o Ministério Público pode ser eficaz para a punição dos responsáveis. A atuação conjunta dessas esferas garante que as investigações sejam mais abrangentes e as sanções mais adequadas à gravidade dos ilícitos. Ao mesmo tempo, é importante ressaltar que, embora as esferas sejam independentes, elas não são completamente isoladas, sendo possível o compartilhamento de provas e informações entre os órgãos competentes. Essa cooperação é um reflexo do entendimento jurídico brasileiro de que a independência entre as esferas não deve ser absoluta, mas sim equilibrada de maneira a maximizar a eficácia do sistema de responsabilização.

Além disso, a proteção informacional é um ponto crucial na prevenção de crimes no mercado de capitais. A prática de insider trading, por exemplo, compromete a equidade entre os participantes do mercado e a confiança dos investidores. A legislação brasileira, como a Lei nº 6.385/76, e as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhecem a natureza penal do crime de uso indevido de informações privilegiadas, reforçam a importância de um controle rigoroso sobre o fluxo de informações no mercado. A atuação da

CVM é fundamental, mas a esfera penal é igualmente necessária para garantir a punição dos responsáveis por essas infrações.

O crescente impacto dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN) no mercado de capitais também não pode ser ignorado. Fraudes contábeis, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituições financeiras são delitos que afetam a confiança dos investidores e a estabilidade do mercado. A interação entre esses crimes e os ilícitos no mercado de capitais exige uma abordagem integrada entre os órgãos reguladores e as autoridades judiciais. A regulação financeira, por meio de normas de compliance e prevenção à lavagem de dinheiro, tem se mostrado uma resposta eficaz para mitigar esses riscos e garantir a integridade do mercado.

Por fim, o aprimoramento contínuo dos mecanismos de fiscalização e responsabilização no mercado de capitais é essencial para enfrentar os desafios impostos pelos avanços tecnológicos e pela crescente complexidade das operações financeiras. A regulação deve ser dinâmica e capaz de se adaptar às novas práticas ilícitas que surgem com a evolução do mercado. A atuação coordenada entre as esferas penal e administrativa, com a colaboração entre os órgãos competentes, é um caminho necessário para garantir a transparência, a integridade e a segurança jurídica no mercado de capitais.

A independência entre as esferas penal e administrativa, longe de ser um obstáculo à eficácia da justiça, deve ser vista como um princípio que fortalece o sistema de responsabilização. No entanto, é essencial que essa independência seja equilibrada com a cooperação entre os órgãos competentes, assegurando que os infratores sejam punidos de maneira adequada, independentemente da esfera em que a infração seja apurada. A continuidade da transparência e da confiança dos investidores no mercado de capitais dependerá, em grande parte, da eficiência e da sinergia entre essas esferas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 01/02/2025.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 01/02/2025.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1601425. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma. DJE 06/03/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 82.799/RJ. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/206&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 01/02/2025. <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/caso-de-insider---sadia-perdigao0>. Acesso em: 01/02/2025.

<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/2023/cvm-conclui-julgamento-de-processos-envolvendo-empresas-do-grupo-jbs-e-seus-executivos>. Acesso em: 01/02/2025.

<https://veja.abril.com.br/economia/prisao-de-wesley-batista-e-a-1a-por-insider-trading-entenda>. Acesso em: 01/02/2025.

O ÔNUS SUCUMBENCIAL E A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

THE SUCCUMBENTIAL BURDEN AND THE CUMULATION OF REQUESTS

Leonardo Sobral Moreira¹

Matheus Dias Maciel de Almeida Lima²

Resumo: O autor que apresenta pedidos alternativos em uma demanda judicial, sendo acolhido um deles, não resta caracterizada a sucumbência recíproca, recaindo a integralidade da sucumbência sobre a parte adversa. Já em relação ao acolhimento do pedido subsidiário e a sucumbência recíproca, a discussão visa compreender se o acolhimento integral do pedido subsidiário é capaz de ensejar a condenação em honorários de sucumbência. Nesse sentido, o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça é de que, nos casos em que há ordem hierárquica na cumulação de pedidos, é possível o reconhecimento da mútua sucumbência, uma vez que, rejeitado o pedido principal e acolhido o subsidiário, o autor da ação obtém vantagem parcial com o resultado. Já quando há a cumulação simples de pedidos, que é quando são realizados pedidos independentes entre si em uma mesma ação, o ônus da sucumbência será dividido a critério do Juiz, conforme o julgamento desses pedidos e em que parte sucumbiu o autor, se mínima ou não, conforme disposto no artigo 86

1Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2017). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela ATAME (2021). Pós-graduado em Direito Agrário e Agronegócio pela UNIARAGUAIA GO (2022). Atualmente é advogado associado no escritório Magno Estevam Maia Advocacia. Ex-coordenador do Núcleo de Processo Civil e Diretor Financeiro do Instituto de Estudos Avançados em Direito - IEAD (2025/26).

2 Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2018). Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela ATAME/GO (2020). Atualmente é sócio do Gonçalves, Macedo, Paiva & Rassi Advogados S/S - GMPR. Coordenador da equipe cível do Gonçalves, Macedo, Paiva & Rassi Advogados S/S- GMPR. Presidente da Comissão Especial de Direito Processual Civil da OAB-GO.

do Código de Processo Civil³. Por fim, aplica-se o mesmo à cumulação sucessiva de pedidos, pois, apesar de os pedidos serem dependentes entre si, ou seja, o segundo pedido só será analisado se o primeiro for procedente, o segundo, ainda assim, pode ser julgado improcedente, sendo que também ficará a critério do Juiz distribuir a sucumbência conforme o julgamento de cada pedido, aplicando na íntegra o mesmo artigo 86 do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Sucumbência. Alternativos. Subsidiários. Simples. Sucessivos.

Abstract: The author who presents alternative requests in a legal claim, if one of them is accepted, the reciprocal succumbence is not characterized, with the entire succumbence falling on the adverse party. In relation to the acceptance of the subsidiary request and reciprocal succumbence, the discussion aims to understand whether the full acceptance of the subsidiary request is capable of giving rise to the award of succumbence fees. In this sense, the understanding established by the Superior Court of Justice is that, in cases where there is a hierarchical order in the accumulation of requests, it is possible to recognize mutual succumbence, since, having rejected the main request and accepted the subsidiary, the author of the action obtains partial advantage from the result. When there is a simple accumulation of requests, which is when independent requests are made in the same action, the burden of succumbing will be divided at the discretion of the Judge, according to the judgment of these requests and in which part the author succumbed, whether minimal or no, as provided in article 86 of the Civil Procedure Code. Finally, the same applies to the successive accumulation of requests, because, although the requests are dependent on each other, that is, the second request will only be analyzed if the first is valid, the second, even so, can be dismissed as unfounded. , and it will also be at the discretion of the

³ Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Judge to distribute the loss according to the judgment of each request, applying in full the same article 86 of the Code of Civil Procedure.

Keywords: Succumbing. Alternative. Subsidiary. Simple. Successive.

1. CUMULAÇÃO ALTERNATIVA. O PEDIDO ALTERNATIVO. O CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO DE MAIS DE UM MODO

Naquelas demandas de obrigação cujo cumprimento pode ser realizado pelo devedor de mais de uma forma, ou seja, através de pedido alternativo, cumprida uma das prestações alternativas, a pretensão do autor está satisfeita em sua plenitude, nos termos dos art. 325 do CPC⁴.

Em outras palavras, na ocasião em que o autor de uma demanda formula pedidos alternativos, o acolhimento de qualquer deles importa procedência integral do pedido, uma vez que o autor se satisfaz com o acolhimento de qualquer das providências requeridas.

Quanto ao pedido alternativo, Fredie Didier Jr⁵. explica o seguinte:

Pedido alternativo é aquele que reclama prestações disjuntivas. Trata-se de tipo de pedido classificado a partir de dada relação de direito substancial, que permite a satisfação do direito por prestações autônomas e excludentes. Seu estudo diz mais respeito ao direito material, cuidando a legislação processual, tão-somente, de regulamentar a postulação em juízo dessas obrigações. O pedido será alternativo quando veicular pretensão oriunda de obrigação alternativa, facultativa ou com faculdade de substituição. Ele está regulado no art. 325 do CPC. Não se trata de

4 Art. 325. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

5 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed., vol. 1, pp. 591-592. Salvador: JusPodivm, 2016.

cumulação de pedidos (nem da chamada cumulação alternativa, vista linhas atrás): somente um pedido é feito; a forma de satisfação desse pedido é que é disjuntiva.

A despeito da cumulação dos pedidos alternativos, é perfeitamente clara a concepção adotada por Nelson Nery Júnior⁶: “Na cumulação de pedidos alternativos, o juiz é quem escolhe qual dos pedidos deve acolher, dadas duas opções pelo autor, que não precisam guardar congruência entre si”.

Conseqüentemente, formulados pedidos alternativos e acolhido, em sua totalidade, um deles, não ocorre sucumbência recíproca. Isso porque, no tocante à situação relatada, por se tratar de cumulação alternativa de pedidos, o acolhimento de qualquer um deles acarreta a sucumbência integral da parte ré, já que os pedidos alternativos são incompatíveis e excludentes entre si.

Com efeito, na cumulação alternativa não há hierarquia entre os pedidos, que, repita-se: são excludentes entre si. O acolhimento de qualquer um deles satisfaz por completo a pretensão do autor, que não terá interesse em recorrer da decisão que escolheu uma dentre alternativas igualmente possíveis e satisfativas.

Ademais disso, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que não ocorre a sucumbência recíproca, em havendo o provimento, em sua totalidade, de um dos pedidos alternativos. Nesse sentido⁷:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DE UM DOS

6 NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado 3. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pág. 867).

7 AgInt no REsp n. 1.969.720/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022.

PEDIDOS SUCESSIVOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. DISSENSO JURISPRIDENCIAL. NÃO CONHECIMENTO DO TÓPICO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

(...)

III - No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte segundo o qual a improcedência de um dos pedidos cumulados sucessivamente caracteriza a sucumbência recíproca. Inversamente ocorre com os pedidos alternativos, uma vez que o acolhimento de qualquer das providências requeridas enseja sucumbência integral.

(...)

Trata-se, inclusive, de entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, pois desde 2010, sua Corte Especial já possui esse entendimento. Prova disso é o julgamento do EREsp 616.918/MG⁸, no qual ficou decidido que:

Na cumulação alternativa não há hierarquia entre os pedidos, que são excludentes entre si. O acolhimento de qualquer um deles satisfaz por completo a pretensão do autor, que não terá interesse em recorrer da decisão que escolheu uma dentre outras alternativas igualmente possíveis e satisfativas. Se não há interesse recursal, conclui-se que os ônus da sucumbência devem ser integralmente suportados pelo réu.

⁸ EREsp n. 616.918/MG, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 2/8/2010, DJe de 23/8/2010.

Portanto, em relação aos ônus de sucumbência, o autor que apresentar pedidos alternativos na inicial, sendo acolhido um desses pedidos, não resta caracterizada a sucumbência recíproca, recaindo a integralidade da sucumbência sobre o réu.

2. CUMULAÇÃO EVENTUAL. O PEDIDO EM ORDEM SUBSIDIÁRIA. A POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO PEDIDO POSTERIOR QUANDO NÃO ACOLHIDO O ANTERIOR

Já em relação ao pedido subsidiário, disciplinado no art. 326 do CPC⁹, há clara hierarquia entre os pleitos, que não são excludentes entre si, sendo que o Juiz poderá conhecer do pedido posterior e subsidiário, caso não acolha o anterior.

Seus requisitos estão elencados no artigo 327¹⁰ do Código de Processo Civil, quais sejam: seja competente o mesmo juízo para julgar todos eles e que possuam o mesmo procedimento. E ressalte-se que os pedidos, justamente por serem subsidiários, não precisam ser compatíveis entre si, conforme dispõe o §3º do mesmo dispositivo acima mencionado.

Nesses casos, diferentemente do que ocorre no pedido alternativo, há sucumbência recíproca na improcedência de pedido principal com acolhimento de pedido subsidiário, justamente nos termos do Art. 326, do CPC.

No caso em que o autor não decaia de parte mínima dos pedidos, mas em porção significativa destes, formulado subsidiariamente, o acolhimento de um dos pedidos subsidiários não implica na procedência integral do pedido inicial, caracterizando, a depender do caso, a sucumbência recíproca tratada no art. 86, *caput*, do CPC. Diz-se que é a depender do caso, pois, em alguns casos, se o autor tiver sucumbido na parte mínima, não haverá a sucumbência recíproca,

9 Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.

10 Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

nos termos do parágrafo único do artigo 86 do Código de Processo Civil¹¹.

E que fique claro que, se há a possibilidade de recurso, é evidente que o autor sucumbiu de parte de sua pretensão, devendo os ônus sucumbenciais serem suportados por ambas as partes (autor e réu), na proporção do sucumbimento de cada um.

Um exemplo de pedido subsidiário é quando o autor pretende o recebimento de valor (maior) correspondente à indenização por invalidez total e, caso não caracterizado tal grau de incapacidade, o recebimento de valor (menor) proporcional ao grau de invalidez apurado em perícia, sendo que somente este segundo pedido é acolhido, ocasionando, portanto, a sucumbência recíproca entre as partes.

E sobre o pedido subsidiário, Daniel Amorim Assumpção Neves¹² assim o define:

Na cumulação subsidiária/eventual, prevista no art. 326, caput do Novo CPC, o autor estabelece uma ordem de preferência entre os pedidos, deixando claro na petição inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior, e que somente na eventualidade de esse pedido ser rejeitado ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior. (...)

E ressalte-se que, quando o autor formula pedido subsidiário, e não alternativo, o pedido posterior só deve ser apreciado caso seja improcedente o anterior, ou seja, o pedido principal.

Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do EREsp 616.918/MG¹³, definiu que:

11 Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

12 Neves, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processo Civil**, 10. ed., p. 151. Salvador: *JusPodivm*, 2018).

13 EREsp n. 616.918/MG, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 2/8/2010, DJe de 23/8/2010.

Já na cumulação subsidiária, como é o caso dos autos, os pedidos são formulados em grau de hierarquia, denotando a existência de um pedido principal e outro (ou outros) subsidiário(s). Assim, se o pedido principal foi rejeitado, embora acolhido outro de menor importância, surge para o autor o interesse em recorrer da decisão. Se há a possibilidade de recurso, é evidente que o autor sucumbiu de parte de sua pretensão, devendo os ônus sucumbenciais serem suportados por ambas as partes, na proporção do sucumbimento de cada um.

Mas, apenas a título informativo, nem sempre foi assim. Em 2006, a 1ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 616918 MG 2003/0229095-0¹⁴, possuía entendimento de que, acolhido o pedido subsidiário, a sucumbência era integral da parte adversa. Esse entendimento só veio a ser alterado anos depois, quando do julgamento do EREsp 616.918/MG acima mencionado.

Concluindo: se os pedidos foram formulados em grau de hierarquia, denotando a existência de um pedido principal e de outros subsidiários, tendo sido o pedido principal rejeitado e, por sua vez, acolhido o subsidiário, de hierarquia inferior, ressoa claro que o autor da ação sucumbe, parcialmente, de sua pretensão, razão pela qual os ônus sucumbenciais devem ser suportados por ambas as partes (autor e réu).

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, evidentemente, reproduz o mesmo entendimento¹⁵:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS.

14 REsp n. 616.918/MG, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/6/2006, DJ de 1/8/2006, p. 367.

15 TJGO, 6ª Câmara Cível, AC 0331501-60.2013.8.09.0051, Rel. Juiz José Proto de Oliveira, DJe de 29/11/2022, g.

1. (...) Distribuição recíproca dos ônus sucumbenciais. Com o acolhimento do pedido subsidiário da apelante e a parcial modificação do ato sentencial, os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos reciprocamente, de acordo com a regra disposta no artigo 86, caput, do CPC, arcando a apelante com 50% (cinquenta por cento) e o apelado com os outros 50% (cinquenta por cento) dos honorários advocatícios sucumbenciais, estes que são fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. (...)

Assim como¹⁶:

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDÊNCIA DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO. PEDIDO DE REDISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. POSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL.

(...)

3. No caso de formulação de pedidos subsidiários, a improcedência do pedido principal com o acolhimento do sucessivo não gera procedência integral da demanda, mas apenas parcial, razão pela qual há sucumbência recíproca. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

E, também¹⁷:

DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE

16 TJGO, 4ª Câmara Cível, AC/RN 5015438-77.2019.8.09.0134, Rel. Des. CARLOS HIPOLITO ESCHER, Dje de 28/03/2022, g.

17 TJGO, 3ª Câmara Cível, AC 5016844-91.2019.8.09.0051, Rel. Des. ANDERSON MÁXIMO DE HOLANDA, Dje de 25/03/2022, g.

TUTELA DE URGÊNCIA “INAUDITA ALTERA PARS” C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA SUBSTITUTO. PROVA DISCURSIVA. ANÁLISE DE RECURSOS COM MOTIVAÇÃO INSUBSISTENTE A JUSTIFICAR A NOTA PARCIAL. EXCEPCIONAL CONTROLE DE LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO. RECORREÇÃO DAS PROVAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO, DO PONTO DE CORTE ESTABELECIDO PARA HABILITAÇÃO NA 2ª FASE DO CERTAME. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO ACOLHIDO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS MAJORADOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

(...) O acolhimento do pedido exordial subsidiário gera sucumbência recíproca e não sucumbência em parte mínima do pedido, porquanto a pretensão do autor não foi satisfeita integralmente. 8. Com espeque nas balizas estabelecidas nos incisos I a IV do §2º e §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil e ante as peculiaridades da causa, observa-se mediante apreciação equitativa que a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada parte, se apresenta razoável e proporcional, porquanto atende ao estrito equilíbrio entre o tempo da demanda, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e o desempenho dos profissionais. (...)

Sendo o pedido principal julgado improcedente, porém um pedido em caráter subsidiário, devidamente acolhido, em casos tais, há sucumbência recíproca entre as partes, porquanto a pretensão autoral não é satisfeita integralmente. A propósito¹⁸:

18 TJGO, APELACAO 0473926-49.2007.8.09.0107, Rel. José Ricardo Marcos Machado, 1ª Câmara Cível, julgado em 10/06/2019, DJe de 10/06/2019

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL. NOTA PROMISSÓRIA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. VALIDADE DO ATO. PROTEÇÃO À MEAÇÃO DO CÔNJUGE QUE NÃO PRESTOU ANUÊNCIA. ACOLHIMENTO DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

(...)

II. O acolhimento de pedido sucessivo subsidiário importa em sucumbência recíproca e não em sucumbência em parte mínima do pedido. (...)

Assim, na hipótese de o magistrado não acolher o pedido principal, mas tão somente o pedido subsidiário, nesse contexto, há sucumbência recíproca e não sucumbência em parte mínima do pedido, porquanto a pretensão do autor não é satisfeita integralmente.

Portanto, nos casos que envolve pedidos subsidiários, não há como afastar o reconhecimento da sucumbência recíproca na hipótese de rejeição do principal e acolhimento do secundário, a não ser que o autor tenha sido sucumbente na parte mínima do pedido.

3. A CUMULAÇÃO SIMPLES. A POSSIBILIDADE DE REALIZAR PEDIDOS INDEPENDENTES ENTRE SI

Da leitura do artigo 325 e seguintes do Código de Processo Civil, e mais especificamente do artigo 327 do mesmo Diploma, verifica-se que, dentre as possíveis cumulações de pedidos, inclusive as acima discorridas, também existe a cumulação simples de pedidos.

E o que seria a cumulação simples de pedidos? Basicamente, é quando os pedidos são independentes entre si, ou seja, podem ser julgados separadamente.

Dois exemplos de cumulação simples de pedidos são: (i) cobrança de duas dívidas contra o mesmo devedor e em um único processo, sendo que apenas uma pode ser julgada procedente; e (ii) indenização

por danos morais e materiais, sendo que apenas um desses pedidos pode ser julgado procedente.

Para sua identificação é necessário analisar justamente a independência entre os pedidos. Poderiam, muito bem, ser realizados em processos distintos, inclusive.

Mas não pensem que pode, portanto, serem realizados pedidos aleatórios e independentes entre si; não. Até porque o artigo 327 do Código de Processo Civil cuidou de elencar os requisitos para a cumulação de pedidos. Vejam o que dispõe esse dispositivo legal:

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum. [...]

Da leitura do dispositivo acima transcrito, percebe-se que para que haja a cumulação simples de pedidos, o primeiro dos requisitos é que os pedidos sejam compatíveis entre si, ou seja, que não se excluam mutuamente.

O segundo dos requisitos é que seja o mesmo juízo competente para julgar todos os pedidos, sendo lícito ao Juízo julgar apenas aquele que é competente, rejeitando o prosseguimento quanto àquele em que

é incompetente, com fundamento na Súmula 170 do Superior Tribunal de Justiça:

“Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio.”

O terceiro dos requisitos é que todos os pedidos possuam o mesmo procedimento, mas, nos termos do §2º e dos ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁹:

(...) quando houver previsão de ritos diferentes para as ações que se pretende cumular, será admissível a cumulação desde que o autor opte por imprimir o rito comum a todos eles, renunciando à especialidade de um dos pedidos. Todavia, fica expressamente autorizado pelo CPC o uso de técnicas processuais diferenciadas que façam parte do próprio procedimento especial, desde que não sejam incompatíveis com o procedimento comum.

Pois bem. Cumpridos todos os requisitos acima, é possível ao Autor realizar a cumulação de pedidos simples, que, como dito, nada mais é do que realizar mais de um pedido em determinada ação, que sejam independentes entre si.

Mas, em casos tais, como fica a sucumbência, caso apenas um dos pedidos seja julgado procedente?

19 Código de Processo Civil Comentado - Ed. 2023; Autor: Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery; **Editor:** Revista dos Tribunais; LEI N. 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015; Parte Especial.; Livro I. DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA; TÍTULO I. DO PROCEDIMENTO COMUM; Capítulo II. DA PETIÇÃO INICIAL; Seção II. Do pedido; Art. 327.; Página RL-1.66; <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/113133203/v21/page/RL-1.66>

A resposta é simples: nesses casos, aplicar-se-á o artigo 86, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo que, se “cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”.

Ficará a critério do Juízo, portanto, distribuir proporcionalmente, como entender adequado, o ônus da sucumbência entre as partes, de acordo com o valor e relevância de cada pedido procedente e improcedente, lembrando que, como dispõe o parágrafo único do mesmo artigo acima mencionado, se “um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

4. A CUMULAÇÃO SUCESSIVA. A POSSIBILIDADE DE REALIZAR PEDIDOS DEPENDENTES ENTRE SI, COM VÍNCULO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE ELES

Outra possibilidade de cumulação de pedidos é a sucessiva, que, conforme se extrai de sua nomenclatura, os pedidos se sucedem, ou seja, são dependentes entre si; há vínculo de prejudicialidade entre eles.

E seus requisitos (para cumulação sucessiva de pedidos) são os mesmos da cumulação simples, elencados no artigo 327 do Código de Processo Civil, quais sejam: que os pedidos sejam compatíveis entre si, seja competente o mesmo juízo para julgar todos eles e que possuam o mesmo procedimento.

A propósito, é bom ter em mente que os requisitos elencados no artigo 327 do Código de Processo Civil são essenciais para qualquer das cumulações possíveis de pedidos, sendo que devem ser sempre observados, quando possível.

Retornando ao conceito de cumulação sucessiva de pedidos, é importante ressaltar que, como os pedidos são dependentes entre si e há prejudicialidade entre eles, o segundo pedido só será julgado se o

primeiro pedido for julgado procedente. Ou seja, a análise do pedido posterior depende da procedência daquele que lhe precede.

Um bom exemplo de cumulação sucessiva de pedidos é o pedido de rescisão contratual c/c restituição das quantias pagas. Nesse caso, o pedido de restituição das quantias pagas só será julgado se for julgado procedente o pedido de rescisão contratual. Isso porque, se julgado improcedente o pedido de rescisão contratual, obviamente não haverá falar em restituição das quantias pagas, razão pela qual sequer haverá a análise desse pedido.

Vejam outros exemplos de cumulação sucessiva de pedidos: pedido de reconhecimento de união estável c/c partilha de bens e pedido de reconhecimento de paternidade c/c condenação em pagamento de alimentos.

E ressalte-se que existe a possibilidade de que o primeiro pedido seja julgado procedente, enquanto o segundo seja julgado improcedente. A procedência do primeiro pedido não gera, automaticamente, a procedência do segundo pedido. São pedidos que, embora diretamente relacionados e dependentes entre si, são distintos e que devem ser comprovados separadamente.

Ou seja, o Juiz deve ser convencido de que ambos os pedidos devem ser julgados procedentes. Um bom exemplo disso é, retornando ao caso pedido de rescisão contratual c/c restituição das quantias pagas, comprovar ao Juiz que a rescisão é motivada por inadimplemento do réu, bem como comprovar todas as parcelas pagas, para que lhe sejam restituídas, com as devidas correções. Acaso não comprovada quais foram as parcelas pagas e quantas, o Juiz poderá julgar improcedente o segundo pedido.

Quando ambos ou todos os pedidos forem julgados procedentes, fica claro que a sucumbência é integral do réu. Mas e quando apenas o segundo pedido for julgado improcedente, como será distribuída a sucumbência?

A regra é a mesma da cumulação simples: analisar-se-á, caso a caso, em que parte cada uma das partes ficou vencida, aplicando

o supramencionado artigo 86 do Código de Processo Civil, sendo proporcionalmente distribuídas entre os litigantes as despesas, se cada um for, em parte, vencedor e vencido, bem como, conforme seu parágrafo único, uma parte responderá integralmente por despesas e honorários advocatícios, quando o outro sucumbir em parte mínima do pedido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AgInt no REsp n. 1.969.720/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022.

BRASIL. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed., vol. 1, pp. 591-592. Salvador: JusPodivm, 2016.

REsp n. 616.918/MG, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 2/8/2010, DJe de 23/8/2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pág. 867).

NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado** - Ed. 2023. Revista dos Tribunais. LEI N. 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015; Parte Especial.; Livro I. DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA; TÍTULO I. DO PROCEDIMENTO COMUM; Capítulo II. DA PETIÇÃO INICIAL; Seção II. Do pedido; Art. 327.; Página RL-1.66; <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/113133203/v21/page/RL-1.66>.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processo Civil**, 10. ed., p. 151. Salvador: JusPodivm, 2018).

REsp n. 616.918/MG, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/6/2006, DJ de 1/8/2006, p. 367.

TJGO, **3ª Câmara Cível**, AC 5016844-91.2019.8.09.0051, Rel. Des. ANDERSON MÁXIMO DE HOLANDA, DJe de 25/03/2022, g.

TJGO, **4ª Câmara Cível**, AC/RN 5015438-77.2019.8.09.0134, Rel. Des. CARLOS HIPOLITO ESCHER, DJe de 28/03/2022, g.

TJGO, **6ª Câmara Cível**, AC 0331501-60.2013.8.09.0051, Rel. Juiz José Proto de Oliveira, DJe de 29/11/2022, g.

TJGO, APELACAO 0473926-49.2007.8.09.0107, Rel. José Ricardo Marcos Machado, **1ª Câmara Cível**, julgado em 10/06/2019, DJe de 10/06/2019.

O USO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL E SUA PERMISSIBILIDADE SOB O CRIVO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THE USE OF UNLAWFUL EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE AND ITS PERMISSIBILITY UNDER THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Ana Paula Dias Ribeiro¹

RESUMO: Este trabalho foi produzido com o escopo de estudar, utilizando do método indutivo, por meio de pesquisas bibliográficas à doutrinas de autores como Cristiano Chaves, Fredie Didier Junior e Gilmar Ferreira Mendes, bem como à consulta na legislação vigente e na jurisprudência pátria, a possibilidade da admissão do uso da prova ilícita no processo, com base na ponderação de princípios. Concluiu-se que, atualmente, a corrente de pensamento predominante aceita, desde que em caráter excepcional, o uso da prova ilícita no processo, utilizando-se do postulado da proporcionalidade, e que, de preferência, o agente que dela se beneficia deva responder pelo ilícito praticado.

Palavras-chave: Colisão de normas. Prova Ilícita. Princípios. Proporcionalidade.

ABSTRACT: This work was produced with the aim of studying, using the inductive method, through bibliographical research into the doctrines of authors such as Cristiano Chaves, Fredie Didier Junior and Gilmar Ferreira Mendes, as well as consulting current legislation and national jurisprudence, the possibility the admission of the use of illicit evidence in the process, based on the consideration of

¹ Advogada regularmente inscrita na OAB/GO, associada ao GMPR Advogados. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2021), e pós-graduação em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade de Tecnologia Avançada (2022). Pós-graduanda em Advocacia na Fazenda Pública pela Faculdade Legale. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil. Atual Vice-coordenadora do Núcleo de Direito Processual Civil do Instituto de Estudos Avançados em Direito.

principles. It was concluded that, currently, the predominant current of thought accepts, as long as on an exceptional basis, the use of illicit evidence in the process, using the postulate of proportionality, and that, preferably, the agent who benefits from it should respond for the illegal act committed.

Keywords: Collision of norms. Illicit Evidence. Principles. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

É possível afirmar que a prova é a “alma do processo”, pois, somente por meio dela, poderá o julgador da causa conhecer a verossimilhança das alegações suscitadas pelas partes envolvidas e alcançar o resultado mais justo, dentro das possibilidades postas. O direito à prova, dada a sua tamanha importância, é considerada garantia fundamental prevista na norma emanada pelo texto do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que dita a asseguaração do contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Ainda, a prova pode ser, por si só, o único objeto de um processo autônomo, conforme previsto pelo artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil, onde é permitido o ajuizamento de ação para, unicamente, realizar a produção antecipada de prova, sem quaisquer discussões de mérito.

Contudo, como não há, no ordenamento jurídico, direitos fundamentais e princípios absolutos, em razão das colisões que podem ocorrer entre eles em casos concretos, também existirão, numa decorrência lógica, restrições no tocante ao direito à prova. A mais evidente destas encontram-se no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, onde consta a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, obtidas por meios inidôneos que violam normas constitucionais ou legais.

A referida proibição se mostra necessária, pois harmoniza direitos ao vedar a produção de provas “a todo o custo”, de modo a

evitar sacrifícios de bens jurídicos em detrimento da proteção de outros. Nesse contexto, surgem questionamentos, como: se inexistem direitos fundamentais absolutos, caberia a mitigação também à vedação do uso de provas no processo obtidas por meios ilícitos? Ou, então, como deveria o julgador da causa agir diante da situação hipotética em que só se comprova por meio de grampo telefônico ilegal os abusos cometidos por genitor contra seu filho?

A partir dessas indagações, o presente trabalho propõe, utilizando-se do método indutivo e a partir de pesquisas bibliográficas, estudar a possibilidade, ou não, do uso de provas obtidas no processo, com base na ponderação de princípios, quando somente elas são capazes de comprovar no processo determinada lesão de bens jurídicos.

2. DO DIREITO À PROVA E SUA CLASSIFICAÇÃO

Tanto nos processos administrativos como nos judiciais, o impulsionamento dos mencionados feitos para resolução de conflitos exige dos interessados não só a apresentação dos fatos àquele que julga, mas também comprovações do alegado. Necessário se faz, portanto, alcançar a melhor projeção possível da realidade, para que o julgador responsável possa tomar a decisão ideal para o problema que lhe é posto, pois “no processo, não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações”².

Nesse cenário, o contraditório e a ampla defesa possuem papel fundamental, pois permitem a adição de detalhes e recortes dos fatos póstumos, de modo a contribuir com a compreensão do julgador e evitar a violação sem causa de direitos e o cometimento de outras injustiças. Não à toa, esses preceitos são garantias constitucionais, previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

2 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 63.

Embora não previsto de forma expressa no texto constitucional, o direito à prova pode ser considerado um desmembramento da proteção à ampla defesa, de modo que as partes do processo, administrativo ou judicial, possam lastrear suas alegações pelos meios suficientes ao convencimento do julgador. A amplitude dos possíveis meios de prova é tamanha que a única restrição prevista na Constituição Federal está contida no inciso LVI do art. 5º, na seguinte reprodução textual: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “impõe-se lembrar que o conceito de prova não é, nem pode ser, encontrado exclusivamente no campo do direito”, pois, complementam que “trata-se de noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos”³. Contudo, a prova analisada sob o espectro do direito assume algumas particularidades.

Segundo o magistério de José Carlos Barbosa Moreira, citado na obra de Marcelo Novelino⁴, a função da prova no processo “consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio”. Lado outro, José Carlos Gobbis Pagliuca descreve que a finalidade da prova é “fomentar subsídios para a formação da convicção do julgador”⁵.

Já nas lições de Simone Diogo Carvalho Figueiredo, a prova no processo pode ser conceituada nos seus seguintes dizeres:

As provas são os meios utilizados que contribuem para a formação do convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo. Assim, se houver discordância entre as partes sobre os fatos trazidos ao

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. **Prova e convicção**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book, p. RB-4.1.

4 MOREIRA, José Carlos Barbosa NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 474.

5 PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 83.

processo, desde que relevantes, haverá necessidade de demonstrá-los em juízo, a fim de convencer o juiz acerca da veracidade de suas informações. [...] Em regra, a prova incide sobre a matéria fática, ou seja, só devem ser provados os fatos, posto que, se as questões discutidas forem exclusivamente jurídicas, caberá ao juiz dar solução adequada, tendo em vista o princípio da *iura novit curia* (o juiz conhece o direito).⁶

Além da restrição da incidência das provas unicamente às questões de fato do processo, em atenção ao princípio da *iura novit curia*, o Código de Processo Civil delimita ainda mais as hipóteses em que as provas devem ser produzidas, quando, nos termos do artigo 396 do referido diploma legal, se determina que caberá a produção de prova contra os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos.

Em síntese, no âmbito do processo civil, será admissível a produção das provas que efetivamente influirão no convencimento do juiz sobre os fatos que lhe são postos. Tanto é que diligências dispensáveis em sede de dilação probatória deverão ser indeferidas, conforme dispõe o artigo 370, do Código de Processo Civil:

Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (BRASIL, 2015, Art. 370)

Numa decorrência lógica, com o escopo de dispensar a produção desnecessária de provas, o artigo 374 do Código de Processo Civil determina não dependerão de prova os fatos: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte adversa; incontroversos; os quais possuem presunção legal de existência ou de veracidade.

⁶ FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 202.

Fredie Didier Jr. classifica as provas em quatro categorias, que dizem respeito ao objeto, à fonte, à forma, e à sua preparação. Segundo Didier, no que se refere ao objeto, as provas podem ser diretas, quando estão diretamente ligadas ao próprio fato em exame, ou indiretas, quando se tratam de fato diverso ao probando, mas que, por meio do trabalho do raciocínio, se chega a este. O predito autor cita, como exemplo à prova indireta, o perito que “descreve a posição em que encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido”⁷.

No tocante à fonte, Fredie Didier Jr. ainda explica que as provas podem pessoais, quando extraídas de uma afirmação pessoal (a exemplo, o testemunho), ou reais, quando deduzidas a partir da análise de coisas, como, por exemplo, um laudo médico. Já a classificação pela forma divide as provas em três categorias: 1) orais, que se tratam das afirmações orais; 2) documentais, que caracterizam as afirmações escritas (como cartas ou fotografias); 3) material, que consiste na atestação emanada da coisa, como, por exemplo, os exames de corpo de delito, os instrumentos do crime, entre outros⁸.

2.1 A PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA COMO EXCEÇÃO AO DIREITO À PROVA

Para além das exceções previstas no Código de Processo Civil no que se refere às provas inúteis cuja produção é dispensável ao convencimento do julgador, é vedado expressamente pela Constituição Federal a produção e o uso de provas que violem normas jurídicas vigentes. São elas denominadas de provas ilícitas.

O conceito de prova ilícita, para Fredie Didier Jr., “é amplo, alcançando aquela prova que contraria qualquer norma do

7 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pp. 59-60.

8 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 60.

ordenamento jurídico vigente”. Não podem elas, portanto, transgredir princípios e regras, de modo que sua inadmissibilidade, em regra, visa proteger valores como a honra, a dignidade, a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, entre outros.

Ainda, Ada Pellegrini, citada por Samuel Sales Fonteles⁹, distingue provas ilícitas de provas ilegítimas. Segundo a autora, enquanto as provas ilícitas são produzidas mediante violação de direito material, as provas ilegítimas são produzidas mediante violação a direito processual. No entanto, para Fredie Didier Jr., referida distinção é artificial, “porque não considera que a ilicitude é categoria geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral”¹⁰. Nesse sentido, segundo Samuel Sales Fonteles, em síntese, “prova ilícita é prova ilegal (legalidade em sentido amplo)”¹¹.

Há de se mencionar, ainda, a ilicitude por derivação, ocasião em que também não se admite o uso de provas derivadas das ilícitas, segundo a aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa (DIDIER JR., 2020, p. 121). Esta proibição, inclusive, fora positivada pelo Código de Processo Penal, no artigo 157, §1º, nos seguintes termos: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Para fins de ilustração e compreensão sobre a proibição da prova cuja ilicitude se dá por derivação, Samuel Sales Fonteles (2019, p. 254) cita como exemplo a apreensão de armas de fogo de posse ilegal e drogas ilícitas em determinada residência, mediante autorização judicial em mandado de busca e apreensão, expedida após o conhecimento da

9 FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 253.

10 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 120.

11 FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 253.

existência desses objetos por meio de interceptação telefônica ilegal. É possível visualizar no exemplo posto pelo autor que a prova derivada, qual seja, a apreensão das armas e drogas, está maculada pelo vício que a originou, no caso, a interceptação telefônica.

Ainda que seja regra a aplicação, de forma subsidiária, do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal, o enunciado nº 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que a exceção prevista no art. 157, §§1º e 2º do Código de Processo Penal são aplicáveis por analogia ao processo civil (DIDIER JR., 2020, p. 122).

A proibição do uso de prova ilícita ou de provas maculadas pela ilicitude das que lhe deram origem tem como escopo proteger, sobretudo, direitos e garantias fundamentais individuais, sobretudo à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à honra, entre outros. No entanto, diante da referida proibição, questiona-se como deverá julgador de determinada causa agir quando o direito fundamental de não ter contra si prova produzida ilicitamente se colide com a proteção de outros direitos fundamentais.

3. DA COLISÃO ENTRE NORMAS JURÍDICAS E O USO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE RESOLUÇÃO

Segundo Ana Flávia Messa (2010, p. 89), as norma jurídicas podem ser divididas entre regras e princípios, cujos critérios de distinção são os seguintes:

- a) Especificidade: os princípios regulam várias situações; as regras regulam situações determinadas;
- b) Determinação: os princípios não geram direitos subjetivos; as regras geram direitos subjetivos;
- c) Abstração: os princípios possuem conteúdo vago; as regras, conteúdo preciso;
- d) Normogenética: os princípios são a fonte da norma;
- e) Fundamentalidade: os princípios possuem hierarquia superior, pelo seu papel estruturalmente;
- f) Lógico: o conflito entre

regras é resolvido pelos critérios cronológico ou especialidade ou hierárquico; já o conflito entre princípios é resolvido pelo critério de ponderação de interesses, prevalecendo o que for mais relevante para a sociedade (mandados de otimização)¹².

Para Nelson Nery Junior (2010, p. 27), a distinção entre regras e princípios jurídicos é lógica, e justifica que, embora ambas categorias partam de um ponto comum para decisões particulares sobre determinada obrigação, a direção que cada um deles empreende é distinta. Para o referido autor, as regras são aplicáveis ou não pela ideia do tudo ou nada, e explica: “Dentro dos fatos que a regra estipula, ou essa regra é válida e deve ser aceita ou, ao revés, a regra não é válida e, portanto, em nada contribui para a decisão”¹³. Nesse sentido, a regra, se não aplicável, considera-se imprestável ao caso concreto, ao passo em que os princípios, dada sua amplitude e abstração, possuem maior maleabilidade para fins de auxílio e direcionamento do julgador.

Em complemento à ideia supramencionada, Fredie Didier Jr. leciona sobre a importância dos princípios, dada sua força normativa, e justifica:

[...] não se pode olvidar que os princípios são enunciados com força normativa e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade. [...] as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma textura fechada, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo. (2015, p. 113)

12 MESSA, Ana Flávia. **Direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 89.

13 NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 27.

Considerando que a Constituição Federal do Brasil se qualifica como democrática e contemporânea, ela consagra uma vasta gama de valores que, em razão do volume e diversidade entre si, se fazem comum que, em casos concretos, as regras e princípios vigentes no arcabouço jurídico brasileiro estabeleçam conflitos entre si. Referida afirmação se extrai dos ensinamentos de Marcelo Novelino (2020, p. 145), o qual discorre, em síntese, que:

As constituições democráticas contemporâneas se caracterizam por consagrar grande diversidade de valores plurais, não raro, conflitantes entre si, tornando frequente o surgimento de antinomias. *As antinomias jurídicas* consistem no conflito entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento e dotadas do mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material.

De modo a corroborar com o entendimento de que inexistem valores absolutos, Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 137) leciona que “nenhuma norma-regra pode impedir eventuais exceções, em casos concretos, justificados”¹⁴.

Ronald Dworkin (*apud* MENDES; BRANCO, 2015)¹⁵ explica que, diferentemente das regras, os princípios possuem a dimensão do peso. Isso, pois, segundo o autor, os princípios detém o poder de intervenção, uns nos outros, e nos casos em que haja colisão, a resolução do conflito deverá observar qual dos princípios possuem maior peso na situação sob análise.

Nesse sentido, os critérios de mensuração não podem ser exatos, porque o peso do princípio pode variar de caso a caso. Ao tratar da

14 FARIAS, Cristiano Chaves de. **Derrotabilidade das normas-regras** (legal defeseability) no direito das famílias: Alvitando soluções para os extreme cases (casos extremos). Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, 9.v., p. 111-141, 2015. Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf> >. Acesso em: 15 out. 2022.

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 73.

Corte Constitucional alemã e da solução dos conflitos, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 240) discorrem que “no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso”.

Em atenção ao conflito de normas, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 237), ao tratarem da colisão entre direitos, informam que a doutrina a dividem em sentido estrito e sentido amplo:

As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.

Nesta senda, tendo em vista que os direitos fundamentais não possuem hierarquia entre si, não se pode dar uma resolução exata e genérica, tais como as fórmulas matemáticas, para que conflito seja resolvido. Necessário se faz, portanto, a análise de caso a caso, até porque, conforme já mencionado outrora, o peso de cada princípio poderá variar em situações distintas. Sobre o tema, Samuel Sales Fonteles (2019, p. 31) tece as seguintes considerações:

[...] o magistrado deverá aquilatar cuidadosamente o direito que merece ser prestigiado no caso concreto. É possível que o direito fundamental, outrora afastado pelo magistrado, triunfe sobre o mesmo direito que o afastou, desde que o suporte fático não seja o mesmo. Em suma: tudo dependerá do caso concreto.

Inobstante não haver fórmula genérica ou lei universal para solução de conflitos entre normas, a doutrina sugere direcionamentos os quais poderá o julgador da causa tomar para alcançar o resultado

mais justo. Fredie Didier Jr. aponta que, para a resolução de conflitos entre normas, o instrumento que deve utilizar é a proporcionalidade:

Quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova *versus* vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto é, à luz da proporcionalidade. (DIDIER JR, 2020, p. 123)

Todavia, antes da adoção do critério de proporcionalidade, o juiz deverá observar duas etapas antecedentes em sua metodologia: a de adequação – ou seja, se a finalidade objetivada pelo Poder Público será alcançada - e a necessidade, por meio da qual a decisão formulada seja a menos onerosa possível ao titular do direito sacrificado (FONTELES, 2019, p. 31). Somente após essas duas etapas, o julgador deverá chegar a conclusão sobre qual direito deverá prevalecer, após a ponderação entre eles com base na proporcionalidade.

Direcionando a discussão sobre a resolução de conflito entre normas em sentido amplo para o enfoque do direito à prova, invocam-se os ensinamentos de Marcelo Novelino, o qual diz que “inexistindo, em regra, direitos e garantias absolutos, o direito à prova também encontra restrições legais e constitucionais por não ser ilimitado ou absoluto (NOVELINO, 2020, p. 474).

Considerando a afirmativa supramencionada e as considerações traçadas anteriormente, o direito fundamental à prova, assim como os demais, em regra, não é absoluto, e possui como restrição o direito fundamental a não ter contra si prova produzida de forma ilícita. Lado outro, seguindo a premissa de que inexistem direitos e garantias absolutos, questiona-se se caberia exceções à vedação ao uso da prova ilícita no processo.

4. DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

Nos casos em que a parte disponha de unicamente uma prova no processo, a qual foi obtida por meio ilícito, Fredie Jr (2020, p. 123) expõe que existem diversos posicionamentos na doutrina a respeito, que vão desde a inadmissão absoluta da prova ilícita ou admissão absoluta de qualquer prova, sem restrições, até as posições que defendem a utilização da prova ilícita unicamente no processo penal e em favor do réu.

Ainda, segundo o autor, existe a corrente doutrinária de que, para esses casos, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade para a solução do problema, e acrescenta que “Esta última é a posição que prevalece e parece, realmente, a mais correta” (DIDIER JR, 2020, p. 123). Em seguida, quanto aos demais posicionamentos, o indigitado autor os critica, no sentido de que, para quem defende a admissão absoluta de qualquer prova ou a inadmissão absoluta das provas ilícitas, há o erro de considerar, em decorrência lógica, que os direitos fundamentais em jogo são absolutos.

No que tange ao posicionamento de que a prova ilícita poderia ser utilizada, somente, no âmbito do processo penal e em favor do réu, encontra-se nas entrelinhas o equívoco de considerar que no processo penal, o único direito discutido é a liberdade e, ainda, que nenhum dos demais direitos fundamentais além deste pode ser considerado mais relevante que a vedação à prova ilícita (DIDIER JR, 2020, p. 123).

José Carlos Barbosa Moreira (apud SOUSA, 1999)¹⁶, assenta que os questionamentos sobre a possibilidade do uso da prova ilícita em detrimento à vedação constitucional para proteção de outros direitos fundamentais podem ser categorizados como um dos problemas mais árduos da ciência processual e a política legislativa. Ainda, segundo

16 SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. **As provas ilícitas e as questões de Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v.2, p.10, jul.-ago.-set.1999, p. 132.

ele, é “sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas”.

Ao discorrer sobre o entendimento pela possibilidade do uso da prova ilícita no processo por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade, Alexandre Freitas Câmara (apud FIGUEIREDO, 2009)¹⁷, aduz que:

[...] para os defensores da aplicação desse princípio, a parte que praticasse ato ilícito para obter determinada prova poderia utilizá-la no processo de forma válida, devendo por outro lado responder pelo ilícito cometido, desde que o bem sacrificado pelo ilícito fosse menos relevante que o interesse que se quer tutelar com a prova assim obtida.

Já nas lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2019, p. RB-16.11), os referidos autores ao tratar especificamente da eventual possibilidade do uso da prova ilícita, ressaltam a ideia de que, no caso de conflitos entre a vedação em comento e outros direitos, o julgador deve sempre considerar o valor do bem jurídico a ser protegido e se existe a possibilidade de relativização ao direito violado, nos seguintes dizeres:

Quando se pensa no postulado da proporcionalidade nesses casos, há sempre que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger através da prova ilícita. Após, verificar se havia outra prova, além da obtida de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. E, por último, analisar de que modo a prova ilícita determinou a violação do direito e, especialmente, se existe a possibilidade de limitação ao direito violado, quando observados determinados requisitos legais, uma vez que a violação de um direito

¹⁷ FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 210.

que não admite sequer restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição. Assim, há distinção entre a obtenção de um testemunho mediante tortura e a escuta ilícita de uma conversa telefônica – que pode ser lícitamente gravada com autorização judicial.

Ainda, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2019, p. RB-16.11) asseveram que os tribunais americanos e alemães tem admitido exceções à proibição do uso de provas ilícitas, utilizando-se da proporcionalidade como ferramenta essencial à justiça aplicada no caso concreto. Segundo os mencionados autores, o uso do postulado da proporcionalidade é pacificamente admitido no direito pátrio, contudo, em algumas ocasiões, sua aplicação é questionada, pois acredita-se que a Carta Magna de 1988, ao vedar o uso da prova ilícita no processo de forma expressa, também vedou o uso da ponderação de valores com o escopo de afastar a referida proibição, segundo entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (apud MARINONI; ARENHART, 2019, p. RB-16.11)

Ao tratar da corrente de pensamento que admite o uso da prova ilícita com base na ponderação de valores por meio da proporcionalidade, Alexandre Freitas Câmara (2004), destaca a necessidade de responsabilização pelo ilícito cometido pela parte que utilizou-a, nos seguintes dizeres:

“[...] para os defensores da aplicação desse princípio, a parte que praticasse ato ilícito para obter determinada prova poderia utilizá-la no processo de forma válida, devendo por outro lado responder pelo ilícito cometido, desde que o bem sacrificado pelo ilícito fosse menos relevante que o interesse que se quer tutelar com a prova assim obtida”¹⁸.

18 CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de direito processual civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 408.

Ainda sobre a corrente sobre a possibilidade do uso da prova ilícita, em caráter excepcional, Fredie Didier Jr. pormenoriza a forma como a admissão deve ser realizada, em quatro critérios:

(i) *imprescindibilidade*: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) *proporcionalidade*: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) *punibilidade*: se a conduta da parte que se vale da prova é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (iv) *utilização pro reo*: no processo pena, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudica-lo.

4.1. DA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Ao tratarem do uso da prova ilícita, de modo excepcional, à luz do postulado da proporcionalidade Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2019, p. RB-16.11) apresentar a ementa de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 5352/GO, sob os autos de número 1995/0003246-5¹⁹, por

19 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (6. Turma)**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 5352/GO. Recorrente: Mara Sueli Neves de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Impetrado: Juízo da 2ª Vara Criminal de Itumbiara. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Data de Julgamento: 27/05/1996; Data de Publicação: 25/11/1996. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, vol. 93, p. 314, RSTJ vol. 90 p. 359).

meio do qual determinou-se o desentranhamento de decodificação de fita magnética, proveniente de escuta telefônica dos autos de processo criminal em que a impetrante havia sido denunciada por tóxico. Segue abaixo a ementa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAI DO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO. I - A IMPETRANTE/RECORRENTE TINHA MARIDO, DUAS FILHAS MENORES E UM AMANTE MEDICO. QUANDO O ESPOSO VIAJAVA, PARA FACILITAR SEU RELACIONAMENTO ESPURIO, ELA MINISTRAVA “LEXOTAN” AS MENINAS. O MARIDO, JA SUSPEITOSO, GRAVOU A CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE SUA MULHER E O AMANTE. A ESPOSA FOI PENALMENTE DENUNCIADA (TOXICO). AJUIZOU, ENTÃO, AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, INSTANDO NO DESENTRANHAMENTO DA DECODIFICAÇÃO DA FITA MAGNETICA. II - EMBORA ESTA TURMA JA SE TENHA MANIFESTADO PELA RELATIVIDADE DO INCISO XII (ULTIMA PARTE) DO ART. 5. DA CF/1988 (HC 3.982/RJ, REL. MIN. ADHEMAR MACIEL, DJU DE 26/02/1996), NO CASO CONCRETO O MARIDO NÃO PODERIA TER GRAVADO A CONVERSA A ARREPIO DE SEU CONJUGE. AINDA QUE IMPULSIONADO POR MOTIVO RELEVANTE, ACABOU POR VIOLAR A INTIMIDADE INDIVIDUAL DE SUA ESPOSA, DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE (ART. 5., X). ADEMAIS, O STF TEM CONSIDERADO ILEGAL A GRAVAÇÃO TELEFÔNICA, MESMO COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (O QUE NÃO FOI O CASO), POR FALTA DE LEI ORDINARIA REGULAMENTADORA (RE 85.439/RJ, MIN. XAVIER DE ALBUQUERQUE E HC 69.912/RS, MIN. PERTENCE). III - RECURSO

ORDINARIO PROVIDO (STJ - RMS: 5352 GO 1995/0003246-5, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 27/05/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 25/11/1996 p. 46227 LEXSTJ vol. 93 p. 314 RSTJ vol. 90 p. 359)

A ementa supracitada evidencia a observação de Lourival de Jesus Serejo Sousa (1999), o qual informa ser costumeiro o uso de escutas telefônicas ilegais, gravações clandestinas e movimentação de detetives particulares nas demandas que envolvem divórcios ou custódia judicial de filhos menores. No julgado acima, datado de 1996, evidencia-se que o direito fundamental à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas não poderia sofrer relativização no caso posto, em que o cônjuge traído descobriu que o a esposa, para facilitar relacionamento extraconjugal, ministrava medicação às filhas, ainda que, havendo no caso concreto, o interesse de menores.

Todavia, em tempos atuais, é possível aferir, com base no magistério de Rolf Madaleno (2014) que na prática processual do direito de família, por exemplo, “o próprio julgador tem deferido a utilização desses que são considerados meios proibidos de prova” de modo a valer-se “da compreensível relativização da proibição constitucional de uso da prova dita ilícita, especialmente no juízo familiarista, sempre que se mostrarem relevantes para a justa solução da demanda”²⁰.

Em contraponto à ementa do acórdão apresentado acima, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento n° 70005183561²¹, de relatoria

20 MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>. Acesso em: 17 out. 2022.

21 RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível)**. Agravo de Instrumento 70005183561. Agravante: M.C. Agravado: A.L.C. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Data de Julgamento: 12/03/2003.

do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, considera que, no âmbito do direito de família, a produção de provas possui tamanha peculiaridade a ponto de que a preservação da garantia constitucional à privacidade e à intimidade não podem se sobrepor de maneira absoluta. Veja-se:

A preservação da garantia constitucional da privacidade, por não ser absoluta, não pode servir para cometimento de injustiça, nem obstáculo invencível que venha a favorecer quem violou o direito material que alicerça a pretensão contraposta, cabendo ao juiz dar valor ao conteúdo da prova, independente do meio com que foi obtida, ainda que com superação de certos direitos consignados na Lei Magna ou na legislação ordinária. No âmbito do Direito de Família a prova tem singularidades que impõem um tratamento específico diversamente dos outros campos jurídicos, e que decorrem da natureza da relação conjugal, onde as violações do dever são clandestinas, embaraçando a sua visibilidade e constatação. O direito à intimidade, como qualquer outro, não pode sobrepor-se de maneira absoluta a outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade. O direito à prova é o direito da parte em utilizar todas as provas de que dispõe para demonstrar a veracidade dos fatos em que se funda a pretensão e que seria inútil se não se vinculasse ao direito de aquisição da prova, desde que admissíveis e relevantes. Assim, o objeto do direito à prova é o direito da parte à prova relevante, que cede aos direitos fundamentais, desde que ela não detenha outra forma de comprovação. Desta forma, prevalecem os interesses da verdade e da segurança jurídica, restando à coletividade assegurar-se contra

a obtenção ilícita com o manejo da responsabilidade civil ou penal para o autor que malferiu a moral. É razoável a produção de prova oriunda de gravação de conversa entre marido e mulher, em que se utilizaram meios comuns, mesmo que um deles desconheça a existência da impressão sônica, uma vez que não há quebra da privacidade. Agravo provido, para autorizar a produção do clichê sônico” (Agravo de Instrumento nº 70005183561 da 7ª CC do TJRS, Rel. Desemb. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 12.03.2003).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à prova é considerado garantia fundamental prevista na norma emanada pelo texto do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que dita a asseguaração do contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Entretanto, tendo em vista que inexistem no sistema jurídico brasileiro direitos fundamentais e princípios absolutos, em razão das colisões que podem ocorrer entre eles em casos concretos, também existirão, numa decorrência lógica, restrições no tocante ao direito à prova.

Referida exceção encontra-se expressa no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, onde consta a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, obtidas por meios inidôneos que violam normas constitucionais ou legais. Todavia, se a prova pode ser considerada como o meio pelo qual se permite às partes levar ao conhecimento do juiz a reprodução da realidade a partir de suas alegações, o uso da prova ilícita, como o único instrumento de provar a realidade, também pode ser relativizado.

Isso porque, Inobstante a busca pela verdade no processo não pode ser irrestrita e deve sofrer limitações a fim de proteger direitos

materiais, o direito fundamental a não ter contra si prova produzida ilicitamente não é hierarquicamente superior a nenhum outro.

Nesse sentido, diante da possibilidade de colisão entre a vedação ao uso da prova ilícita contra demais normas jurídicas, como o melhor interesse da criança e adolescente, por exemplo, no âmbito do direito de família, alguns critérios devem ser adotados, a partir da análise dos pesos dos valores em conflito no caso concreto.

Para isso, dentre as correntes doutrinárias que versam a respeito do tema em análise, tem-se que a teoria predominante é a da permissibilidade do uso da prova ilícita no âmbito processual, desde que em caráter excepcional, sob o crivo do postulado da proporcionalidade (de modo que o bem tutelado pela prova ilícita deve se mostrar mais digno de proteção que o bem violado pela ilicitude da prova) e que a parte que a utilizou deva ser responsabilizada pelos ilícitos praticados.

OMISSÃO LEGISLATIVA E DIREITOS TRANSGÊNEROS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O BRASIL E OUTROS PAÍSES

LEGISLATIVE OMISSION AND TRANSGENDER RIGHTS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND OTHER COUNTRIES

Elissandro Alves lima de Sousa¹

RESUMO: O artigo faz uma comparação entre o Brasil e outros países em termos de atuação do legislador na formação de legislação para tutelar os direitos dos transgêneros, com foco na necessidade de proteger esses indivíduos no mercado de trabalho. Em primeiro lugar, é apresentado um breve histórico sobre a presença de pessoas trans em diferentes épocas e como elas foram tratadas pela sociedade. Em seguida, são esclarecidos termos apropriados para se referir a essa população, além de argumentar sobre a relação entre sexo e identidade de gênero. A discriminação é abordada, bem como a ação legislativa no Uruguai, Argentina e Brasil. É destacada a falta de dados oficiais a respeito da vulnerabilidade de indivíduos transexuais. A criação de normas para proteger os direitos dos transgêneros é justificada pela marginalização contra a comunidade LGBTQIA+, incompreensível e ilegal em uma sociedade que garante a igualdade e não discriminação. O estudo consiste na aplicação em caráter exploratório, utiliza fontes secundárias, como livros, artigos, legislações e produções acadêmicas. Verifica-se uma ação dos países Uruguai e Argentina, no entanto, a atuação do Congresso Nacional brasileiro é insuficiente. Embora existam projetos de leis destinados à comunidade LGBTQIA+, o cenário brasileiro ainda enfrenta morosidade e omissão injustificável do Legislativo nesse tema. Apesar disso, caminha em direção ao reconhecimento da identidade de gênero e à criação de leis que protejam a população trans, inclusive no setor de empregabilidade.

¹ Graduado em Direito no Centro Universitário Alfredo Nasser-UNIFAN.

PALAVRAS-CHAVES: Inclusão; Transgêneros; Legislativo; Discriminação; Mercado de trabalho.

ABSTRACT: The study makes a comparison between Brazil and other countries in terms of the actions of legislators in the formation of legislation to protect the rights of transgenders, focusing on the need to protect these individuals in the labor market. First, a brief history of the presence of transgender people in different eras and how they have been treated by society is presented. Next, appropriate terms to refer to this population are clarified, and the relationship between sex and gender identity is argued. Discrimination is addressed, as well as legislative action in Uruguay, Argentina, and Brazil. The lack of official data regarding the vulnerability of transgender individuals is highlighted. The creation of norms to protect transgender rights is justified by the marginalization against the LGBTQIA+ community, which is incomprehensible and illegal in a society that guarantees equality and non-discrimination. The study consists of an exploratory application, using secondary sources such as books, articles, legislation, and academic productions. It is verified an action of the countries Uruguay and Argentina, however, the action of the Brazilian National Congress is insufficient. Although there are bills aimed at the LGBTQIA+ community, the Brazilian scenario still faces sluggishness and unjustifiable omission from the Legislature on this issue. Despite this, it is moving towards the recognition of gender identity and the creation of laws that protect the trans population, including in the area of employment.

KEYWORDS: Inclusion; Transgender; Legislative; Discrimination; Labor Market.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco principal desenvolver uma análise comparativa entre o Brasil e outros países referentes a atuação

do legislativo sobre a criação de leis para transgêneros. Em particular, será abordada a necessidade de proteção dos direitos dessa população no mercado de trabalho sendo assim, o tema aparece na realidade como uma necessidade urgente de proteção dos direitos dessa população, especialmente no mercado de trabalho, onde tem seu acesso negado em razão da sua identidade de gênero.

A exclusão de determinados grupos em detrimento de outros sempre esteve presente na sociedade, que se baseia em normas morais e padrões de gênero para justificar a discriminação e estigmatização de minorias. Nesse contexto, ao não se identificar com o gênero imposto no momento do seu nascimento, transgêneros destoam da norma perpetuada ao longo de gerações. Esse fator acaba colocando travestis e trans à margem da sociedade, inseridas em contextos de violações de seus corpos e sujeitadas a se inserir na prostituição como única alternativa.

Assim, observa-se que a ausência de leis específicas que buscam resguardar os direitos de pessoas trans faz com que elas permaneçam nessa realidade, enfrentando um preconceito institucionalizado, em que corpos trans têm seu acesso restrito ao trabalho, apesar de ser um direito fundamental garantido pela Constituição.

Discutir a atuação legislativa na criação de leis para a proteção dos direitos de pessoas transgêneros em um contexto comparativo internacional é essencial. Isso se justifica diante do fato de que as discriminações voltadas para a comunidade LGBTQIA+ são incompreensíveis e ilegais em uma sociedade construída com base em valores constitucionais que garantem a igualdade e a não discriminação. No entanto, essa realidade não é vivenciada por pessoas transgêneros no Brasil. A falta de leis específicas para a proteção desses direitos faz com que elas continuem enfrentando preconceito institucionalizado e limitações no acesso ao trabalho.

Sendo assim, limitando-se à análise legislativa e comparando-a com a atuação do Legislativo na Argentina, Uruguai e Brasil, este artigo procura responder à seguinte problemática: o Legislador é omissivo em

alguns países na criação de leis específicas, como leis de acesso de transgêneros ao mercado de trabalho.

O objetivo geral deste trabalho é analisar as leis existentes que garantem os direitos de pessoas trans em países como Argentina e Uruguai, que são referências internacionais, e verificar a atuação do legislativo brasileiro na criação de leis para a proteção de transgêneros. Os objetivos específicos incluem um breve histórico sobre transgêneros, gênero, sexo e identidade de gênero, a discriminação no ambiente de trabalho, a atuação do legislativo em países como Uruguai, Argentina e Brasil, além da falta de dados sobre o desemprego desse grupo.

A pesquisa aplicada em caráter exploratório visa identificar a atuação do Legislativo na criação de leis para a proteção dos direitos de pessoas transgêneros no Uruguai, Argentina e Brasil utilizando fontes secundárias como livros, artigos, legislações e outras produções acadêmicas.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE TRANSGÊNEROS

Ao longo da história, antes mesmo do surgimento do termo transexualidade, podemos observar indícios de grupos que não se encaixavam nos padrões dominantes da sociedade patriarcal em que os homens ocupavam posições de poder e influência sobre as mulheres. Uma figura bastante conhecida é a da Faraó Hatshepsut, que utilizava vestimentas masculinas e adereços para se expressar na sociedade como uma figura do sexo oposto. Percebe-se nessa estrutura social a desigualdade de gênero entre homens e mulheres que resulta na exclusão e inferiorização das mulheres, sendo o poder exercido pelos homens.²

Apesar da existência de padrões de gênero definidos na sociedade, é possível observar indivíduos que não se mantêm fixos em um determinado gênero. Desde o século XV, na França, durante

² LIMA, Lorraine. **A Transexualidade e o Direito: História, saúde pública, mercado de trabalho e decisões do Supremo Tribunal Federal**. Lorraine Lima, 2021.

o reinado do Rei Luís XV, Charles de Belmont, espião(a) da corte, despertava curiosidade na sociedade francesa, em relação ao seu sexo. Acreditava-se que se tratava de uma mulher que, em determinados momentos, se apresentava com vestes masculinas e, em outros, com vestes femininas, gerando rumores sobre seu verdadeiro sexo. No entanto, esse caso era tratado com naturalidade pela sociedade francesa. Assim, é possível que durante essa época, o gênero não era determinado apenas com base na genitália, mas também em outras características comportamentais que foram usadas para determinar a identidade de gênero.³

Em um olhar mais recente, as pessoas que não se identificavam com o gênero atribuído no seu nascimento passaram a ser objeto de estudo no campo da medicina. Por volta de 1953, a transexualidade começou a ser conceituada pelo psiquiatra Harry Benjamim, que criou o termo transexualismo para categorizar as pessoas que não se identificavam com seu gênero, remetendo esses indivíduos a transtornos mentais. Dessa maneira, esses indivíduos passaram a ser categorizados pela medicina como pessoas doentes que possuem uma condição que afeta sua saúde mental, podendo ser revertida com intervenções médicas.⁴

Assim, na década de 1980, a transexualidade foi incluída no Código Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID, integrando o rol de transtornos mentais essa inclusão na CID contribuiu para a rotulação e estereotipação de indivíduos trans, levando à discriminação dessas pessoas e à perpetuação de estigmas e violações dos direitos humanos.⁵

3 BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Editora e Livraria Brasileira, 2008. (2). Disponível em: <https://democraciadireitoegenero.files.wordpress.com/2016/07/bento-berenice-o-que-c3a9-transexualidade2008.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

4 MARCOS, Cristina Moreira; DA SILVA MOREIRA, Euza Aparecida. Breve percurso histórico acerca da transexualidade. **Psicologia em revista**, v. 25, n. 2, p. 593-609, 2019.

5 MENDES, Júlia. **A discriminação dos transexuais e transgêneros: impasses e desafios no mercado de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022. 198 p.

Nesse contexto, ao categorizar as pessoas que não se identificavam com seu gênero como portadoras de um transtorno mental, gerou-se um processo de estigmatização desses indivíduos em várias esferas, como na saúde, educação e trabalho, resultando em sua exclusão da sociedade, inclusive do núcleo familiar. Essas pessoas eram submetidas a tratamentos psicológicos e internações contra sua vontade a pedido de seus familiares, apesar da internação involuntária/compulsória está prevista em lei para alguns defensores dos direitos humanos representa uma violação aos direitos de indivíduos transgêneros.⁶

Diante desse processo de segregação da transexualidade no ambiente familiar, escolar e laboral, muito em razão do sistema de classificação de doenças conhecido como CID, que acarretava restrições e violações de direitos e garantias inerentes à pessoa, diversos grupos da comunidade LGBTQIA+ e organizações que defendem os direitos humanos se mobilizaram para a retirada da transexualidade da categoria de doenças mentais.⁷

Percebe-se que a mobilização internacional desses grupos se fez necessária devido às violências físicas e morais sofridas pela população transexual. Em determinados períodos, essa população foi categorizada como esquizofrênica, travestismo ou portadora de doença mental. Somente com a publicação da CID-11 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a transexualidade foi retirada da lista de transtornos mentais, sendo reconhecida como uma incongruência de gênero, ou seja, uma condição natural em que a pessoa não se identifica com o gênero atribuído ao nascer.⁸

Dessa maneira, desde 2018, a transexualidade não é considerada uma doença, apesar de ainda permanecer na lista de problemas relacionados à saúde. Essa mudança foi um marco importante na luta pela dignidade das pessoas transexuais em todo o mundo, pois

6 CANNONE, Lara Araújo Roseira. Historicizando a transexualidade em direção a uma psicologia comprometida. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 39, 2020.

7 LIMA, Lorraine. **A Transexualidade e o Direito: História, saúde pública, mercado de trabalho e decisões do Supremo Tribunal Federal**. Lorraine Lima, 2021.

8 *Ibid.*, 2021, p.33.

a patologização da transexualidade tem sido uma prática que reforça discursos de ódio e comportamentos discriminatórios em razão da identidade de gênero, além de reforçar padrões cisgêneros.⁹

1.1 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

Ao discutir a comunidade LGBTQIAP+, formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Queers, Intersexuais, Assexuais, Pansexuais e outras identidades de gênero, pode-se observar que ao longo da história foram utilizadas denominações ofensivas para se referir a esses indivíduos. Esses termos eram usados com o intuito de atribuir um caráter negativo àqueles que não se identificavam com o gênero atribuído no nascimento, como “traveco” e “transexualismo”, que até recentemente eram muito utilizados no campo da medicina.

No entanto, essa denominação já foi superada no campo da psicologia, onde antes esses termos caracterizavam esses indivíduos como patológicos, e que deveriam passar por uma redesignação sexual para que sua identidade psicológica estivesse em conformidade com o corpo. Apesar dos avanços na sociedade, ainda é comum o uso de termos como “traveco” e “transexualismo” com o objetivo de depreciar aqueles que destoam das normas propagadas como um modelo considerado certo.

Cabe salientar que, além de termos ofensivos, o desrespeito à identidade de gênero de pessoas transgêneros ocorre também na utilização dos pronomes incorretos para se referir às pessoas que se enquadram como transgêneros, como, por exemplo, o uso do pronome “ele” para se dirigir a uma mulher trans. Além disso, a utilização do nome de registro em vez do que a pessoa se reconhece é uma prática de transfobia que tem como objetivo invalidar a identidade de gênero.

9 PEREIRA, Matheus Espíndola; De Farias, Rayanne Soares Teles; Magalhães, Wilhiane Mendanha. **Análise Do Reconhecimento De Identidade De Gênero Em Crianças E Adolescentes Sob A Ótica Do Direito Da Personalidade. Novos Direitos**, V. 7, N. 1, P. 48-66, 2020.

Apesar de haver divergências em relação às distinções entre travestis e transexuais, muitos colocam os travestis em um lugar de apenas indivíduos que usam trajes femininos, não passando pela operação do órgão genital, diferente das trans que realizam a redesignação sexual. No entanto, muitas pessoas trans também optam por não realizar o procedimento, assim nota-se que a identidade é algo complexo e individual.¹⁰

Diante disso, seria imprudente no presente trabalho realizar qualquer distinção entre os integrantes da Sigla “T”, pois se trata de identidade pertencente a cada indivíduo e algo pessoal. Assim, objetivando o estudo do presente trabalho, serão utilizados os termos atuais “travestis” e “transexuais” para se referir às pessoas que não se reconhecem com o gênero concebido ao nascer, sem realizar nenhuma distinção por ser algo complexo.

1.2 SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE DE GÊNERO

A sociedade, ao longo da história baseada em influências culturais e religiosas, criou um sistema de gênero denominado binarismo, no qual o sexo é colocado em duas conjunturas: masculino e feminino. Esse modelo binário está associado à ideia da existência de uma relação direta entre as categorias biológicas de sexo e psicossociais de gênero. Essa ideia pressupõe que todas as pessoas se identificam com o gênero correspondente ao que possuem biologicamente.¹¹

Nesse modelo Binário o indivíduo é limitado biologicamente conforme o órgão genital em que ao nascer é designado o sexo do indivíduo, essa designação influencia para a padronização do gênero masculino e feminino deste modo, essas normas de gênero binárias definidas na sociedade contribuem para a estigmatização de pessoas trans por serem a ruptura desse modelo em que a identidade de gênero

10 LIMA, Lorraine. **A Transexualidade e o Direito: História, saúde pública, mercado de trabalho e decisões do Supremo Tribunal Federal**. Lorraine Lima, 2021.

11 ESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos [Internet]. 2012.

é determinada pelo órgão genital dessa maneira possuindo relação direta com o sexo biológico.¹²

Dessa forma, o sexo seria uma categoria natural que se refere às diferenças anatômicas e fisiológicas entre os corpos, enquanto o gênero seria uma identidade determinada pelo sexo biológico atribuído no nascimento. No entanto, essa dicotomia nem sempre existiu. Houve um período em que existia apenas um sexo, e a categoria masculino e feminino, como conhecemos, foi inventada pela sociedade. Desse modo, o gênero não é um produto direto do sexo biológico, pois a compreensão social sobre o sexo tem sido influenciada ao longo da história.¹³

Nessa vertente, o gênero é considerado uma categoria socialmente construída e performada pela sociedade. O sexo atribuído no momento do nascimento do indivíduo não necessariamente irá resultar nas características de gênero dessa pessoa não se baseando nos parâmetros em que a aparência anatômica dos corpos é considerada a origem do gênero apesar de coincidirem em determinado momento de acordo com a construção social.¹⁴

Nesse contexto, o gênero pode ser entendido como uma estrutura social na qual estímulos externos influenciam a construção dessa categoria, constituindo a ideia de gênero. Pode ser interpretado como um conjunto de características da pessoa, sobre si e como se enxerga, enquadrando-se nos padrões construídos pela sociedade ou

12 COMÉRIO, Murilo Siqueira. **Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans**: a efetivação do direito à indetentidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

13 FOLLE, Eloisa Cunha. Precariedade e informalidade: uma perspectiva sobre a empregabilidade trans no Brasil. 2021.

14 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 288 p. Tradução de: Renato Aguiar. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07DTJDDSG&ref_=kwl_kr_iv_rec_5. Acesso em: 27 abr. 2023.

transgredindo essas normas de gênero binárias, reconhecendo-se como transsexuais, travestis, não-binárias e outras identidades.¹⁵

As pessoas que se enquadram nas normas da sociedade em que a aparência física determina seu gênero são conhecidas como cisgêneros ou cis. Esses indivíduos apresentam conformidade entre seus órgãos genitais e sua identidade de gênero. Por ser uma identidade propagada como correta pela sociedade, essas pessoas tendem a não sofrer discriminação em razão de seu gênero.

No entanto, a transexualidade vai de encontro à ideia de conformidade de gênero e apresenta desafios para aqueles que buscam viver de acordo com sua identidade de gênero. Infelizmente, essas pessoas ainda enfrentam oposição a um conjunto de valores, crenças e normas culturais transmitidos através da religião e outros meios de expressão cultural, nos quais certas identidades não são consideradas aceitáveis. Isso significa que indivíduos pertencentes à comunidade LGBTQ+ ainda sofrem com discriminação e preconceito, uma vez que sua identidade de gênero e orientação sexual não são consideradas “normais” pela sociedade.¹⁶

Nesse contexto, apesar de a sociedade impor parâmetros em relação à identidade de gênero nos quais são inteligíveis pessoas cisgêneros, não significa que todas as pessoas tenham obrigação de se identificar com o gênero atribuído ao nascer. Além disso, a sexualidade não está necessariamente ligada à identidade de gênero, ou seja, a atração afetiva e/ou sexual por determinados gêneros não estabelece ligação com a identidade de gênero. Por exemplo, uma pessoa cis pode se sentir atraída por alguém do mesmo gênero, sendo classificada como homossexual, ou se relacionar com pessoas do

15 COMÉRIO, Murilo Siqueira. **Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans:** a efetivação do direito à identidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

16 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade.** 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 288 p. Tradução de: Renato Aguiar. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07DTJDDSG&ref_=kwl_kr_iv_rec_5. Acesso em: 27 abr. 2023.

sexo oposto, enquadrando-se na heteronormatividade, ou ainda na bissexualidade, em que se sente atraída por ambos os sexos. Isso vale para travestis e transexuais.¹⁷

Ressalta-se que as questões de sexo, gênero e identidade de gênero apresentadas, assim como as normas binárias existentes na sociedade, contribuem para a exclusão de pessoas transgênero por fugirem desse padrão em que o sexo define sua identidade e sua orientação sexual. Dessa maneira, o presente estudo traz a discussão sobre a discriminação em razão da identidade de gênero.

2. DISCRIMINAÇÃO

Discriminar é uma forma de distinguir ou separar pessoas com base em suas características, mas essa prática torna-se problemática quando utilizada para distinções indevidas, seja por preconceito, injustiça ou privilégio. A discriminação é considerada negativa e depreciativa, pois fere a dignidade e os direitos humanos das pessoas afetadas. Mesmo quando a discriminação é justificada por razões legítimas, como proteger o princípio da igualdade, é preciso aplicá-la de forma adequada, sem exclusão ou marginalização.¹⁸

Embora as definições em relação à discriminação no âmbito trabalhista esteja presente na Organização Internacional do Trabalho (OIT) e em outros instrumentos internacionais, a legislação trabalhista brasileira não traz uma definição clara de discriminação na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.¹⁹

A ausência de uma definição clara de discriminação na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) precariza a situação de grupos vulneráveis no local de trabalho, como os transexuais. Sem

17 JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos [Internet]. 2012.

18 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 68, n. 2, p. 97-102, 2002Tradução. . Acesso em: 20 abr. 2023.

19 MENDES, Júlia. **A discriminação dos transexuais e transgêneros: impasses e desafios no mercado de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022. 198 p.

uma legislação específica, essas pessoas ficam expostas a violações de seus direitos e à discriminação por parte dos empregadores e colegas. A questão do uso do nome adotado pelos transgêneros é um exemplo de como a falta de proteção pode afetar negativamente a vida de indivíduos trans no ambiente laboral. Muitas vezes, as pessoas trans são impedidas de usar o nome social no ambiente de trabalho, o que pode causar constrangimento e violações de sua dignidade.²⁰

A dignidade da pessoa humana consiste na identidade de cada indivíduo, buscando proteger contra atos discriminatórios, bem como assegurar condições mínimas para sua sobrevivência, independentemente de orientação sexual, identidade de gênero e outras distinções excludentes. Apesar desse princípio estar inserido na Constituição, tem se mostrado insuficiente na proteção de pessoas transexuais.²¹

Nesse contexto, o trabalho se torna um instrumento essencial para garantir o acesso a condições básicas de vida, sendo reconhecido como um direito social na Constituição Federal brasileira. Apesar da existência de normas que visam garantir os direitos fundamentais da população trans, a segregação baseada na identidade de gênero ainda é uma realidade. Podemos observar diversas violações que criam barreiras e dificultam o efetivo acesso de pessoas trans ao trabalho, saúde, educação, justiça e outras garantias fundamentais.²²

Dessa maneira, podemos observar que as violências não se resumem a um único setor. Essas pessoas continuam sendo rejeitadas desde o ciclo familiar, sofrendo violências físicas e mentais. De acordo com dados fornecidos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, estima-se que 13 anos seja a idade média em que pessoas transgêneros são expulsas do convívio familiar. Esse fator influencia no desenvolvimento desses indivíduos na sociedade, possuindo uma

20 VIEIRA, Carolina Neves. O Direito do Trabalho e a necessidade de criação de normas jurídicas para a inserção de pessoas transgêneras no mercado formal de trabalho brasileiro. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 24, n. 2, p. 2-26, 2019.

21 MENDES, 2022, p. 62.

22 *Ibid.*, 2022, p. 7.

ligação direta com os altos índices de evasão escolar de indivíduos trans.²³

Além disso, a evasão escolar também pode ser atribuída à falta de acolhimento por parte das instituições escolares, onde a identidade de gênero desses adolescentes não é respeitada. Muitas vezes, é negado o uso do nome social, bem como o uso do banheiro correspondente à identidade de gênero desses alunos. Além disso, os gestores muitas vezes não estão preparados para lidar com episódios de discriminação voltados a corpos trans.²⁴

Atualmente, o termo transfobia é amplamente usado para se referir a atos de ódio que se manifestam pela violência física ou verbal direcionada a transgêneros. Nesse contexto de discriminação no âmbito familiar e acadêmico a evasão escolar se torna a única alternativa para transgêneros, mas posteriormente dificulta o acesso ao mercado de trabalho.

Dessa maneira conforme exposto a exclusão familiar seria um aspecto que influencia no aumento dos índices de evasão escolar, depressão, suicídios e demais problemas enfrentados, deste modo essas pessoas vulneráveis, marginalizadas pela sociedade encontra-se ainda mais dificuldade de se inserir no mercado de trabalho formal, a maioria das pessoas transgêneros encontra-se no cenário de desemprego.²⁵

Com aumento de pessoas em situação de vulnerabilidade social e de miseráveis, a crise

23 BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. Publicado em 2021. Expressão Popular, ANTRA, IBTE.. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

24 PEREIRA, Ronneli Pietro. Evasão escolar por adolescentes transgêneros: a ausência de qualificação dos profissionais da educação e a omissão quanto às diretrizes institucionais. In: iv congresso de diversidade sexual e de gênero, 4., 2022, **Resumos expandidos**. Belo Horizonte: Diverso Ufmg, 2022. p. 327-331. Disponível em: <https://diversoufmg.com/wp-content/uploads/2022/06/CADERNO-DE-RESUMOS-IV-CDSG-VERSAO-RETIFICADA.pdf>

25 BENEVIDES, 2021, p. 37.

econômica, a política e aumento do desemprego, acreditamos que se mantém atual a estimativa de que apenas 4% da população trans feminina se encontra em empregos formais, com possibilidade de promoção e progressão de carreira. Da mesma forma, vemos que apenas 6% estão em atividades informais e subempregos, mantendo-se aquele que é o dado mais preocupante: 90% da população de travestis e mulheres transexuais utilizam a prostituição como fonte primária de renda.²⁶

Ao se observar os dados divulgados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o cenário que a população trans se encontra é preocupante, na qual apenas 4% estão empregadas em regime da Consolidação de Leis Trabalhistas e 90% se encontram em estado de vulnerabilidade, excluídos do ambiente laboral dispendo como única alternativa à prostituição para prover o mínimo para sua subsistência. A exclusão é que as coloca em estado de vulnerabilidade ao terem seus direitos violados, e seu acesso ao mercado de trabalho formal dificultado, faz com que busquem alternativas.²⁷

Diante desse contexto que transexuais e travestis se encontram e da necessidade de serem reconhecidas como cidadãs, o Estado exerce um papel fundamental, em que o Legislativo cumprindo sua função, criando leis de acordo com as demandas da sociedade, no entanto a maioria dos parlamentares conservadores da bancada evangélica demonstram inércia para discutir medidas de proteção para comunidade LGBTQIA+.²⁸

26 BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. Publicado em 2021. Expressão Popular, ANTRA, IBTE.. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

27 *Ibid.*, 2021, p. 44.

28 VIEIRA, Carolina Neves. O Direito do Trabalho e a necessidade de criação de normas jurídicas para a inserção de pessoas transgêneras no mercado formal de trabalho brasileiro. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 24, n. 2, p. 2-26, 2019.

Apesar do Brasil possuir leis e decretos que dão respaldo jurídico a comunidade LGBTQIAP+, carece de Leis específicas para transgêneros no ordenamento jurídico inclusive na esfera trabalhista. Desse modo é imprescindível uma ação do Poder Legislativo que desempenha um papel central na criação de leis específicas que visem resguardar direitos dessa população que concedam a inclusão na sociedade, como observado a discriminação dessas pessoas ocorre em vários âmbitos e de diferentes formas desde comportamentos ofensivos ou omissões por parte do poder legislativo que impede a efetiva garantia de direitos.

2.1 DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO

A discriminação está enraizada culturalmente na sociedade, em que determinados grupos de pessoas, baseados em pensamentos preconceituosos, manifestam comportamentos com o intuito de segregar aqueles que não se encaixam nos padrões impostos. Essa discriminação afeta diversos segmentos da população, impedindo que esses indivíduos tenham acesso pleno aos seus direitos e a determinados ambientes em condições de igualdade.

O acesso igualitário a oportunidade e recursos pode não ser oferecido na mesma condição para todos. No mercado de trabalho, raça, gênero, orientação sexual e classe social são muitas vezes determinantes para a contratação e permanência no ambiente laboral. Nesse sentido, as pessoas transgêneros não conseguem trabalho em razão da identidade ser um fator decisivo para a contratação. Essa discriminação, advinda de gerações passadas que estabeleceram padrões de identidade de gênero e orientação sexual aceitável, acaba privilegiando determinados grupos, como hetero-cisgêneros.²⁹

Todavia, ainda que consigam se inserir no mercado de trabalho, os indivíduos transgêneros encontram dificuldades para permanecer

²⁹ MENDES, Júlia. **A discriminação dos transexuais e transgêneros: impasses e desafios no mercado de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022. 198 p.

devido a atos transfóbicos. Apesar de existir legislação e princípios que vedam atos discriminatórios, esses grupos estão mais suscetíveis a sofrer diversas discriminações na relação empregatícia. Muitas vezes, não se reconhece o nome adotado pelo indivíduo, o que pode prejudicar sua identificação e seu desenvolvimento profissional.³⁰

2.2 NOME SOCIAL

O nome é uma das primeiras coisas que recebemos ao nascer e que carregamos conosco por toda a vida. Ele nos define perante a sociedade e permite que sejamos identificados e reconhecidos em diversas situações. Para que isso seja garantido, é obrigatório o registro civil do nome, que é realizado logo após o nascimento. Esse registro é uma obrigação em muitos países e serve como um meio de garantir a segurança jurídica e a proteção dos direitos das pessoas. Além disso, permite que o indivíduo tenha acesso a serviços básicos, como saúde e educação, e possa exercer plenamente sua cidadania.³¹

Embora seja um direito fundamental, a legislação é construída de maneiras diferentes em cada país, baseando-se nas demandas da sociedade. A visão do legislador sobre alguns grupos é determinante para a criação de leis. Observa-se, no entanto, que a concepção que o Legislativo tem a respeito do modelo binário influencia na elaboração efetiva de leis que protegem e atendem às necessidades de transgêneros. Muitas vezes, o legislador tem uma visão limitada sobre gênero, relacionando-o estritamente ao sexo biológico. Nessa perspectiva, a pessoa deve se identificar com o sexo atribuído e nada pode alterar essa questão, essa abordagem cria barreiras adicionais para transgêneros, como a alteração do nome de registro civil que exigia requisitos, como a redesignação sexual, assim a decisão de alterar o prenome de registro ficava atrelada à obrigatoriedade da pessoa realizar a cirurgia, apesar de alguns países não requerer cirurgia

30 MENDES, 2022, p. 127.

31 CAMPOS, Vítor Hugo. Direito ao nome: nome social enquanto direito de personalidade. 2022.

para o efetivo reconhecimento da identidade de gênero e mudança de nome, mas no Brasil essa questão ainda era uma problemática.³²

Apesar da garantia ao nome estar amparada no direito da personalidade, não há leis que permitam a alteração imediata do registro civil antes ou depois da redesignação sexual. A ausência de legislação adequada torna o processo de mudança de prenome e gênero demorado e burocrático, gerando muitos transtornos e constrangimentos para a população trans. Essa situação dificulta o exercício pleno da cidadania e o reconhecimento da identidade de gênero dos indivíduos trans no Brasil.³³

No ambiente de trabalho, é comum que os colegas não reconheçam a identidade de gênero de pessoas transgêneros e o nome pelo qual preferem ser chamadas, desrespeitando sua identidade e submetendo-as a tratamentos desiguais e outras formas de discriminação. Contudo, em 2016, o Decreto 8.727 foi elaborado visando regulamentar o uso do nome social de travestis e transexuais e reconhecer o gênero dessas pessoas no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.³⁴

Nesse contexto, é notório o avanço na concretização do direito da personalidade ao se reconhecer o nome social no âmbito da administração pública. No entanto, essa medida é insuficiente e provisória, já que busca apenas amenizar os efeitos negativos sofridos pelo não reconhecimento da alteração do prenome no registro civil. Dessa forma, tal medida não resolveria o problema, uma vez que o reconhecimento do nome social em apenas algumas

32 BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar**, v. 4, n. 1, p. 165-165, 2014.

33 MENDES, Júlia. **A discriminação dos transexuais e transgêneros: impasses e desafios no mercado de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022. 198 p.

34 COMÉRIO, Murilo Siqueira. **Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans**: a efetivação do direito à identidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

áreas não é suficiente para garantir o pleno exercício dos direitos da personalidade.³⁵

Assim, mesmo com os avanços na garantia do uso do nome social em algumas áreas da administração pública, o problema da falta de reconhecimento do direito de alteração do prenome no registro civil sem a redesignação sexual persiste. Apesar de ministérios e instituições educacionais terem publicado regulamentos para garantir o uso da denominação social, essa regulamentação é ineficiente em âmbito geral, se limitando às dependências desses órgãos, não produzindo efeitos em áreas como o mercado de trabalho, onde ainda é comum a utilização do nome de registro, mesmo que não corresponda à aparência anatômica da pessoa.³⁶

Por fim, cabe salientar a respeito do registro civil, como tratado anteriormente, que para a alteração do registro era obrigatório que pessoas transgênero realizassem um procedimento cirúrgico que visava alterar as características sexuais de uma pessoa, de forma que estas correspondessem ao gênero com o qual se identificam. Diante disso, em uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.275, o Supremo Tribunal Federal trouxe avanços significativos, garantindo o direito de pessoas transgênero realizarem a modificação do prenome no registro, independentemente de cirurgia ou tratamentos hormonais. Essa medida desburocratizou o processo, garantindo o direito de alteração de nome de pessoas trans.³⁷

3. ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO NA PROTEÇÃO DE TRANSGÊNEROS

35 PEREIRA, Matheus Espíndola; De Farias, Rayanne Soares Teles; Magalhães, Wilhiane Mendanha. **Análise Do Reconhecimento De Identidade De Gênero Em Crianças E Adolescentes Sob A Ótica Do Direito Da Personalidade. Novos Direitos**, V. 7, N. 1, P. 48-66, 2020.

36 BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar**, v. 4, n. 1, p. 165-165, 2014.

37 COMÉRIO, Murilo Siqueira. **Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans**: a efetivação do direito à identidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

O Legislativo é responsável pela elaboração de leis que visam proteger os indivíduos, tendo a função de tipificar condutas e garantir a efetividade dos direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988. No entanto, apesar de ser um papel do Congresso Nacional legislar sobre matérias de interesse da sociedade, as questões envolvendo a comunidade LGBTQIA+ no Brasil têm sido negligenciadas. Isso se deve à forte influência da bancada conservadora e cristã, que tem impedido a aprovação de medidas importantes para a proteção dos direitos dessa comunidade.³⁸

Nesse cenário muitas pessoas trans convivem com a incerteza, inseridas em setores de violações de direitos, sendo negada a entrada a locais como shoppings e teatros sem sofrerem ridicularização. Além disso, o número de violência contra trans continua aumentando, o que agrava ainda mais o carecimento de medidas que visem proteger e garantir os seus direitos.³⁹

Diante desse cenário, este tópico propõe-se a analisar se o Estado, através do poder Legislativo, está exercendo suas funções com relação as questões de proteção dos transgêneros. Serão apresentados os avanços e retrocessos do Legislativo no Brasil, fazendo uma comparação com Argentina e Uruguai.

3.1 URUGUAI

Embora haja debates acerca da concretização dos direitos da comunidade LGBTQIA+, a atuação do Poder Legislativo varia significativamente em cada país. O Uruguai, por sua vez, se sobressaiu ao ser o primeiro país da América do Sul a tratar o assunto de maneira sistemática e reconhecer a identidade de gênero como um direito

38 VIEIRA, Carolina Neves. O Direito do Trabalho e a necessidade de criação de normas jurídicas para a inserção de pessoas transgêneras no mercado formal de trabalho brasileiro. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 24, n. 2, p. 2-26, 2019.

39 GOERCH, Alberto Barreto; SILVA, D. R. Q. Inclusão social e diversidade de gênero de pessoas transexuais no mercado de trabalho brasileiro. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2019.

fundamental. Um caso ilustrativo é a promulgação da Lei 18.620, em 2009, que estabelecia à identidade de gênero de indivíduos trans e permitia a alteração dos registros civis. Entretanto, a lei foi posteriormente revogada, principalmente devido à sua limitação em relação a modificação do nome no Registro Civil.⁴⁰

Anteriormente, para mudar o prenome era necessária a autorização do judiciário, o que retirava o poder de decisão da própria pessoa de utilizar nos seus documentos o nome que se identifica. Essa burocratização dificultava o procedimento de mudança no registro, mas foi sancionada a Lei 19.684 de proteção integral de sujeitos trans que trouxe avanços nas questões de mudança de nome nos documentos pessoais para indivíduos trans, desburocratizando o processo. Além disso, representa um progresso significativo na luta pelos direitos dos transgêneros, ao reconhecer o direito de todas as pessoas em formular sua identidade de gênero, desconsiderando fatores externos, como o sexo biológico.⁴¹

Existem algumas definições fundamentais que precisam ser mencionadas com relação à lei em questão. Por exemplo, a identidade de gênero é considerada uma questão de autodeterminação, o que significa que cada indivíduo pode identificar-se com a categoria que lhe foi atribuído no momento do nascimento ou não, de acordo com suas próprias escolhas e preferências. Por essa razão, as pessoas trans são aquelas que expressam ou apresentam uma identidade de gênero diferente daquela que foi atribuída a elas no nascimento, ultrapassando a classificação binária como masculino ou feminino.

Antes da Lei de Proteção Integral de indivíduos transexuais, é importante destacar a Lei nº 19.580 de Violência contra Mulheres Baseada no Gênero, que objetiva proteger e garantir o direito a uma vida livre de agressão. Entende-se por violência de gênero contra a

40 IRINEU, Bruna Andrade; OLIVEIRA, Brendhon Andrade; LACERDA, Milena Carlos. Um balanço crítico acerca da regressão dos direitos LGBTI no Brasil sob ascensão do Bolsonarismo. **IRINEU, Bruna Andrade et al. Diversidade Sexual, Étnico-racial e de Gênero: temas emergentes. 1ª ed. Salvador, BA: Editora Devires, 2020.**

41 IRINEU, 2020, p. 35.

mulher qualquer forma de discriminação que afeta a integridade física, psicológica, sexual e patrimonial. Ou seja, qualquer ação omissiva ou comissiva que objetiva a discriminação e anulação dos direitos das mulheres a partir de uma condição de poder desigual. A lei estabelece mecanismos de proteção, sanção e reparação, deixando claro que sua aplicabilidade se dá sem distinções, incluindo as mulheres transexuais.⁴²

Apesar dos avanços na proteção dos transgêneros, a exclusão dessas pessoas ocorre por diversos fatores, como a exclusão familiar. Quando desamparadas pela família, os indivíduos trans encontram dificuldades para concluir seus estudos, e posteriormente, ingressar em um emprego formal. Isso se deve à falta de estudos acrescidos à discriminação no que concerne à identidade de gênero. Diante dessa realidade, a Lei de Proteção Integral de Pessoas Trans garante 1% de vagas em órgãos públicos destinadas a pessoas trans, além de estabelecer que o Instituto Nacional de Emprego e Formação Profissional deve fixar uma cota de 1% para pessoas transexuais nos programas de formação e qualificação.

As cotas destinadas aos transgêneros são de suma importância para reparação às vítimas de discriminação, que foram excluídas da sociedade devido à sua identidade de gênero. Buscando reparar essas violações, é de interesse da sociedade formular políticas públicas destinadas às pessoas trans e garantir seu direito a uma vida livre de segregação e estigmatização.

Nesse sentido, é evidente a atuação do Estado na consolidação de leis de proteção às pessoas trans, demonstrando seu compromisso com o interesse social. Isso se deve a separação clara entre o papel do Estado na concretização de direitos e a religião, rompendo com antigas influências e estabelecendo uma postura mais progressista.⁴³

42 *Ibid.*, 2020, p. 36.

43 AGOSTINETTI, ANA CLARA M. et al. CONEXÃO SUL SUL: URUGUAI.

3.2 ARGENTINA

A conjuntura histórica da proteção de transgêneros na Argentina é marcada por um longo percurso de luta pelos seus direitos. Desde a década de 1990, a Associação de Travestis e Transexuais e Transgêneros da Argentina (ATTTA) reivindicava o reconhecimento e respeito à identidade de gênero das pessoas trans, promovendo diversos debates em torno da transexualidade.⁴⁴

Inspirada na lei de identidade de gênero do Uruguai, a Argentina avançou na discussão sobre o reconhecimento dos direitos da população trans, promovendo ações de integração social e combate à discriminação. Tais discussões alcançaram o legislativo, resultando na criação de leis voltadas para essa comunidade, como a união civil e cotas para transgêneros em concursos públicos, dentre outras.

Diante desse cenário de grandes avanços legislativos, apoiados por novas pesquisas acadêmicas sobre a sexualidade e a ascensão dos movimentos de travestis e transexuais, a Argentina aprovou a chamada Lei de Identidade de Gênero (Lei 26.743/2012), resultado de uma longa campanha liderada pelo ativismo trans, reconhecendo as reivindicações dessa comunidade como pessoas igualitárias detentoras de direitos.⁴⁵

A Lei de Identidade de Gênero foi sancionada em 23 de maio de 2012, pelo Senado e Câmara dos Deputados da Argentina. O texto é composto por quinze artigos que estabelecem diversos procedimentos legais relacionados ao direito tutelado, definindo a forma como ele pode ser exercido, bem como os requisitos necessários para tal exercício. A lei reconhece o direito de todas as pessoas de serem reconhecidas e tratadas como a pessoa que elas se identificam.

44 MOLINA, Luana P.P. “Yo solo soy”: os processos de transições corporais de estudantes trans no bachillerato popular trans mocha celis. **Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)**, [S.L.], n. 34, p. 108-125, abr. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2020.34.07.a>.

45 MOLINA, 2020, p.113.

Vale ressaltar que a Lei 26.743/2012 traz expressamente o direito das pessoas trans de modificarem o nome do registro civil sem que seja necessária qualquer modificação corporal ou hormonal para determinar a identidade de gênero dos indivíduos transgêneros, desde que comprovem alguns requisitos ⁴⁶

Além disso, assim como a Lei Uruguaia de proteção integral de pessoas trans, que destina cotas de vagas a transgêneros em órgãos públicos, a Argentina também adotou medidas objetivando a inserção de transexuais no ambiente laboral. No ano de 2021, o Senado e a Câmara dos Deputados argentinos sancionaram a Lei 27.636, conhecida como Diana Sacayán - Lohana Berkins, que estabelece medidas para que as pessoas transgêneros possam ter oportunidades iguais de acesso ao mercado de trabalho. A lei garante a inclusão por meio de cotas, destinando que os órgãos públicos sejam ocupados por uma proporção não inferior a 1% de pessoas trans.⁴⁷

Nesse contexto de avanços das legislações destinadas à proteção de transexuais no Uruguai e Argentina, é necessário elucidar a situação dos trans no Brasil e as medidas que estão sendo realizadas pelo Poder Legislativo para garantir o direito dessas pessoas trans.

3.3 BRASIL

O Brasil assim como a Argentina, passou por processos de intolerância em relação aos grupos LGBTQIA+. No entanto, a Argentina conseguiu reverter esse histórico e é considerada referência na proteção dos direitos dessa comunidade, no entanto os avanços no Brasil são mínimos. A demora e omissão do Legislativo brasileiro fazem com que o país não possua nenhuma lei específica que garanta

46 OLIVEIRA, Ana Flavia Machado de. **Direitos da personalidade e a garantia ao nome civil das pessoas transgêneras**. 2020. Tese de Doutorado.

47 ARGENTINA. Ley nº 27.636, de 24 de junho de 2021. **Ley de Promoción del Acceso Al Empleo Formal Para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero “Diana Sacayán - Lohana Berkins**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27636-351815/texto>. Acesso em: 27 abr. 2023.

os direitos da comunidade LGBTQIA+, que constantemente são violados.⁴⁸

A influência religiosa no Estado e a intolerância contra a comunidade LGBTQIA+ são muito fortes no Brasil, apesar da Constituição Federal estabelecer que o país é laico. Não é nítida a separação entre religião e Estado, o que pode ser exemplificado pela presença da Bancada Evangélica na Câmara dos Deputados, que tem grande influência na omissão do Legislativo em relação às demandas da comunidade LGBTQIA+. Essa bancada acaba dificultando a discussão e análise dessas demandas.⁴⁹

Um exemplo de projeto de lei que busca tratar sobre a comunidade LGBTQIA+ é o PL n° 5002/2013, inspirado na Lei Argentina, que tem como objetivo dispor sobre o direito à identidade de gênero e desburocratização dos trâmites de alteração do registro civil, consoante com sua identidade autopercebida.⁵⁰

No entanto, apesar da existência de projetos de leis voltados para a comunidade LGBTQIA+, o Congresso brasileiro não aprova essas leis. Um exemplo disso é o PL que dispõe sobre a identidade de gênero, apresentado em 2013 pelo Deputado Jean Wyllys que consta no site da Câmara dos Deputados como arquivado. Dessa maneira, os grupos vulneráveis ficam restritos a buscar seus direitos por meio da via judicial.

Nesse contexto, a comunidade LGBTQIA+ busca atendimento para suas demandas passando a recorrer ao Poder executivo e judiciário como alternativa para a realização de medidas para suprir as lacunas existentes. Cabe mencionar o Decreto 8.727/2016, que aborda o uso

48 VIEIRA, Carolina Neves. O Direito do Trabalho e a necessidade de criação de normas jurídicas para a inserção de pessoas transgêneras no mercado formal de trabalho brasileiro. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 24, n. 2, p. 2-26, 2019.

49 VIEIRA, Carolina Neves. O Direito do Trabalho e a necessidade de criação de normas jurídicas para a inserção de pessoas transgêneras no mercado formal de trabalho brasileiro. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 24, n. 2, p. 2-26, 2019.

50 OLIVEIRA, Ana Flavia Machado de. **Direitos da personalidade e a garantia ao nome civil das pessoas transgêneras**. 2020. Tese de Doutorado.

do prenome, um dos fatores de discriminação de indivíduos trans devido à incompatibilidade da sua aparência física com a que consta no documento. Assim, o decreto traz a possibilidade de utilização do nome social, permitindo que qualquer pessoa que sinta a necessidade de alteração em função da sua identidade de gênero, que não é a mesma atribuída no seu nascimento, possa adotar o nome social. Essa medida representa um grande avanço que veio como forma de preservar as pessoas transgêneros devido à discriminação.⁵¹

Apesar dessa garantia, os transgêneros ainda enfrentam discriminação em razão da identidade de gênero. Muitos locais ainda não utilizam o nome social para se referir a essas pessoas, utilizando o prenome que consta no registro civil. Vale relatar que, no Brasil, para a retificação do registro civil, as pessoas trans que não passaram pela designação sexual eram submetidas à decisão de um juiz para alteração do nome nos documentos.⁵²

O Supremo Tribunal Federal (STF), diante da morosidade do poder legislativo em amparar as pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+, tem desempenhado um papel essencial na conquista de direitos para essa comunidade. Um exemplo disso é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/DF, que foi julgada em 2018 e resolveu questões referentes à alteração do nome no registro, tornando desnecessária a autorização de um juiz.⁵³

Outro exemplo em que o Supremo Tribunal Federal se mostrou fundamental em atender às demandas sociais que o Legislativo não vem amparando foi na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26 e mandato de injunção nº 4733, essa ação equiparou as práticas de homofobia e transfobia aos crimes de

51 COMÉRIO, Murilo Siqueira. **Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans:** a efetivação do direito à identidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

52 COMÉRIO, Murilo Siqueira. **Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans:** a efetivação do direito à identidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

53 *Ibid.*, 2019, p. nd.

racismo nos termos da Lei 7.716/89, buscando reprimir as constantes práticas de discriminação e violência em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Observa-se que as medidas destinadas aos direitos LGBTQIA+ são predominantemente conduzidas pelo Judiciário, ainda que haja projetos de lei em tramitação com o intuito de corrigir desigualdades enfrentadas por pessoas trans, como a precariedade de condições enfrentadas pelas mulheres trans, que muitas vezes são forçadas a trabalhar em subempregos ou na prostituição como única fonte de renda.

As cotas vem sendo uma alternativa para combater as opressões sofridas por sujeitos vulneráveis, têm sido eficazes ao reservar vagas em instituições públicas e privadas, buscando reduzir as desigualdades sociais e educacionais em um sistema que historicamente privilegiou outro grupo racial. Posteriormente, essas reservas foram ampliadas para incluir outros grupos, como as pessoas trans, ajudando-as a acessar o ensino superior e se capacitar para se inserir em um ambiente laboral.

Como mencionado o número de pessoas transexuais que precisam recorrer à prostituição como única alternativa para suprir suas necessidades básicas é alto. De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, estima-se que 90% das pessoas trans estejam envolvidas na prostituição. Diante disso, grupos sociais têm visto as cotas como uma maneira de reduzir essas.⁵⁴

Alguns países, como Argentina e Uruguai, já estão avançando nesse sentido, conforme discutido em capítulos anteriores. Ambos possuem legislações que visam a inclusão de pessoas trans em empregos formais. No entanto, até o momento, não há nenhuma lei no Brasil que seja destinada a esses grupos no âmbito da empregabilidade.

54 IRINEU, Bruna Andrade; OLIVEIRA, Brendhon Andrade; LACERDA, Milena Carlos. Um balanço crítico acerca da regressão dos direitos LGBTI no Brasil sob ascensão do Bolsonarismo. **IRINEU, Bruna Andrade et al. Diversidade Sexual, Étnico-racial e de Gênero: temas emergentes. 1ª ed. Salvador, BA: Editora Devires, 2020.**

4. AUSÊNCIA DE DADOS OFICIAIS

O ambiente de trabalho é um reflexo das desigualdades sociais que existem em nossa sociedade, e é comum observar diferenças entre homens e mulheres em relação à inserção no mercado de trabalho. Mulheres Cisgênero muitas vezes são inseridas em ambientes precários e recebem remuneração inferior em comparação a indivíduos do sexo masculino. Infelizmente, a realidade das mulheres trans é ainda mais precária e elas enfrentam barreiras adicionais para conseguir um emprego digno e justo.

No Brasil, existem diversas entidades governamentais responsáveis pela coleta de dados, e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística é uma das principais fontes de informações sobre as condições de vida da população brasileira, a associação (ANTRA), buscando identificar quantas pessoas da população se identificam como cisgênero e transgênero, solicitou a inclusão de perguntas referentes à identidade de gênero no questionário de pesquisa.⁵⁵

Além disso, em 2018, a Defensoria Pública da União recomendou ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - IBGE que incluísse no censo de 2020 perguntas sobre identidade de gênero, considerando que a transexualidade é uma expressão de gênero e que todos são iguais perante a lei, devendo ser rejeitadas quaisquer formas de discriminação. Essas recomendações visavam fornecer informações sobre a quantidade de pessoas e suas respectivas identidades, nível de escolaridade desses grupos, bem como empregabilidade e expectativa de vida. Entretanto, o IBGE se recusou a incluir tais questionários, deixando a população LGBT à margem da sociedade e invisibilizada, dificultando a criação de políticas públicas de proteção.⁵⁶

55 PIRES, Gabriela; da Fontoura, Isadora hörbe neves; da silva reis, suzéte. a inércia legislativa na tutela do direito à identidade de gênero: a judicialização dos direitos civis da população trans. **anais seminário de ciências sociais aplicadas**, v. 7, n. 7, 2021.

56 **ANTRA oficial DPU e esta envia recomendação ao IBGE sobre a população Trans no censo 2020**. 2018. Bruna Benevides. Disponível em: <https://antrabrasil.org.br/>

Diante dessa situação, o senador Fabiano Contarato apresentou o Projeto de Lei n° 420/2021, com o objetivo de alterar a Lei n° 8184/1991, que dispõe sobre a periodicidade do censo demográfico, para incluir perguntas relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero. Essa iniciativa busca garantir a inclusão e visibilidade da população LGBT no censo e, conseqüentemente, possibilitar a criação de políticas públicas voltadas para essa parcela da sociedade.⁵⁷

A ausência de dados oficiais referentes à comunidade LGBTQIA+ mantém essa população excluída, o que justifica a criação do Projeto de Lei n° 420/2021, apresentado pelo Senador Fabiano Contarato. Diante da falta de ação do Estado, grupos sociais e entidades não governamentais têm atuado na elaboração de dados não oficiais. Um exemplo disso é a Associação Nacional de Transexuais e Travestis, que anualmente elabora um Dossiê sobre a violência contra pessoas transexuais e travestis. De acordo com o relatório, a estimativa de vida de indivíduos trans é de apenas 35 anos e a maioria das violências é contra profissionais do sexo, que acabam inseridas na prostituição devido à falta de oportunidades de trabalho. Apenas 4% dessas pessoas estão empregadas em trabalhos formais.⁵⁸

No entanto, há iniciativas que visam ajudar na inclusão de pessoas trans no mercado de trabalho. Um exemplo é o Projeto Trans empregos, fundado por Marcia Rocha, Maite Schneider, Laerte Coutinho e Ana Carolina Borges em 2013. Esse projeto ajuda na inclusão de pessoas trans em parceria com empresas, disponibilizando vagas destinadas a essa população e dando suporte na elaboração de currículos. Além

org/2018/05/16/antra-oficia-dpu-e-esta-envia-recomendacao-ao-ibge-sobre-a-populacao-trans-no-censo-2020/. Acesso em: 27 abr. 2023.

57 SENADO. **Projeto de Lei N° 420 de 2021**. Altera a Lei n° 8.184, de 10 de maio de 1991, para dispor sobre a inclusão de perguntas sobre orientação sexual e identidade de gênero nos questionários aplicados à população por ocasião do censo demográfico.. Brasil, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146491>. Acesso em: 20 abr. 2023.

58 BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. Publicado em 2021. Expressão Popular, ANTRA, IBTE.. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

disso, o projeto disponibiliza relatórios de dados sobre sua atuação. De acordo com o relatório de 2022, houve um aumento de 40% de profissionais empregados através da plataforma em relação a 2021, além de um aumento de 53% de empresas parceiras.⁵⁹

Dessa maneira, verifica-se que apesar da ausência de ação efetiva do Estado, projetos relacionados a empregabilidade têm sido essenciais promovendo o acesso de transgêneros no mercado de trabalho e a inclusão de empresas privadas contribuindo para a diversidade de gênero no ambiente laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da atuação do legislativo e das leis existentes destinadas a pessoas transgênero, incluindo o acesso ao mercado de trabalho, é de suma importância. O Poder Legislativo pode impactar fortemente na inserção dessas pessoas na sociedade, fazendo com que saiam da realidade em que estão sujeitas a discriminação em diversas áreas e tendo seu acesso negado e dificultado devido à identidade de gênero, em comparação com outros grupos.

Assim, no presente trabalho, é apresentada a atuação do legislativo em alguns países, como Argentina e Uruguai, referência para outros países em razão da preocupação com matérias relacionadas à comunidade LGBTQIA+. Foi constatado também que desde 2009, a atuação do legislativo criou leis proibindo a discriminação com base na identidade de gênero em áreas da saúde, emprego e educação. Além disso, verificou-se uma tímida movimentação do legislativo na elaboração de leis que garantam o acesso de pessoas transgênero ao mercado de trabalho, buscando minimizar a realidade de muitas dessas pessoas que se inserem na prostituição como única alternativa devido à segregação no mercado de trabalho.

⁵⁹ TRANSEMPREGOS (org.). **Relatório anual de dados**. 2020. Transempregos. Disponível em: <https://www.transempregos.com.br/dados2020>. Acesso em: 20 mar. 2023.

No entanto, a atuação do legislativo brasileiro é irrisória. Embora existam projetos de leis destinados à comunidade LGBTQIA+, que tratam do reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transgênero, projetos semelhantes às leis aprovadas na Argentina e Uruguai não são aprovados, e acabam sendo arquivados.

Apesar da inércia do legislativo em relação às demandas destinadas a pessoas transgênero, observa-se um direcionamento dessas demandas para o Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões e ações diretas de inconstitucionalidade, vem garantindo direitos da comunidade LGBTQIA+ até que leis que regulamentem essas questões sejam aprovadas.

Além disso, a morosidade do Legislativo levanta a questão de haver uma visão moral e religiosa por trás. Embora o Brasil ser um país laico, a presença de parlamentares evangélicos acaba interferindo em uma visão mais ampla das demandas da comunidade LGBTQIA+. Ademais, a administração pública demonstra que não tem interesse em trazer para o campo da visibilidade as pessoas transgênero quando se nega a incluir no censo do IBGE perguntas sobre identidade de gênero. Isso gera uma lacuna em relação às informações de quantas pessoas se identificam como trans, sua expectativa de vida, escolaridade e empregabilidade, dificultando o direcionamento de políticas públicas nessas áreas e contribuindo para a inércia do poder legislativo em razão da ausência de dados oficiais que possam embasar a estigmatização da população LGBTQIA+, em especial da população trans.

Diante da ausência de dados oficiais, instituições reconhecidas como a Associação Nacional de travestis e transexuais trazem informações sobre transgêneros, em que a grande maioria se encontra na prostituição. Desse modo, associações promovem parcerias com empresas privadas visando promover a empregabilidade de pessoas trans.

Superando essa questão da morosidade e omissão injustificável do Legislativo, o Brasil caminha em direção ao reconhecimento da identidade de gênero e à criação de cotas para travestis e transexuais

em empresas com contratos públicos, como já se observa na proposta do Projeto de Lei 144/2021 em andamento na Câmara dos Deputados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. Ley n° 27.636, de 24 de junho de 2021. Ley de Promoción del Acceso Al Empleo Formal Para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero “Diana Sacayán - Lohana Berkins. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27636-351815/texto>. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Ley n° 26.743, de 09 de maio de 2012. Identidad de Género: Establécese el derecho a la identidad de género de las personas.. Argentina, 24 maio 2012. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26743-197860/texto>. Acesso em: 27 abr. 2023

AGOSTINETTI, ANA CLARA M. et al. CONEXÃO SUL SUL: URUGUAI.

ANTRA oficia DPU e esta envia recomendação ao IBGE sobre a população Trans no censo 2020. 2018. Bruna Benevides. Disponível em: <https://antrabrasil.org/2018/05/16/antra-oficia-dpu-e-esta-envia-recomendacao-ao-ibge-sobre-a-populacao-trans-no-censo-2020/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020. Publicado em 2021. Expressão Popular, ANTRA, IBTE.. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar, v. 4, n. 1, p. 165-165, 2014.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 288 p. Tradução de: Renato Aguiar. Disponível em: <https://ler.amazon.com>.

br/?asin=B07DTJDDSG&ref_=kwl_kr_iv_rec_5. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____, Berenice Alves de Melo. O que é transexualidade. São Paulo: Editora e Livraria Brasileira, 2008. (2). Disponível em: <https://democraciadireitoegenero.files.wordpress.com/2016/07/bento-berenice-o-que-c3a9-transexualidade2008.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

CAMPOS, Vítor Hugo. Direito ao nome: nome social enquanto direito de personalidade. 2022.

CANNONE, Lara Araújo Roseira. Historicizando a transexualidade em direção a uma psicologia comprometida. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 39, 2020.

COMÉRIO, Murilo Siqueira. Tutela Antidiscriminatória Dos(as) Trabalhadores Trans: a efetivação do direito à indetidade de gênero no contexto laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019. Disponível em: https://read.amazon.com/?asin=B081BB2C5N&ref_=kwl_kr_iv_rec_2. Acesso em: 21 jan. 2023.

COSTA, Artur Alves. Transgeneridade no ordenamento jurídico brasileiro: os desdobramentos do “cistema” binário na concessão de benefícios previdenciários. 2021.

DA SILVA, Antônio Sidney; DE LUNA, Moisés Saraiva. Travestis e transsexuais e sua inserção no mercado formal de trabalho. *Cadernos de Gênero e Tecnologia*, v. 12, n. 39, p. 303-318, 2019.

FOLLE, Eloisa Cunha. Precariedade e informalidade: uma perspectiva sobre a empregabilidade trans no Brasil. 2021.

GOERCH, Alberto Barreto; SILVA, D. R. Q. Inclusão social e diversidade de gênero de pessoas transsexuais no mercado de trabalho brasileiro. *Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2019.

IRINEU, Bruna Andrade; OLIVEIRA, Brendhon Andrade; LACERDA, Milena Carlos. Um balanço crítico acerca da regressão dos direitos LGBTI no Brasil sob ascensão do Bolsonarismo. IRINEU, Bruna Andrade et al. Diversidade Sexual, Étnico-racial e de Gênero: temas emergentes. 1ª ed. Salvador, BA: Editora Devires, 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos [Internet]. 2012.

LIMA, Lorraine. A Transexualidade e o Direito: História, saúde pública, mercado de trabalho e decisões do Supremo Tribunal Federal. Lorraine Lima, 2021

MARCOS, Cristina Moreira; DA SILVA MOREIRA, Euza Aparecida. Breve percurso histórico acerca da transexualidade. Psicologia em revista, v. 25, n. 2, p. 593-609, 2019.

MENDES, Júlia. **A discriminação dos transexuais e transgêneros: impasses e desafios no mercado de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022. 198 p.

MOLINA, Luana P.P. “Yo solo soy”: os processos de transições corporais de estudantes trans no bachillerato popular trans mocha celis. Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro), [S.L.], n. 34, p. 108-125, abr. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2020.34.07.a>.

OLIVEIRA, Ana Flavia Machado de. Direitos da personalidade e a garantia ao nome civil das pessoas transgêneras. 2020. Tese de Doutorado.

PEREIRA, Matheus Espíndola; DE FARIAS, Rayanne Soares Teles; MAGALHÃES, Wilhiane Mendanha. ANÁLISE DO RECONHECIMENTO DE IDENTIDADE DE GÊNERO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB

A ÓTICA DO DIREITO DA PERSONALIDADE. NOVOS DIREITOS, v. 7, n. 1, p. 48-66, 2020.

PEREIRA, Ronneli Pietro. Evasão escolar por adolescentes transgêneros: a ausência de qualificação dos profissionais da educação e a omissão quanto às diretrizes institucionais. In: iv congresso de diversidade sexual e de gênero, 4., 2022, Resumos expandidos. Belo Horizonte: Diverso Ufmg, 2022. p. 327-331. Disponível em: <https://diversoufmg.com/wp-content/uploads/2022/06/CADERNO-DE-RESUMOS-IV-CDSG-VERSAO-RETIFICADA.pdf>

PIRES, Gabriela; DA FONTOURA, Isadora Hörbe Neves; DA SILVA REIS, Suzéte. A INÉRCIA LEGISLATIVA NA TUTELA DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO: A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS DA POPULAÇÃO TRANS. Anais Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, v. 7, n. 7, 2021.

PL 420/2021 - Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146491> Acesso em: 27 abr. 2023.

SENADO. Projeto de Lei Nº 420 de 2021. Altera a Lei nº 8.184, de 10 de maio de 1991, para dispor sobre a inclusão de perguntas sobre orientação sexual e identidade de gênero nos questionários aplicados à população por ocasião do censo demográfico.. Brasil, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146491>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 68, n. 2, p. 97-102, 2002Tradução. Acesso em: 20 abr. 2023.

TRANSEMPREGOS (org.). Relatório anual de dados. 2020. Transempregos. Disponível em: <https://www.transempregos.com.br/dados2020>. Acesso em: 20 mar. 2023.

VIEIRA, Carolina Neves. O Direito do Trabalho e a necessidade de criação de normas jurídicas para a inserção de pessoas trançêneras no mercado formal de trabalho brasileiro. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v. 24, n. 2, p. 2-26, 2019.

OS DESAFIOS E PERSPECTIVAS DAS EXECUÇÕES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: (IN) APLICABILIDADE DE MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO

THE CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF ENFORCEMENT IN THE SPECIAL CIVIL COURTS: (IN)APPLICABILITY OF ATYPICAL MEASURES IN EXECUTION

Matheus Basilio da Silva¹

Rafael Damásio Brasil Garcia²

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo analisar os desafios e perspectivas das execuções nos Juizados Especiais Cíveis (JECs), com ênfase na (in)aplicabilidade de medidas atípicas para a efetivação da tutela jurisdicional. A problemática é abordada à luz do contexto de alta litigiosidade e morosidade processual no Brasil, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A pesquisa adota uma abordagem exploratória e descritiva, baseada em revisão bibliográfica, análise de dados estatísticos e estudo de decisões judiciais. Os resultados revelam um dilema principiológico entre os princípios que regem os JECs (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade) e os princípios que norteiam as execuções (efetividade, tipicidade e atipicidade dos meios executivos, boa-fé processual, responsabilidade patrimonial e resultado). Constatou-se que, em alguns casos, a busca pela celeridade e economia processual tem levado à extinção precoce de execuções nos JECs, sem a efetiva satisfação do crédito exequendo. Em contrapartida, a aplicação de medidas atípicas, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), tem se mostrado eficaz em alguns casos. Ademais, o artigo aborda o Projeto de Lei nº 6.204/2019, que visa a desjudicialização das execuções cíveis. Conclui-se que a

1 Pós Graduado em Direito Privado. E-mail: matheusbasilio@brasilesilveira.adv.br

2 Mestre em Direito Constitucional Econômico pelo Centro Universitário Alves Faria. E-mail: rafael@brasilesilveira.adv.br

efetividade das execuções nos JECs é um desafio complexo, que exige a harmonização dos princípios que regem os Juizados e as Execuções. A aplicação de medidas atípicas, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode ser um importante instrumento para garantir a efetivação da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Execução. Juizados Especiais Cíveis. Medidas Atípicas. Desjudicialização. Efetividade.

SUMMARY: This scientific article aims to analyze the challenges and perspectives of enforcement in the Special Civil Courts (JECs), with emphasis on the (in)applicability of atypical measures for the effectiveness of judicial protection. The issue is addressed in light of the context of high litigation and procedural delays in Brazil, according to data from the National Council of Justice (CNJ). The research adopts an exploratory and descriptive approach, based on literature review, statistical data analysis, and the study of judicial decisions. The results reveal a conflict of principles between those governing the JECs (orality, simplicity, informality, procedural economy, and celerity) and those guiding enforcement (effectiveness, typicality and atypicality of enforcement means, procedural good faith, patrimonial responsibility, and outcome). It is found that, in some cases, the pursuit of celerity and procedural economy has led to the premature termination of enforcement proceedings in the JECs, without effectively satisfying the claim. Conversely, the application of atypical measures, such as the suspension of the National Driver's License (CNH), has proven effective in some cases. Furthermore, the article addresses Bill No. 6.204/2019, which aims to dejudicialize civil enforcement. It is concluded that the effectiveness of enforcement in the JECs is a complex challenge, requiring the harmonization of the principles governing the Courts and the Enforcement. The application of atypical measures, provided that the principles of proportionality and reasonableness are observed, can be an important instrument to ensure the effectiveness of judicial protection.

Keywords: Enforcement. Special Civil Courts. Atypical Measures. Dejudicialization. Effectiveness.

1. UM PANORAMA GERAL DOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO

O processo de execução, seja cível ou fiscal, e até mesmo processos de conhecimento que resultam em cumprimentos de sentença nas Varas Comuns e Execução da Sentença nos Juizados, encontram perspectivas nada animadoras, desde arquivamentos precoces até a barreira das fraudes praticadas pelos Executados para esconderem/dilapidarem seus patrimônios.

De acordo com o projeto Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referente ao ano de 2023, os processos que estão em fase de execução são a maior parte e, ainda, é a fase mais morosa³:

4.3 GARGALOS DA EXECUÇÃO

Esta seção se destina à análise dos processos em fase de execução, que constituem grande parte dos casos em trâmite e etapa de maior morosidade, como será visto adiante. As informações aqui apresentadas se referem unicamente ao primeiro grau (justiça comum e juizados especiais).

O próprio Poder Judiciário tem ciência de que as execuções são o maior gargalo processual na atualidade e tem buscado maneiras de que tal desafio seja vencido, sem, contudo, gerar prejuízos às partes que integram a triangularização processual.

Um exemplo de tais iniciativas são a modernização de mecanismo de buscas de bens dos executados, dentre eles, o sistema Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de

3 Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

Ativos, popularmente conhecido pela sigla SNIPER, que através do cruzamento de dados de diferentes bancos de dados poderá fornecer informações relevantes sobre vínculos entre pessoas físicas e jurídicas, conforme explicação no Portal CNJ⁴:

A ferramenta atua na **solução de um dos principais gargalos processuais: a execução e o cumprimento de sentença**, especialmente quando envolvem o pagamento de dívidas, devido à dificuldade de localizar bens e ativos. Antes do Sniper, a investigação patrimonial era um procedimento de alta complexidade que mobilizava uma equipe especializada no pedido e na análise de documentos e no acesso individualizado a bases de dados. Esse procedimento podia durar vários meses. A partir do cruzamento de dados e informações de diferentes bases de dados, o Sniper destaca os vínculos entre pessoas físicas e jurídicas de forma visual (no formato de grafos), permitindo identificar relações de interesse para processos judiciais de forma mais ágil e eficiente. (g. n.)

De acordo com dados fornecidos no relatório do CNJ da Justiça em Números, *“o Poder Judiciário contava com um acervo de 81 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2022, sendo que mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução”*, portanto, mais de 40 milhões de processos que movem o Judiciário se referem a investigação patrimonial para busca de ativos que visam satisfazer créditos de milhares de credores.

Tais dados são alarmantes, visto que essa alta demanda gera outra consequência: as fraudes em execução, que se revela como mais um raio de luz refletido no prisma das execuções. São muitos os

4 Conselho Nacional de Justiça. SNIPER. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/sniper/>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

fatores que geram tais fraudes – no que tange as execuções fiscais, a alta carga tributária resulta em centenas de processos de execução, que “motivam” os executados a esconderem ou dilapidarem seus patrimônios a fim de que eles não sejam atingidos.

Conforme mencionado, o CNJ tem se empenhado para que esse cenário seja revertido, e no ano de 2024 foi aprovado novo projeto que permite a magistrados extinguirem execuções fiscais até o teto de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), desde que obedecem alguns parâmetros, dentre eles, não haver movimentação útil há mais de 01 (Um) ano e que não tenham sido encontrados bens penhoráveis, citado ou não o executado.⁵

Na ótica das execuções cíveis, há importante incidência do resultado da ADI 5941, em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu serem constitucionais os artigos do Código de Processo Civil que permitem aplicação de medidas atípicas nas execuções, por exemplo, o famoso bloqueio da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

Interessante se faz pontuar que, dos processos de execução, o CNJ aponta que 64% do estoque de processos nesse sentido são de execuções fiscais, dentre elas, diversas com valores irrisórios, existindo a perspectiva de que, com o projeto de extinção daqueles com teto de até dez mil reais, tal porcentagem diminua, o que gerará impacto positivo para as execuções não fiscais.⁶

Tal pesquisa do CNJ chega a uma conclusão sobre as execuções que reflete o panorama/realidade desse tipo de demanda no Judiciário, sendo elas⁷:

5 Conselho Nacional de Justiça. **Juizes podem extinguir execução fiscal com valor de até R\$ 10 mil.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizes-podem-extinguir-execucao-fiscal-com-valor-de-ate-r-10-mil/>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

6 Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

7 Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

Há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente;
As dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos, por isso a difícil recuperação.

O número excessivo de execuções impacta diretamente na qualidade da prestação jurisdicional, tendo em vista que, neste ponto, não se trata de um trabalho que exija conhecimento técnico científico aguçado, tratando-se mais de criatividade por parte do jurisdicionado, e entendimento dos Tribunais – pois os entendimentos ainda variam bastante, mesmo havendo decisão do STF sobre as medidas atípicas, há magistrados que ainda se recusam em aplicar as medias atípicas, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis.

2. DILEMA PRINCIPIOLÓGICO ENTRE OS JUIZADOS ESPECIAIS E AS EXECUÇÕES

O sistema processual brasileiro é regido por princípios, descendo em forma de cascata desde os Constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, e perpassa por aqueles individuais de cada procedimento.

Os Juizados Especiais Cíveis, regidos pela Lei nº 9.099/1.995, criados para demandas de menor complexidade em com teto financeiro de até 40 (Quarenta) salários mínimos vigentes, é regido por princípios, sendo eles, o princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade; este último entendido como o objetivo a ser alcançado pelo jurisdicionado, todos previstos no artigo 2º da supracitada lei.

A ideia de princípios surge da necessidade de que além da letra fria da lei (alusão a Hans Kelsen) seja guiada por algo subjetivo, tendo em vista que o objetivismo exacerbado pode desaguar em injustiças,

sendo que, o resultado esperado é o contrário. Nas palavras de Figueira Junior Lopes, “princípios processuais são um complexo de todos os preceitos que originam, fundamentam e orientam o processo” (FIGUEIRA JR.; LOPES, 1997, p. 56).⁸

Em contrapartida, apesar dos Juizados possuírem princípios próprios, estes não podem ser observados de maneira restrita, sem a observância de princípios maiores, a exemplo dos constitucionais, bem como infraconstitucionais, neste caso, os que regem as execuções.

Os princípios existem para que sejam observados/aplicados em harmonia, sempre em busca do “bem maior”, qual seja, aplicação das normas processuais com equidade – tratar os desigualmente os desiguais, o que resulta na perfectibilização do princípio constitucional da igualdade – a fim de que a prestação jurisdicional seja efetiva e, principalmente, justa.

Os princípios que regem as execuções, neste artigo sendo considerados os processos de execuções cíveis e fiscais em sua essência, bem como os de conhecimento que resultam em cumprimento de sentença ou execuções da sentença (Juizados), são, de acordo com estudos de Fredie Didier Junior: 1) princípio da efetividade; 2) tipicidade e atipicidade dos meios executivos; 3) boa-fé processual; 4) responsabilidade patrimonial; 5) resultado⁹, dentre outros, sendo estes, aqueles a serem observados em favor do exequente para que possa conseguir o crédito que está buscando junto ao Judiciário.

Dentre os princípios dos Juizados se destaca a celeridade e a economia processual que, em alguns, mas não raros casos, estão sendo utilizados como fundamento para extinção precoce de execuções/cumprimentos de sentença.

Um exemplo é a decisão do 3º Juizado Especial Cível da Comarca de Anápolis, Goiás, que diante da primeira pesquisa infrutífera nos

8 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

9 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: execução. Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha, Pula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 65.

meios típicos, extinguiu o processo sob o fundamento de que, com fulcro nos princípios desse meio, não há possibilidade de eternização da demanda, sendo que existem as vantagens e desvantagens em se utilizar do sistema dos Juizados. Veja:

Assim, visto que o art. 53, § 4º, da Lei 9.099/95, determina que, não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo deve ser imediatamente extinto, **entendo que descabida é a aplicação de medidas atípicas (bloqueio de cartões de crédito, CNH e a fins)**, isso porque descabe ao Poder Judiciário, no âmbito dos juizados especiais cíveis, prolongar indefinidamente a relação jurídica processual em busca de bens penhoráveis do devedor/executado, sob pena de ofensa aos postulados normativos do rito sumaríssimo, comprometendo, inclusive, a celeridade não apenas da ação em si, mas de elevado número de outras demandas que diuturnamente são ajuizadas com base na Lei 9.099/95.

Registro que, ao propor sua ação perante o juizado especial cível (procedimento facultativo), presume-se que a parte demandante tenha ciência que terá vantagens e desvantagens, já que o procedimento sumaríssimo é mais abreviado que o ordinário, sendo, pois, descabida a adoção de medida que eternize a demanda e sendo a aplicação do art. 53, § 4º, da Lei 9.099/95, uma medida impositiva, posto que, do contrário, transformar-se-ia o rito sumaríssimo em ordinário, desvirtuando-se a intenção do legislador quando da criação da Lei 9.099/95.¹⁰ (g. n.)

É possível notar que o magistrado expõe que esse é o seu entendimento pessoal, adquirido através de seus estudos no decorrer dos anos, de que não há possibilidade de aplicação das medidas atípicas

¹⁰ TJGO, processo nº 5443636-13.2023.8.09.0007.

no processo de execução em Juizados. Ao final, foram destacados os princípios utilizados para fundamentação juntamente como artigo 53, § 4º, da Lei nº 9.099/95. Confira:

Feita essas considerações, **entendo que**, uma vez não encontrados bens penhoráveis da parte executada por meio das medidas típicas de execução, deve ser imediatamente extinto o processo, conforme literal disposição das normas especiais que rege os juizados, sobretudo porque, quisesse a ter maior amplitude de meios para a localização de bens penhoráveis, poderia (ou deveria) ter optado pelo ajuizamento da presente ação pelo rito comum. Todavia, não o fazendo, como no caso, **renunciou ao amplo procedimento em prol da economia processual e celeridade da entrega da prestação jurisdicional.** (g. n.)

Diante de tal exposição – que não é o entendimento geral dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), que aplicam as medidas atípicas com intensidade considerável – surge o questionamento sobre quais são, afinal, os critérios observados nos conflitos principiológicos entre os Juizados e as Execuções para que processos sejam extintos sem a efetiva prestação jurisdicional sob o argumento da celeridade e economicidade processual.

Tal questionamento se mostra muito importante para o atual cenário processual brasileiro, vez que o CNJ, ao mesmo tempo em que promove pesquisas quantitativas para mensuração da efetividade da tutela jurisdicional e cria mecanismos para melhorar tais pontos, também estabelece metas que impactam diretamente na maneira em que os Tribunais por todo o país se comportam.

O CNJ assim divulgou as Metas Nacionais para o ano de 2024 aprovadas no 17º Encontro Nacional do Poder Judiciário, dentre elas: 1) julgar mais processos que os distribuídos; 2) julgar processos mais antigos; 3) estimular a conciliação; 4) priorizar o julgamento dos processos relativos aos crimes contra a administração pública,

à improbidade administrativa, e aos ilícitos eleitorais; 5) reduzir a taxa de congestionamento; 8) priorizar o julgamento dos processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra a mulher; 9) estimular a inovação no Poder Judiciário; 10) impulsionar os processos de ações ambientais e processos relacionados aos direitos das comunidades indígenas e quilombolas; 11) promover os direitos da criança e do adolescente. As metas 6 e 7 não foram destinadas à Justiça Estadual.¹¹

Fato é que tais medidas têm impactado diretamente os resultados de processos, como no exemplo citado anteriormente, em que houve a extinção precoce de um processo de execução sob a justificativa da economia e celeridade processual. Contudo, tais princípios não podem ser usados para “atropelar” aplicação dos princípios da execução que devem ser aplicados também nos Juizados.

É sabido que os Juizados Especiais possuem a fama, e aqui não se cabe analisar se justa ou injusta, de que são um universo à parte, e que cada Juizado possui seu próprio regramento, que varia de acordo com o entendimento do magistrado que está à sua frente. Isso não é difícil de ser perceber, tendo em vista que existem entendimentos conflitantes entre eles, principalmente no que tange às execuções, seja de processos executórios ou execuções de sentença.

Para demonstrar tal fato, cita-se outra decisão, dessa vez do 4º Juizado Especial Cível da Comarca de Goiânia, Goiás, em que foi determinada suspensão da CNH por 01 (Um) ano via Renajud. Observe:

Analisando o presente caso, percebe-se que ficou caracterizada a falta de colaboração processual e a tentativa de ocultação de patrimônio e que já foram realizadas buscas pelos sistemas SISBAJUD e RENAJUD, porém as mesmas não foram frutíferas.

11 Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça goiana se articula para cumprimento das Metas Nacionais em 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-goiana-se-articula-para-cumprimento-das-metas-nacionais-em-2024/>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

Com o intuito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, uma nova versão do Renajud foi disponibilizada, como divulgou-se por meio do Ofício-Circular 46/2023 – SEP. O novo Renajud possibilita a consulta e cadastramento on line de restrições sobre condutores. Ou seja, permite a consulta e imposição de restrição sobre a CNH, além da consulta e restrição sobre veículos automotores já conhecida dos usuários DEFIRO o pedido formulado pela parte exequente no evento 130 e 138 e DETERMINO a remessa dos autos à CENOPES para que proceda com a suspensão da CNH via RENAJUD da parte executada, considerando os dados do executado certificados pela UPJ. Advirto que o prazo de suspensão será de 1 ano.

No mesmo ecossistema da justiça estadual existem entendimentos diversos. Enquanto em determinado Juizado o que se prioriza são os princípios dos Juizados com aplicação isolada, em outro, já são observados os princípios da execução, dentre eles a efetividade e aplicação das medidas atípicas na execução.

A celeridade é uma promessa – ou objetivo a ser alcançado – a ser colocada em prática sem que o princípio das relações jurídicas seja violado, sendo estas as palavras de Ricardo Cunha Chimenti¹², e o meio utilizado para isso é a limitação da prática de atos processuais, por exemplo, os recursos são extremamente limitados.

Contudo, quando se trata de Execuções, se parte do pressuposto de que não há mais controvérsia a ser dirimida, o Estado em seu papel de dizer o direito diante do caso concreto já exerceu sua função primordial, restando agora a difícil tarefa de que tal direito saia do plano das ideias (sentença escrita) e se torne real para o jurisdicionado, recebendo aquilo que busca no Judiciário.

12 CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: (Lei n. 9.099/95 – parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001). 7. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

Dessa forma, há controvérsias na extinção precoce de processos quando não se encontram bens penhoráveis do devedor sob fundamento no artigo 53, § 4º da Lei nº 9.099/95, tendo em vista que, o Estado não efetivou sua tutela.

Ademais, o fato da necessidade de se ingressar novamente com a mesma ação em Vara Comum para que possa ser ter uma certa efetividade no que tange a perpetuação de atos constrictivos em busca de ativos financeiros, vai tolamente contra os princípios dos Juizados que, além da celeridade, também preza pela economia processual, sendo a máxima efetividade da aplicação da lei e de seus entendimentos com o mínimo de atos processuais possíveis.¹³

Ingressar com um novo processo para um objeto que já está judicializado é ineficaz, pois o mesmo sistema terá que ser usado, a saber, o Judiciário, o que prejudica o jurisdicionado que muitas vezes para a desacreditar da justiça diante de decisões tão conflitantes.

Robert Alexy, um dos juristas contemporâneos mais influentes, em sua obra a seguir exposta, explana que uma das maneiras para que se possam resolver os conflitos/colisões que surgem na aplicação dos direitos fundamentais de uma sociedade é observar a inserção da livre ponderação para que se encontrem possibilidades de exceções dentro de um direito fundamental:

[...] À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direitos fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não-aplicável ou correspondente e, **terceiro, a inserção livre de ponderação de uma exceção em uma de ambas as normas.**

13 CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: (Lei n. 9.099/95 – parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001). 7. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

[...] A terceira opção da teoria das regras dos direitos fundamentais consiste na inserção livre de ponderação de uma exceção no direito fundamental.¹⁴

A teoria das regras por ele exposta, defende que os direitos fundamentais são normas que devem ou não serem cumpridas, sendo determinações dentro de fatos e direitos juridicamente possíveis, não havendo possibilidade de ponderação (prevalece a norma que concretize a dignidade da pessoa humana), mas de subsunção (adequação do fato à lei).

Contudo, quando tais direitos fundamentais colidem, encontrando fatos em que seja possível a subsunção de 02 (Duas) ou mais normas/princípios, a saída seria a terceira opção da teoria das regras, que seria substituir a subsunção pela ponderação, a fim de que encontre as exceções que existem nos direitos a serem aplicados, de maneira que a exceção que melhor coadunar com a dignidade da pessoa humana.

Muito embora os princípios que regem os Juizados Especiais e as Execuções não sejam direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/98), a ponderação pode/deve ser aplicada quando há conflitos principiológicos como no caso em questão.

Dessa forma, o magistrado deve analisar a melhor exceção que se aplica no caso concreto para que o processo continue ou seja extinto. Se deparando com uma execução baseada em título líquido, certo e exigível, e as primeiras pesquisas sejam infrutíferas, qual seria a melhor saída, extinguir ou aplicar os meios atípicos.

A decisão do STF na ADI 5941 não limitou aplicação das medidas atípicas somente para os procedimentos sumário e ordinário, sendo também plenamente possível no procedimento sumaríssimo, pois para que haja efetividade nas execuções com observância das medidas

¹⁴ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. ESMAFE, Curitiba - PR, 1998.

atípicas, é necessário que os magistrados se empenhem em prosseguir com os atos constitutivos necessários, ainda que repetidos.

3. A DESJUDICIALIZAÇÃO DAS EXECUÇÕES CÍVEIS: ESPERANÇA OU RETROCESSO?

A cultura litigiosa brasileira advém de um complexo desenvolvimento histórico que tem como base principal o acesso à justiça como meio de dignidade para o ser humano, o qual se viu incapaz de resolver suas labutas por conta própria, necessitando da intervenção estatal para tanto.

Tal cultura resultou no exposto nas primeiras linhas deste artigo, uma *hiperjudicialização*, palavra esta usada pela Doutora e Processualista Flávia Pereira Hill em seu artigo que trata sobre o projeto de desjudicialização das execuções previstos no Projeto de Lei 6.204/2019, o qual ainda não foi aprovado.¹⁵

Ainda no mesmo artigo, a Autora cita que a função precípua da Jurisdição não é entregar uma Sentença bem fundamentada lhe garantido um direito, mas sim, a efetivação desse direito. Confira:

[...] Isso porque o objetivo precípua do jurisdicionado, ao acionar o Poder Judiciário, não consiste em receber um pronunciamento judicial impecável para emoldurá-lo ou recitá-lo em família após o almoço de domingo, até mesmo porque o homem médio nem mesmo o compreenderá em sua inteireza, dados os termos jurídicos com os quais inexoravelmente terá sido cunhado.

Muito ao contrário, a vocação das sentenças judiciais – e, em um panorama mais amplo, dos títulos executivos em geral – consiste em concretizar-se na

15 HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/54202/34876>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

prática, de modo a propiciar um benefício real para o credor nele contemplado.

Diante de uma cultura que subvalorizava os procedimentos/processos de execução, incluindo os Juizados Especiais Cíveis, por anos se pensava que a tutela jurisdicional se findava na sentença. Contudo, isso ficou para trás, e o que realmente o que o jurisdicionado quer é a visualização no mundo real dos seus direitos adquiridos.

Contudo, conforme exposto anteriormente, tal efetividade tem encontrado grandes barreiras, dentre elas, o grande número de ações, congestionamento nos tribunais, e ainda, os diversos entendimentos e decisões conflitantes sobre o mesmo assunto.

Para que isso seja reduzido, além das medidas adotadas pelo CNJ que têm sido cumpridas pelos tribunais em todo o país, ainda existem Projetos de Lei que visam trazer alterações legislativas na tentativa de desafogar o judiciário.

Um desse projetos de lei é o citado, PL nº 6.204/2019, que busca *“disciplinar a execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Atribui ao tabelião de protesto o exercício das funções de agente de execução”*¹⁶, e ainda, visa alteração do Código de Processo Civil em alguns pontos referentes às execuções.

Para que possa usufruir de tal alternativa à Justiça Comum, contudo, por ela fiscalizada, os indivíduos devem ser capazes e solventes e o título líquido, certo e exigível, sendo acompanhados pelos chamados agentes de execução, que não pertence ao Poder Judiciário e atua nos Cartórios, exercendo sua função extrajudicial.

Não se vislumbra em tal projeto que o titular de um suposto direito venha atingir de maneira arbitrária o patrimônio de seu devedor, inclusive, o exequente deverá ser representado por advogado em todos os atos, conforme estabelecido no artigo 2º do referido PL:

16 PL 6.204/2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 29 de mar. de 2024.

Art. 2º. O exequente será representado por advogado em todos os atos, respeitadas as regras processuais gerais e do processo de execução, inclusive para a fixação da verba honorária.

Art. 3º. Ao tabelião de protesto compete, exclusivamente, além de suas atribuições regulamentares, o exercício das funções de agente de execução e assim será denominado para os fins desta lei.

Além da presença obrigatória da figura constitucional do advogado, os tabeliões atuarão como agentes de execução, sendo o terceiro imparcial que fará a “instrução” de tal procedimento extrajudicial, de maneira a obedecer a todas as regras processuais, incluindo os princípios da execução.

As execuções, de acordo com esse projeto, poderão ser tanto de títulos extrajudiciais, quanto dos judiciais transitados em julgado, conforme artigo 14 do PL. Isso traria diversos benefícios ao Poder Judiciário, pois poderia haver uma redução brusca na quantidade de processos de execução que são os maiores responsáveis pelo congestionamento dos tribunais.

Contudo, ressalta-se a necessidade de preparação dos Cartórios para essa fase de desjudicialização, visto que a demanda que sairá do Judiciário desaguará nos Cartórios, que necessitarão de profissionais qualificados para atuarem como agentes de execução, bem como terão que apresentar alternativas para o jurisdicionado que não possui condições de arcar com as altas taxas cartorárias.

É necessário cautela para que o problema não mude apenas de lugar, gerando frustrações e insegurança jurídica para todos. Iniciativas como o Projeto de Lei em questão são válidas e necessárias, pois se evitariam conflitos de entendimento jurídico desnecessários, conforme já exposto. No entanto, é necessário que se crie plano de contingência como alternativa caso essa desjudicialização não gere os resultados esperados.

Afinal, o que aconteceria com o jurisdicionado que teve sua sentença transitada em julgado e ingressou com execução extrajudicial e esta se deu por frustrada? Voltaria a bater nas portas do Judiciário para, novamente, executar o seu título, ou somente amargaria o prejuízo?

Os sistemas que o Judiciário tem acesso são mais amplos do que os fornecidos pelos Cartórios, portanto, em casos onde haja necessidade de demonstração de formação de grupo econômico, ou mesmo que haja uma desconsideração da personalidade jurídica inversa, por exemplo, o agente de execução estaria limitado, visto que depende de decisão judicial para tanto.

Diante de um cenário com fraudes em excesso que impedem a concretização da tutela jurisdicional, a execução extrajudicial seria uma alternativa bastante viável quando se tem certeza de que o executado possui patrimônio em seu nome passível de ser penhorado, o que é raro.

A execução extrajudicial não é um retrocesso, na verdade faz parte da evolução da desjudicialização da jurisdição através de um sistema multiportas que visa a justiça, não prevalecendo a ideia de que esta tem que ser entregue única e exclusivamente pelo Judiciário através de um Juiz em uma Sentença, o que já é uma realidade através dos meios adequados de solução de conflito – como a conciliação, mediação e arbitragem.

A execução extrajudicial é uma esperança aos jurisdicionados que enxergam no Judiciário um Poder por extremo moroso e tido por injusto, quando o jurisdicionado tem apenas o papel da sentença para ser emoldurado na parede de sua sala, e não pode desfrutar da efetivação no mundo real dos seus direitos adquiridos.

4. CONCLUSÃO

O fato é que o Judiciário está com mais processo do que consegue julgar, portanto, necessita de medidas que o auxiliem nessa prestação

jurisdicional, resultando em projetos que visem a desjudicialização de certos aspectos processuais, por exemplo, as execuções extrajudiciais, somados a diversos outros procedimentos que passaram pelo mesmo escopo, a saber a usucapião, divórcio e inventário, todos com possibilidade de serem realizados de forma extrajudicial.

A existência de muitos processos também reflete na existência de entendimentos diversos sobre a mesma matéria, o que dificulta a vida do jurisdicionado, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, em que diante dos conflitos principiológicos existente entre os Juizados e as Execuções, muitas vezes tem sido prejudicado com a extinção precoce de processos sem a haja efetividade na entrega da tutela jurisdicional.

Diante desse cenário, além do fenômeno da desjudicialização, as medidas atípicas são uma importante saída para que haja motivação do devedor a adimplir com os seus débitos, podendo ser utilizadas no âmbito dos Juizados, os quais não podem primar pela celeridade em contrapartida a efetivação da tutela jurisdicional e aplicação das medidas atípicas entendidas com constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

REFORMA TRIBUTÁRIA: MECANISMOS DE TRANSIÇÃO DA EC 132/2023 E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA POLÍTICA DE TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO

Weverton Ayres Fernandes da Silva¹

Luciano Gonçalves Faria Júnior²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise dos mecanismos de transição previstos na **EC 132/2023** e os desafios na implementação da reforma dos tributos sobre o consumo no Brasil. A partir da análise da **EC 132/2023**, será investigado se os mecanismos apresentados são suficientes para a superação dos desafios encontrados. A pesquisa se valeu do método qualitativo por meio da verificação da **EC 132/2023** e das percepções advindas de sua leitura, em comparação com a prática empresarial.

Palavras-chave: Direito Tributário; Reforma tributária; transição; desafios.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the transition mechanisms provided for in **EC 132/2023** and the challenges in implementing the reform of consumption taxes in Brazil. Based on the analysis of **EC 132/2023**, it will be investigated whether the mechanisms presented are sufficient to overcome the challenges encountered. The research uses the qualitative method by verifying **EC 132/2023** and the perceptions arising from its reading, in comparison with business practice.

1 Advogado tributarista. Graduado em Direito pela ESUP/FGV. Cursa MBA em Gestão Tributária pela Universidade de São Paulo (USP/ESALQ). Autor do livro “101 Dicas de Direito Empresarial”. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/GO. Coordenador do Núcleo de Direito Tributário do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD). Coordenador da Subcomissão de Estudos e Artigos Jurídicos da CAJ-OAB/GO. E-mail: weverton@gmpr.com.br.

2 Advogado tributarista. Mestrando em Direito Tributário pelo IDP, especialista em Direito Tributário pela IBET. Coordenador Executivo do Agro da AGET.. E-mail: lucianofaria@joaodomingosadv.com.

Keywords: Tax law; Tax reform; transition; challenges.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar os mecanismos de transição aplicáveis aos tributos incidentes sobre o consumo constantes da Emenda Constitucional 132/2023, que estabelece a Reforma Tributária sobre o consumo, e os desafios que surgirão a partir dessa transição.

O tema emerge como relevante na medida em que a Reforma Tributária propõe a ruptura da forma de tributação sobre o consumo atual, que foi estabelecida em 1988, mas com aproveitamento de regras anteriores a essa data, e o estabelecimento de um novo modelo com novos tributos e normas tributárias.

Diante desse cenário, o trabalho analisará quais os mecanismos de transição previstos na emenda e se eles são suficientes para superar os desafios que surgem a partir desse novo regime tributário sobre o consumo. Nesse sentido, dividiu-se o presente trabalho em 3 capítulos, que são divididos da seguinte maneira.

No primeiro capítulo, serão abordadas as principais mudanças na tributação sobre o consumo estabelecidas pela Emenda Constitucional em comparação ao modelo atual. O objetivo é demonstrar que a Reforma Tributária de fato rompe com o modelo anterior e estabelece relevantes mudanças na tributação sobre o consumo.

No segundo capítulo, por sua vez, investiga-se quais mecanismos de transição estão previstos na emenda e como eles serão acionados.

No terceiro capítulo, por fim, serão apresentados os principais desafios que surgem a partir da Reforma Tributária sobre o consumo. Para cada desafio, será feita a análise se os mecanismos de transição previstos nela são efetivos para a superação desses desafios.

O objetivo do trabalho não é esgotar a temática, uma vez que diversos outros desafios, quiçá desconhecidos até então, podem surgir, bem como podem ser estabelecidos, principalmente com

a regulamentação que já iniciou com o LC 214/2015, promulgada recentemente. A finalidade, portanto, é contribuir com o estudo da Reforma Tributária e propor novas frentes de análise.

O método utilizado neste trabalho foi o método qualitativo, por meio do qual foram analisadas as disposições da Emenda Constitucional 132/2023 e as percepções acerca dos temas que criam divergências e, portanto, têm um desafio a ser superado.

1. AS MUDANÇAS PROPOSTAS PELA REFORMA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO

Apresentada em março de 2019 na Câmara dos Deputados pelo Deputado Baleia Rossi (PMDB), a PEC 45/2019 propunha uma reforma na tributação sobre o consumo no Brasil, que diz respeito aos tributos repassados aos consumidores por meio do preço do produto vendido ou do serviço prestado.

No ano de 2023, a referida PEC foi aprovada, tornando-se a Emenda Constitucional 132/2023, a qual previu a competência constitucional à União para a criação do IS (Imposto Seletivo) e CBS (Contribuição sobre Bens e Serviços), competência compartilhada entre todos os Estados e Municípios para criação do IBS (Imposto sobre Bens e Serviços), bem como a manutenção das contribuições estaduais sobre produtos primários e semielaborados.

Atualmente, a tributação do consumo é feita por meio de cinco tributos, quais sejam, o ICMS, o ISSQN, a contribuição ao PIS, a COFINS e o IPI, que serão tratados de forma breve a seguir.

O **ICMS** é o imposto de competência dos Estados que incide sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. É regido pela Lei Complementar nº 87/1996, pelos Códigos Tributários, Leis, Decretos e Portarias dos Estados, bem como pelos Convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Em regra, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação. A alíquota pode variar de 12 (doze) a 20%

(vinte) por cento, conforme a operação e o Estado. Esse imposto é não-cumulativo, de modo que a lei garante o direito ao crédito referente ao valor pago na etapa anterior da cadeia de produção.

O **ISSQN** é o imposto de competência dos Municípios que incide sobre a prestação de serviços. É regido pela Lei Complementar nº 116/2003, pelos Códigos Tributários, Leis, Decretos e Portarias dos Municípios. Em regra, a base de cálculo é o valor do serviço. A alíquota varia de 2 (dois) a 5% (cinco por cento), conforme o Município. Esse imposto é cumulativo, de maneira que não há direito a crédito.

A **contribuição para o PIS** (Programa de Integração Social) é a contribuição de competência da União que incide sobre o faturamento das empresas. É regida pela Lei Complementar nº 7/1970, pelas Leis e Decretos da União e pelas Portarias e Instruções Normativas da Receita Federal. Em regra, a base de cálculo é o valor faturado. A alíquota pode variar de 0,65 (zero vírgula sessenta e cinco) a 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento). Essa contribuição pode ser cumulativa ou não-cumulativa, a depender da atividade da empresa, da operação e do regime tributário escolhido.

A **COFINS** (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) é outra contribuição de competência da União que incide sobre o faturamento das empresas. É regida pela Lei Complementar nº 70/1991 pelas Leis e Decretos da União e pelas Portarias e Instruções Normativas da Receita Federal. Em regra, a base de cálculo é o valor faturado. A alíquota pode variar de 3,65 (três vírgula sessenta e cinco) e 9,25% (nove vírgula vinte e cinco por cento). De igual modo à contribuição para o PIS, essa contribuição pode ser cumulativa ou não-cumulativa, a depender da atividade da empresa, da operação e do regime tributário escolhido.

A contribuição para o PIS e a COFINS também têm incidência sobre as importações, conhecidas como **PIS-Importação** e **COFINS-Importação**. Nesse caso, a base de cálculo é, em regra, o valor faturado e as alíquotas são de 1,65 (um vírgula sessenta e cinco) a 2,1% (dois vírgula um por cento) para o PIS-Importação e de 7,6 (sete vírgula seis)

a 9,65% (nove vírgula sessenta e cinco por cento), mas podem variar conforme o produto ou serviço importado.

O **IPi** é o imposto de Competência da União que incide sobre Produtos Industrializados. É regido pelo Código Tributário Nacional, pelas Leis e Decretos da União e das Portarias e Instruções Normativas da Receita Federal. A base de cálculo é, em regra, valor da operação com produtos industrializados. A alíquota pode variar de 0 (zero) a 30% (trinta por cento). Esse imposto é não-cumulativo, de modo que a lei garante o crédito referente à etapa anterior da cadeia de produção.

Eis os tributos atuais incidentes sobre o consumo, tratados de forma breve, os quais serão substituídos pelos tributos acima mencionados através de um período de transição.

O modo de tributação trazido pela EC 132/2023 é equivalente ao Imposto sobre Valor Agregado (IVA), utilizado na maior parte dos países desenvolvidos que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A diferença é que, no Brasil, o IVA será dividido em dois (IVA dual): IBS e CBS. Além desses tributos, haverá uma sobretaxa para produtos prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, o IS (Imposto Seletivo).

A fim de preservar a identidade da CBS e do IBS, a emenda dispõe em seu art. 149-B, que eles terão os mesmos fatos geradores, bases de cálculos, hipóteses de não incidência, sujeitos passivos, imunidades, regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação e regras de não cumulatividade e de creditamento.

Nesse sentido, a CBS e o IBS serão os tributos que incidirão sobre as operações com bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou com serviços, conforme disposto no art. 156-A, §1º, inciso I, e no art. 195, inciso V, agora da Constituição Federal. Esses tributos também incidirão sobre as importações, mas não incidirão sobre exportações.

A diferença entre os dois reside, principalmente, na competência para instituição dos tributos. A CBS será de competência da União, enquanto o IBS será de competência dos Estados compartilhada com os Municípios, de modo que será gerida por um Conselho Federativo.

Além disso foi instituído o Comitê Gestor, que será uma entidade pública com independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira que arrecadará o IBS e editará normas, uniformizará a interpretação e aplicação da legislação e distribuirá o produto da arrecadação do IBS. Ele será composto por 27 (vinte e sete) representantes dos Estados e 27 (vinte e sete) representantes dos Municípios e contará com um controle externo feito pelo Executivo dos Estados em conjunto com os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

A CBS e o IBS serão não cumulativos, de modo que será assegurado ao contribuinte o creditamento do tributo no que diz respeito à parcela paga na etapa anterior da cadeia.

Haverá uma alíquota de referência para todas as operações, que atualmente está prevista entre 25,45 (vinte e cinco vírgula quarenta e cinco) e 27% (vinte e sete por cento), uma das maiores do mundo³.

São ressalvadas algumas hipóteses na Constituição Federal quanto à alíquota e possíveis regimes diferenciados. Os setores de educação, saúde, transporte coletivo, produtos agropecuários, aquícolas, pesqueiros, florestais e extrativistas, insumos agropecuários, produções artísticas, culturais e jornalísticas, dentre outros, terão redução de 60% (sessenta por cento) da alíquota padrão. Já os setores de comercialização de dispositivos médicos e de acessibilidade para pessoas com deficiência, medicamentos e produtos de cuidados básicos à saúde menstrual, educação nos termos do PROUNI, dentre outros, terão alíquota reduzida a 0 (zero).

Ademais, não haverá incentivos fiscais senão aqueles previstos na Constituição Federal, que contemplam os seguintes setores: serviços financeiros, operações com bens imóveis, planos de assistência à saúde, restaurantes, parques temáticos, hotelaria e outros.

3 OTTA, Lu Aiko. **Técnicos da Fazenda calculam alíquota-padrão de IVA entre 25,45% e 27%**. Jornal Valor Econômico, Brasília, 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2023/08/08/tecnicos-da-fazenda-calculam-aliquota-padrao-de-iva-entre-2545percent-e-27percent.ghtml>. Acesso em 30/09/2023.

Com isso, qualquer redução ou aumento posterior terá que observar o impacto na alíquota geral.

Diferentemente do modelo atual, o tributo será cobrado no destino, e não mais na origem, o que gerava a guerra fiscal entre os estados.

No geral, a Reforma propõe uma redistribuição da carga tributária. A indústria, que atualmente tem uma alta carga tributária terá uma desoneração⁴, enquanto o setor de serviços, que atualmente tem uma carga tributária menor, terá um aumento na carga tributária.

Nesse sentido, a reforma proposta relembra a estória de Procusto, da Mitologia Grega. Procusto era um bandido que morava na serra de Elêusis e que sempre convidava os viajantes a descansarem em sua casa. Lá, havia uma cama de ferro do exato tamanho dele.

No entanto, todos os hóspedes maiores do que a cama eram amputados a fim de que coubessem nela; enquanto os hóspedes menores do que a cama eram esticados para o mesmo fim.

Do mesmo modo é a reforma tributária. Amputa-se os tributos daqueles que arrecadam mais e estica-se os tributos daqueles que arrecadam menos.

Há, por fim, a previsão do Imposto Seletivo, que incidirá sobre a produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente. Tal tributo integrará a base de cálculo de outros tributos, como o IBS e o CBS, e poderá ter o mesmo fato gerador desses tributos.

Uma vez entendidas as mudanças propostas pela reforma passar-se-á a expor os mecanismos de transição do modelo atual para o modelo proposto na Reforma Tributária.

⁴ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-dez-14/a-aprovacao-da-reforma-tributaria-o-que-pode-significar-para-o-setor-de-servicos/>

2. OS MECANISMOS DE TRANSIÇÃO PROPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O atual sistema tributário brasileiro adveio da Constituição Federal de 1988 e, portanto, tem 35 (trinta e cinco) anos de existência. O sistema atual aproveitou, também, alguns tributos e regras anteriores a 1988, o que remonta a tempos ainda mais pretéritos.

Ao longo desses anos, foram editadas 466.561 (quatrocentos e sessenta e seis mil, quinhentos e sessenta e uma) normas em matéria tributária, conforme estudo de outubro de 2022 feito pelo Instituto de Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)⁵.

Dessa forma, resta claro que a substituição do sistema atual para o modelo instituído não poderia ser feita de forma imediata. Nesse sentido, a Proposta de Reforma Tributária prevê mecanismos de transição do modelo atual para o modelo do IVA dual almejado.

O primeiro mecanismo são o prazo e a forma de substituição dos sistemas. Nesse sentido, é proposto que a transição dure 8 (oito) anos e que ela aconteça de forma gradual.

Conforme o art. 124 da ADCT, em 2026 o IBS será cobrado à alíquota estadual de 0,1% (um décimo por cento) e a CBS será cobrada à alíquota de 0,9% (nove décimos por cento). O montante recolhido a título de CBS e IBS poderá ser deduzido nas apurações de PIS e COFINS, inclusive o PIS-Importação e COFINS-Importação.

A partir de 2027, o art. 125 estabelece que será cobrada a CBS de forma integral e que o PIS, a COFINS, o PIS-Importação e a COFINS-Importação serão extintos. A partir desse mesmo ano, as alíquotas do IPI serão reduzidas a 0 (zero), com exceção aos produtos que também tenham industrialização na Zona Franca de Manaus em 31/12/2026, conforme o art. 126.

5 AMARAL, Gilberto Luiz do, et al. Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 34 Anos da Constituição Federal de 1988. Divulgado pelo Portal Consultor Jurídico (CONJUR) em outubro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-normas-regras.pdf>. Acesso em 30/09/2023.

Até 2028, o IBS será recolhido com a alíquota de 0,1% (um décimo por cento) concomitantemente ao ICMS e ao ISSQN, mas haverá a redução equivalente da alíquota da CBS a fim de compensar a carga tributária, nos termos do que está disposto no parágrafo único do art. 125 da PEC 45/2019.

Na sequência, o art. 127 estabelece que de 2029 até 2032 as alíquotas do ICMS e do ISSQN, bem como os benefícios ou incentivos fiscais ou financeiros relativos a esses impostos, serão reduzidas gradualmente da seguinte maneira:

- 9/10 (nove décimos), em 2029;
- 8/10 (oito décimos), em 2030;
- 7/10 (sete décimos), em 2031; e
- 6/10 (seis décimos), em 2032.

Em 2033, o ICMS e o ISS serão extintos, nos termos do art. 128.

O segundo mecanismo de transição diz respeito à utilização de saldos credores de ICMS existentes na contabilidade dos contribuintes no momento da extinção desse tributo. Nesse sentido, o art. 133 dispõe que os créditos de ICMS existentes no final de 2032 poderão ser compensados com o IBS.

Para que a compensação seja válida, o contribuinte deverá apresentar pedido de homologação dos créditos aos Estados e ao Distrito Federal, que, após aprovado ou no caso de não haver resposta do ente, informarão ao Conselho Federativo.

No caso dos créditos de ICMS originados das entradas de ativo permanente, o crédito de IBS poderá ser compensado no período que remanescer dos 48 (quarenta e oito) meses previstos no art. 20, §5º, da Lei Complementar nº 87/1996. Já nos demais casos, o crédito de IBS será compensado em 240 (duzentos e quarenta) parcelas mensais, iguais e sucessivas. Em todos os casos, os saldos credores de ICMS serão atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) a partir de 2033.

Caso não seja possível compensar o saldo credor de ICMS com o IBS, deverá a Lei Complementar a instituir de uma forma de ressarcimento dos valores aos contribuintes.

Esses são os mecanismos de transição instituídos pela EC 132/2023 no que tange aos pontos que afetam os contribuintes. Há, ainda, uma disposição acerca da transição da distribuição da arrecadação da origem para o destino, mas que não interessa à análise aqui realizada.

3. OS DESAFIOS E AS SOLUÇÕES EXPOSTAS PELA EC 132/2023

Da análise dos mecanismos de transição, pode-se identificar alguns desafios que emergem de lacunas no texto da Reforma Tributária. Tais desafios deverão ser superados a fim de que o novo sistema possa ser efetivo.

3.1 O CUMPRIMENTO DOS PRAZOS

O primeiro desafio será o cumprimento integral dos prazos estabelecidos no plano de transição. Até o fechamento deste artigo, apenas lei complementar que institui o IVA Dual e o IS e cria o Comitê Gestor foi aprovada,

Após, haverá o questionamento e reflexão se serão editadas Leis Ordinárias que instituirão finalmente os tributos em cada Estado e Município, de modo a prever todos os elementos da regra-matriz de incidência tributária, e dos Decretos, Portarias e Instruções Normativas que regulamentarão a cobrança deles na prática.

Em paralelo, será necessário executar alguns pontos práticos da como a criação efetiva do Comitê Gestor, a escolha de seus membros, o seu regimento interno, dentre outros.

Diante disso, pode haver dificuldade no cumprimento desses prazos, uma vez que o ano de 2026 está próximo e há muito o que se preparar para que o novo modelo seja colocado em prática.

3.2 OBSERVÂNCIA PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O segundo desafio diz respeito à garantia de que a Lei Complementar e as Leis Ordinárias sejam fiéis ao que foi estabelecido na EC 132/2023. Trata-se de uma preocupação relevante, uma vez que toda a votação dessa proposta foi baseada na expectativa de que tais atos normativos regulamentassem os tributos da forma como está estabelecido na EC 132/2023, visto que estão sendo editados nesse momento e serão votados em momento próximo.

É importante, portanto, que as Lei Complementares e as Leis Ordinárias, bem como os demais atos normativos editados sobre a matéria, estejam em extrema compatibilidade com o que está disposto na EC 132/2023.

Nesse sentido, destacam-se os princípios estabelecidos no §3º do art. 145 agora da Constituição Federal, que dizem respeito à observância da simplicidade, da transparência, da justiça tributária e do equilíbrio e da defesa do meio ambiente:

Art. 145. (...)

§ 3º O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da **simplicidade**, da **transparência**, da **justiça tributária** e do **equilíbrio e da defesa do meio ambiente**. (sem grifos no original)

Apesar de não terem sido conceituados no texto da própria Constituição Federal, o que caberá à doutrina fazer, tais princípios são extremamente importantes e devem nortear todo o trabalho desenvolvido na edição das leis que regulamentarão a matéria, sob pena de se chegar, com a reforma, a um modelo tão complexo como o atual.

Essa preocupação é também legítima pelo fato de que a incompatibilidade das Leis Complementares e Ordinárias com a Emenda Constitucional acarretará litígios sobre a matéria, que, em

razão da morosidade da justiça, serão definitivamente julgadas após vários anos. Nessa toada, não há mecanismo de transição previsto na EC 132/2023, senão a explicitação de princípios, que previnam essa situação.

Aqui moram outros dois desafios: prevenção ao litígio e a segurança jurídica, que serão abordados a seguir.

3.3 PREVENÇÃO A LITÍGIOS TRIBUTÁRIOS

O desafio de prevenir litígio é relevante, visto que o sistema atual é marcado por um alto grau de litigiosidade, tanto na esfera administrativa, quando na esfera judicial. Essa litigiosidade, a propósito, foi um dos motivos pelos quais foi necessário reformar o sistema tributário atual.

Apenas a título de demonstração dessa litigiosidade, lembre-se da litigiosidade que envolve a contribuição para o PIS e a COFINS. Segundo levantamento do Jornal Valor Econômico⁶, apenas com relação a esses dois tributos há 11 (onze) teses pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça que têm impacto estimado de R\$ 635,4 bilhões.

Na esfera administrativa não é diferente. Diversos exemplos podem ser citados, como são os casos emblemáticos (e até cômicos) referentes à classificação tributária do Sonho de Valsa (Bombom tributado em 5% ou Wafer tributado em 0%?), do Leite de Rosas (Loção embelezadora tributada em 22% ou desodorante tributado em 7%?) e do Neston (Produto de confeitaria tributado em 5% ou floco de cereal tributado em 0%?).

A prevenção ao litígio está intimamente ligada ao fiel cumprimento do que dispõe a Constituição Federal, não só nos pontos previstos na EC 132/2023, mas também os que já foram consagrados

⁶ OLIVON, Beatriz. Disputas de PIS/COFINS podem elevar receitas do governo federal. Brasília, 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/impreso/noticia/2023/05/15/disputas-de-pis-cofins-podem-elevar-receitas-do-governo-federal.ghtml>. Acesso em 30/09/2023.

como garantias dos contribuintes, como exemplo as garantias previstas no art. 150 da Constituição Federal. Para tanto, é necessário que os Poderes Legislativo e Executivos estejam comprometidos a colocar em prática o que está efetivamente disposto na atual Lei Complementar 214/2025, sem extrapolar os direitos e garantias constitucionais dos contribuintes.

Nesse sentido, verifica-se que na EC 132/2023 há um descuido com relação à prevenção de litígios na medida em que não se verifica em seu texto qualquer mecanismo que tenha essa finalidade. Ao contrário disso, verifica-se a existência de pontos que aumentarão a litigiosidade.

A título de exemplo, cita-se a questão dos créditos acumulados de PIS, COFINS, IPI e ISSQN existentes no momento da extinção desses tributos. Nos mecanismos de transição apresentados na EC 132/2023 não há disposição que garanta aos contribuintes a possibilidade de se compensar eventuais créditos daqueles tributos, notadamente aqueles que se originarem de ações judiciais de repetição de indébito.

É de conhecimento público e notório que as empresas litigam na justiça para afastar diversas cobranças abusivas daqueles tributos. Das ações judiciais procedentes aos contribuintes, surge o direito à compensação dos valores pagos indevidamente. Com a morosidade da justiça, não é improvável que discussões sobre os tributos atuais só sejam julgadas de forma definitiva em momento em que já estarão extintos.

Para casos como esse, a EC 132/2023 não dispõe de direito de o contribuinte compensar créditos de PIS, COFINS, IPI e ISSQN acumulados com os débitos de CBS, IBS e IS, como foi feito no caso do ICMS. Dessa forma, há possível litígio acerca dessa questão, uma vez que restará aos contribuintes apenas a opção de receber os créditos tributários referentes ao indébito tributário por meio de precatórios, que demoram muitos anos para serem pagos⁷, de modo a privar os contribuintes do recebimento dos valores que são devidos a eles.

⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/07/fila-de-precatório-de-sao-paulo-chega-a-13-anos-e-custa-r-4-bi-de-juros-por-ano.shtml>

Outro ponto que certamente gerará litígio diz respeito à extinção dos benefícios fiscais em 2032. Nos termos da EC 132/2023, os benefícios e incentivos fiscais concedidos com prazo certo e sob condição até 31/05/2023 serão reduzidos proporcionalmente a partir de 2029 e serão extintos em 2032.

Com isso, prevê-se dois possíveis litígios: 1) com relação aos benefícios eventualmente concedidos após 31/05/2023; e 2) com relação aos benefícios que tinham por prazo certo período superior a 2032.

Para ambos os casos, haverá provável aumento da carga tributária em razão da extinção do benefício ou incentivo fiscal. Para esses casos, a EC 132/2023 não dispõe nem sequer de aplicação da anterioridade nonagesimal e anual para os contribuintes nessa situação, uma vez que a majoração, ainda que indireta, de tributos enseja a aplicação da anterioridade.

Em casos com esse contexto, o STF já entendeu pela aplicação do princípio da anterioridade:

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - Decretos 39.596 e 39.697, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul - Revogação de benefício fiscal - Princípio da Anterioridade - Dever de observância - Precedentes. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao Princípio da Anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150, da Carta. Precedente - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. Multa - Agravo - Artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

(RE 564.225 AgR, rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 02/09/2014, DJE 226 de 18/11/2014.)

Não houve, como dito, previsão de qualquer mecanismo tendente a proteger os contribuintes com benefícios e incentivos fiscais com vigência após 2032, tampouco para prevenir litígios referentes à extinção dessas benesses.

3.4 OBSERVÂNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Não há também previsão na EC 132/2023 sobre o que ocorrerá com os tratados internacionais que versem sobre os tributos que serão extintos, o que gera incerteza e insegurança.

A título de exemplo, pode-se citar o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (em inglês General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), que é um tratado de comércio internacional que prevê isenção de ICMS. Essa isenção, a propósito, já foi validada tanto pelo STJ quanto pelo STF em súmulas:

STJ – Súmula 71

O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICMS.

STF – Súmula 575

À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto sobre circulação de mercadorias concedida a similar nacional.

O texto da EC 132/2023 não prevê um mecanismo de transição que abranja esse tipo de situação, de modo que a tendência é que a isenção seja desconsiderada.

Tal ponto pode ser judicializado, uma vez que o país firmou um acordo internacional com outros países e agora descumprirá o

tratado por meio da Reforma Tributária, que deixou de tratar de forma específica as situações relativas aos tratados internacionais.

3.5 SEGURANÇA JURÍDICA

Intimamente ligado com todos os outros pontos, o desafio da segurança jurídica ganha destaque. Como se sabe, a segurança jurídica é um princípio norteador do Direito Tributário que tem relação com a *previsibilidade* e *coerência* no sistema adotado.

Sob esse prisma, percebe-se que a EC 132/2023 não preza pela utilização de mecanismos que garantam a segurança jurídica nas relações tributárias entre o contribuinte e o fisco. A ausência de previsões expressas sobre determinados temas, a falta de clareza em alguns pontos e a não prevenção de litígios só demonstram que a insegurança jurídica ainda continuará muito forte no Brasil.

A partir do que foi demonstrado, percebe-se que todo o sistema novo nasce de uma incerteza e de uma insegurança jurídica muito grande, o que precisa ser cessado nos próximos passos de aprovação e regulamentação da Reforma Tributária, sob pena de sucumbir todo o sistema tributário, demonstrando-se mais um grande desafio a ser superado.

Ademais, apesar dos avanços trazidos pela LC 214/2025, a ausência de soluções para temas sensíveis ainda compromete a previsibilidade e a confiança no novo sistema tributário.

4. A LC 214/2025: AVANÇOS E OMISSÕES

A LC 214/2025 representou um marco importante para a operacionalização da reforma tributária ao regulamentar aspectos centrais do novo modelo. Dentre os principais avanços, destacam-se:

- A definição clara dos contribuintes, com base na realização de operações onerosas com bens e serviços;

- A disciplina do fato gerador, da base de cálculo e da alíquota de referência, promovendo uniformidade e previsibilidade;
- A regulamentação dos regimes especiais, diferenciados e favorecidos, com critérios objetivos para a aplicação de alíquotas reduzidas;
- A instituição formal do Comitê Gestor do IBS, com previsão de sua estrutura, funcionamento, mecanismos de decisão e controle externo;
- As normas para a compensação de saldos credores de ICMS, estabelecendo prazos, formas de homologação e repasse ao Comitê Gestor.

Apesar desses avanços, a LC 214/2025 apresenta omissões relevantes que comprometem a efetividade da transição. Não houve regulamentação quanto a:

- A compensação de créditos de PIS, COFINS e IPI acumulados, inclusive os oriundos de ações judiciais em curso, o que pode ensejar aumento da litigiosidade;
- A continuidade ou adaptação dos tratados internacionais que versam sobre tributação de bens e serviços, como o GATT, diante da extinção de tributos previstos nesses acordos;
- A transição ou compensação adequada de benefícios fiscais com vigência para além de 2032, incluindo aqueles concedidos com base em legislação federal, estadual ou municipal em vigor até 31 de maio de 2023.

Essas lacunas normativas evidenciam a necessidade de aperfeiçoamentos futuros, tanto por meio de novas leis complementares quanto pela edição de decretos e instruções normativas, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica e estabilidade ao novo sistema, bem como de evitar uma onda de judicialização em razão das novas regras.

CONCLUSÃO

A EC 132/2023 foi publicada visando alterar o cenário da tributação sobre o consumo no país com a missão de simplificação e menor número de litígios. Entretanto, concluímos através desse estudo que os objetivos podem não ser atingidos a curto prazo, principalmente no período de transição.

A partir do que foi demonstrado, percebe-se que a EC 132/2023 instituiu mecanismos de transição, que se limitam ao prazo e à forma de implementação das mudanças, sem, no entanto, se preocupar com pontos mais específicos que podem gerar distorções, discussões e inseguranças.

Diante disso, conclui-se que os mecanismos previstos na Proposta de Reforma Tributária não são suficientes para superar os desafios que se apresentam adiante. Em razão disso, diversas discussões podem surgir, de modo a gerar ainda mais litígios, tanto na esfera administrativa, quando na esfera judicial.

Não se olvida que a EC 132/2023, regulamentada pela LC 214/2025, representa um avanço na busca por um sistema tributário mais racional. Contudo, desafios significativos persistem, especialmente quanto à segurança jurídica e à prevenção de litígios. A legislação complementar precisa ser complementada para consolidar os objetivos da reforma.

Como dito, este trabalho não tem o objetivo de esgotar a matéria e expor todos os desafios possíveis, mas sim de expor os pontos principais que merecem destaque e análise.

Tais problemas, todavia, ainda podem ser solucionados no momento da elaboração das Leis Complementares e das Leis Ordinárias sobre os temas, bem como dos Decretos regulamentadores e das Portarias e Instruções Normativas acerca da matéria.

Por fim, é necessário também que seja incentivada a educação e formação tributária de profissionais da área e de empresários, de modo a apresentar com clareza e transparência as mudanças tributárias e o impacto em cada setor da economia, de modo que haja cooperação

entre todos os participantes da sociedade na construção e execução de uma reforma que seja efetiva para todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14/10/2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 14/10/2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o ICMS. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 14/10/2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de julho de 2003**. Dispõe sobre o ISSQN. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 14/10/2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 07, de 7 de setembro de 1970**. Institui o Programa de Integração Social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp07.htm. Acesso em: 14/10/2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991**. Institui a COFINS. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp70.htm. Acesso em: 14/10/2023.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de março de 2019**. Propõe a Reforma Tributária. Última versão disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2297914&filename=EMA%201%20=%3E%20PEC%2045/2019. Acesso em: 14/10/2023.

SHARENTING: A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA EXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS

SHARENTING: CIVIL LIABILITY ARISING FROM THE EXPOSURE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ON SOCIAL MEDIA

Fabricia Martins Freire¹

O presente artigo abordou o fenômeno do *Sharenting*, prática em que pais compartilham a vida de seus filhos nas redes sociais, focando nos aspectos éticos e legais da responsabilidade civil. Por meio de uma análise jurídica, realizada através de pesquisas bibliográficas, foram examinados os direitos à imagem, privacidade e intimidade (Direitos da Personalidade), especialmente no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Constituição Federal Brasileira. Além disso, destacou-se a responsabilidade dos pais e das plataformas digitais na proteção dos dados de menores. A conclusão da presente pesquisa ressaltou a necessidade de debates futuros sobre questões relacionadas ao *Sharenting* no direito civil. Enfatizou-se a urgência de regulamentações e discussões abrangentes sobre os impactos do *Sharenting* na vida das crianças e dos adolescentes, enfatizando os riscos da exposição pública *online*.

Palavras-chave: *Sharenting*, responsabilidade civil, crianças, adolescentes e direitos da personalidade.

This article addresses the phenomenon of *Sharenting*, a practice in which parents share their children's lives on social media, focusing on the ethical and legal aspects of civil liability. Through a legal analysis based on bibliographic research, the study examined

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Bacharel em Comunicação Social - Publicidade pela Universidade Federal de Goiás. Advogada no escritório LP Soluções Jurídicas. Coordenadora do Núcleo Universitário do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD).

the rights to image, privacy, and intimacy (Personality Rights), particularly in the context of the Brazilian Federal Constitution and the Child and Adolescent Statute (ECA). Furthermore, it highlighted the responsibility of both parents and digital platforms in protecting minors' data. The research concluded by emphasizing the need for ongoing debates regarding Sharenting in civil law. It underlined the urgency of regulatory measures and comprehensive discussions about the impact of online public exposure on children's and adolescents' lives.

Keywords: Sharenting, civil liability, children, adolescents, personality rights.

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, a imagem de um indivíduo é formada por vários elementos e aspectos que caracterizam a personalidade, como gestos, atitudes e traços fisionômicos. Nesta lógica, o direito de imagem é o que garante ao sujeito a possibilidade de proteger a sua figura, a qual só deve ser exposta, em regra, mediante o seu consentimento. O mesmo acontece para os menores sendo necessária a permissão de outrem, responsável legal ou tutor, para essa exibição.

Nesse diapasão, a exposição de detalhes da rotina, como localização, companhia, vestimenta e atividades, desencadeia uma série de interações *online*, que são fundamentais para os usuários das redes serem consideradas pessoas socialmente ativas. Vale ressaltar que, com a população cada vez mais inserida no universo digital, a prática de compartilhar fotos e vídeos de crianças e adolescentes nas redes sociais é uma situação comum. Embora seja compreensível que os pais desejem compartilhar momentos especiais de seus filhos com familiares e amigos, é importante considerar os potenciais riscos associados a essa exposição.

Partindo deste pressuposto, o termo *Sharenting* dispõe sobre o ato de pais compartilharem frequentemente a imagem e informações

pessoais de seus filhos menores, nas redes sociais. No Brasil, a prática é visualizada em diversas plataformas, mas se percebe, principalmente por meio do *Instagram* e do *TikTok*, que as postagens ganham destaque.

Nesse cenário, este artigo estuda o fenômeno *Sharenting* sob diferentes ângulos e busca uma contribuição que amplie a discussão dos desafios decorrentes da exposição de crianças e adolescentes nas redes sociais. Além disso, aborda-se a responsabilidade civil dos representantes legais e das próprias plataformas digitais, de questões cruciais que envolvem os direitos da personalidade, a proteção da privacidade e a definição de limites legais em um ambiente digital em constante evolução.

Portanto, para a construção deste artigo, foi imprescindível a análise detida do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei N. 8069, de 13 de Julho de 1999, da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil - Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

1. CONTEXTO HISTÓRICO - O FENÔMENO SHARENTING

No passado, quando um dos pais queria mostrar a imagem do seu filho, costumava abrir a carteira com orgulho e exibir uma foto 3x4 ou mostrava um álbum de fotos impressas (Affonso, 2019). A divulgação da imagem acontecia de pessoa para pessoa, de forma pessoal e restrita. No entanto, com o surgimento da internet, essa realidade mudou drasticamente. Atualmente, os momentos da vida da criança e do adolescente são registrados e compartilhados nas redes sociais.

Partindo desse pressuposto, o fenômeno *Sharenting* descreve o ato de pais ou terceiros compartilharem frequentemente fotos, vídeos e informações pessoais sobre seus filhos nas mídias sociais, incluindo detalhes íntimos. Isso pode abranger desde relatos engraçados até as dificuldades da maternidade e educação dos menores, momentos especiais e situações únicas, expondo-os de forma pública. A propósito, confirmam-se as seguintes ponderações de Silva Felipe (2019):

Entende-se como *sharenting*, portanto, a prática reiterada de compartilhamento, pelos pais ou responsáveis, de imagens e informações sobre a vida do filho e de seu cotidiano (escolas, atividades extras, viagens, etc) [...] O *sharenting*, por si só, possui aspectos jurídicos na própria relação entre a criança e quem posta a sua imagem ou suas informações. Fato é que, ainda que quem publique na rede tome alguns cuidados – como fazer posts apenas em ambientes privados – supondo que isso seja realmente possível na internet – a imagem da criança permanecerá na rede mundial de computadores por muitos anos, podendo causar a ela prejuízos ou embaraços em algum momento de sua vida (Felipe, 2019, *online*)

O termo em si é um neologismo das palavras em inglês *share*, que significa compartilhar, e *parenting*, que simboliza a criação dos filhos e todas as responsabilidades e atividades que envolvem esse momento na infância, até a adolescência. Nas palavras de Eberlin (2017) temos o seguinte:

A ideia de *sharenting*, também, abarca as situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na internet, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando, constantemente, informações sobre sua rotina. É o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer.” (Eberlim, 2017, p.58).

Nesse sentido, embora seja visível tal prática desde os primórdios da internet, não se tinha um nome exato para a situação, foi quando em 2012, através de um artigo publicado na seção “*Words of the Week*” do *The Wall Street Journal*, que o jornalista americano Steven Leckart cunhou o termo “*Oversharenting*”.

Em 2016, um estudo realizado pela empresa britânica *Nominet* revelou que, em média, os pais costumavam publicar cerca de 1500

fotos de seus filhos desde o nascimento até o quinto aniversário. Do mesmo modo, segundo o relatório “*Who Knows What About Me?*” de Longfield, o *Sharenting* é uma prática em ascensão devido à ampla integração da internet no cotidiano das pessoas, especialmente dos pais.

Dessa forma, a partir de 2020, a pandemia por Covid-19, obrigou as pessoas a se isolarem em casa, para conterem a propagação do vírus, levando a um aumento significativo no compartilhamento de informações por meio de chamadas de vídeo e postagens em redes sociais. Isso se tornou uma maneira de compensar a falta de contato e interação presencial entre as pessoas.

Por conseguinte, as crianças nascidas durante esse período, não puderam desfrutar da tradição de receber visitas (familiares, amigos e outros) para conhecê-las, levando as mães a compartilharem mais fotos para manter os laços afetivos apesar do distanciamento - o que intensificou a presença do *Sharenting*, na contemporaneidade.

Vale ressaltar, ainda, a situação em que, a partir do *Sharenting*, crianças e adolescentes se tornam alvos de publicidade e propaganda, o que é denominado de *Sharenting* comercial. Surge assim uma forma peculiar de exploração da imagem dos filhos, impulsionada pela busca por lucro e popularidade.

Na esfera publicitária, esse fenômeno ocorre em dois contextos distintos. Primeiramente, quando pais influenciadores transformam seus filhos em “micro-microcelebridades”. Nesse caso, uma “micro-microcelebridade” refere-se a uma pessoa que não é nacionalmente famosa, mas alcança notoriedade significativa nas redes sociais, geralmente em nichos específicos, e após ter um filho, expõe a vida deste, tornando-a pública para seus seguidores. Em segundo lugar, quando novos pais buscam construir a presença *online* de seus filhos visando benefícios financeiros e reconhecimento. Esses dois contextos ilustram como o *Sharenting* pode ser impulsionado tanto por aspirações comerciais quanto por aspirações de fama pessoal nas plataformas digitais (Blum-ross; Livingstone, 2017).

Em suma, o fenômeno do *Sharenting* tem evoluído diariamente, apresentando tanto questões éticas quanto implicações da responsabilidade civil dos pais e das plataformas digitais, destacando a necessidade de orientações e regulamentações mais claras para proteger os direitos das crianças e adolescentes no mundo digital, o que será observado adiante no percurso deste artigo.

1.1 SHARENTING NO BRASIL

Os brasileiros são conhecidos por uma cultura acolhedora e vívida. O interesse pelas vidas alheias é uma extensão natural das relações interpessoais. Essa tradição de compartilhar e participar da vida uns dos outros se reflete nos álbuns de família, que capturam os momentos significativos que fortalecem os laços afetivos ao longo das gerações (Alves, 2019). Com o advento das redes sociais, essa tendência se amplificou, permitindo que amigos, familiares e até mesmo desconhecidos acompanhem as histórias de vida como uma linha do tempo virtual (*timeline*).

Por essa e outras razões, o fenômeno *Sharenting* não está distante da realidade brasileira. A presença digital precoce das crianças e adolescentes é evidente, com perfis de mídia social sendo criados para elas antes mesmo de seu nascimento, assim como mencionado no tópico anterior.

Esse fenômeno se entrelaça com a ascensão de jovens criadores de conteúdo, conhecidos como “*youtubers mirins*”, “*mini digital influencers*”, “*blogueiros*”, “*vlogueiros*” e outros, que conquistaram um *status* de celebridade e reconhecimento no país. Além disso, é comum ver crianças viralizarem nas redes sociais como *Instagram* e *TikTok*, por suas travessuras ou gestos adoráveis, levando a oportunidades emocionantes, como participações em programas de televisão populares, em redes de canal aberto ou sendo convidados por marcas, empresas, produtos ou serviços para figurarem como “*garotos propaganda*”.

Diante disso, é possível citar inúmeros casos de *Sharenting* no Brasil. Um caso específico será mencionado no próximo tópico. Basta abrir a *timeline* de qualquer rede social para visualizar a prática.

Este artigo adota uma abordagem neutra em relação à ética de divulgar a rotina de crianças e adolescentes de forma excessiva nas redes sociais. Ao invés de julgar se é certo ou errado expor os filhos diariamente, enfatiza a importância de analisar o tema dentro do contexto da responsabilidade civil. O foco está em explorar os aspectos legais e éticos do *Sharenting*, sem tomar uma posição tendenciosa sobre a prática em si. Ao destacar a responsabilidade civil dos pais e das plataformas digitais, o artigo busca fornecer uma base sólida para debates futuros e possíveis regulamentações sobre o assunto.

1.1.1 ANÁLISE DE CASO - ALICE SECCO

Em 2021, em plena pandemia de Covid-19, em que as pessoas se comunicavam preferencialmente por meio de recursos digitais, por questão de biossegurança, a menina Alice Secco, atualmente - em 2024 - com 4 anos, filha de Morgana Secco e Luiz Gustavo Schiller, viraliza nas redes sociais, em virtude da facilidade de pronunciar palavras polissílabas aos dois anos de idade.

É necessário mencionar que a família de Alice, reside em Londres desde 2017 - continuam na Inglaterra em 2024. Porém, como são brasileiros, seus genitores a educam em ambos os idiomas: português e inglês, o que mais uma vez surpreendeu as pessoas pela comunicação da criança.

O sucesso da garotinha por meio do *Sharenting*, além de chamar a atenção de milhões de pessoas, provocou interesse por parte do Banco Itaú, de modo que o presidente do Grupo Itaú, solicitou que a Direção de Marketing do banco entrasse em contato com os pais da Alice, em Londres, para contratá-la, a fim de estampar em alguns projetos da empresa.

A primeira oportunidade foi um vídeo, semelhante aos já compartilhados pela mãe, em que a criança repete termos como “mobilidade”, “sustentabilidade” e “diversidade”, palavras que representam valores do próprio Banco Itaú. O diretor de Marketing Institucional e Atacado do banco, Eduardo Tracanella, ressaltou o seguinte: “Identificamos na interação, já consagrada nas redes sociais, entre a pequena Alice e sua mãe, uma doce possibilidade de reforçar nossa crença em causas e atitudes que sem dúvida mudam o mundo para melhor” (Propmark, 2021, *online*).

Em sequência, a pequena Alice foi convidada para estrelar, ao lado de Fernanda Montenegro, a campanha de final de ano “_2022 é feito com você”. Diante disso, “respeito”, “esperança”, “humanidade” e “amor entre as pessoas”, são algumas das palavras pronunciadas pela menina Alice Secco, durante a propaganda, o que gerou grande repercussão midiática.

Logo, apesar do consentimento dos pais para participar do anúncio publicitário, a exposição nas redes que envolvem a criança tomou outras proporções. Houve a difusão indevida da imagem da pequena. Nos *stories* do perfil do *Instagram*, a mãe, Morgana, publicou o trecho subsequente: “Muitos são inocentes e engraçados, mas alguns deles não são. A gente quer deixar claro que não deu autorização para nenhum deles, e que a gente não concorda em associar as imagens da Alice para fins políticos e religiosos.” De fato, a reprodução não autorizada de uma criança ultrapassa os limites éticos e legais relativos à imagem infantil (Tilt Uol, 2022, *online*)

O perfil da mãe de Alice, até fevereiro de 2024, acumula no *Instagram*, 4 milhões de seguidores e no *TikTok* possui 4 milhões. Já no canal do *Youtube* constam mais de 770 mil inscritos e 252 vídeos publicados. E, no final de 2022, como uma forma de se desculpar pelas questões causadas em excesso pela propaganda, o Itaú convidou novamente Alice, dessa vez ao lado de outros embaixadores da marca para repetirem a dose de palavras que havia viralizado. Em 2023, Alice foi convidada pela equipe do programa “Domingão do Hulk” do

Luciano Hulk para comentar um quadro com crianças denominado “Pequenos Genios”.

Assim, o caso exemplificado foi escolhido por discutir uma situação atual e frequentemente visualizada nas redes sociais - o *Sharenting* e o *Sharenting* comercial-, além disso, serve para traçar as proporções do compartilhamento e exposição da imagem de uma criança e de um adolescente.

2. DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

É fundamental reconhecer que as crianças e adolescentes têm o direito de brincar e se desenvolver com estímulos emocionais, sociais, culturais, educacionais e motores (Maciel, 2017). No entanto, a exposição excessiva nas redes sociais, promovida por pais ou responsáveis, pode resultar na perda de liberdades e privacidades particulares a elas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei N. 8069/1990, define como criança a pessoa até 12 (doze) anos incompletos e adolescente a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, garantindo sua primazia como sujeitos de direitos e proteção integral. Dessa forma, o Artigo 3º do ECA estabelece que crianças e adolescentes possuem todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade. Os direitos aplicam-se a todos, sem discriminação. O Artigo 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, proíbe qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disso, vale mencionar que a Constituição de 1988, no Artigo 227, coloca como dever da família, sociedade e Estado assegurar, com absoluta prioridade, diversos direitos às crianças e adolescentes, incluindo vida, saúde, educação, lazer, dignidade e proteção contra diversas formas de violência e negligência.

Em suma, essas legislações visam criar um ambiente que proporcione o desenvolvimento saudável e integral da infância e juventude, destacando a responsabilidade coletiva em garantir esses direitos.

2.1 DIREITO À PERSONALIDADE

É crucial destacar que, no contexto do *Sharenting*, os direitos à personalidade assumem particular importância. A personalidade, nesse contexto, refere-se a um conjunto de características de cada indivíduo.

Dessa forma, os direitos da personalidade, conforme Bittar (2015) e Gonçalves (2012), visam proteger valores inatos à pessoa humana, sendo considerados valiosos e dignos de permanente resguardo pela ordem jurídica. Esses direitos estão intrinsecamente ligados ao desenvolvimento e preservação da dignidade individual, constituindo um conjunto de prerrogativas jurídicas aplicáveis a todos na sociedade. Os direitos da personalidade são abordados pelo Código Civil de 2002 no capítulo II do Primeiro Livro, compreendendo os artigos 11 a 21, vejamos:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a

utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815) (BRASIL. Lei nº 10.406)

No contexto específico deste artigo científico, explora-se a discussão dos direitos à imagem, privacidade e intimidade, destacando-se sua relevância no âmbito jurídico.

2.1.1 DIREITO À IMAGEM

Maria Helena Diniz (2012) define a imagem como a individualização figurativa da pessoa, abrangendo tanto a imagem-retrato (características físicas) quanto a imagem-atributo (qualidades). O direito à imagem, segundo Diniz, visa proteger a figura do indivíduo, impedindo sua exposição pública ou mercantilização sem seu consentimento.

Além disso, os juristas Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald discutem no quarto capítulo do livro “Curso de Direito Civil” a relação da responsabilidade civil e o direito à imagem, de modo que logo no início ressaltam o seguinte:

Vivemos uma época que valoriza fortemente a imagem. O culto à imagem é onipresente na sociedade contemporânea (chamada por alguns estudiosos de “sociedade em rede”). Nesse contexto - não poderia

ser diferente - os riscos e danos também crescem de modo exponencial. Quase todos nós trazemos conosco um celular que tem, entre suas múltiplas funções, a capacidade de tirar fotos e fazer vídeos de notável qualidade [...].A internet aumenta os riscos à imagem, isso parece óbvio. Mas, há outro aspecto potencialmente danoso: é que é muito fácil inserir imagens e vídeos na internet, mas não é nada fácil tirar esses vídeos ou imagens de lá (Farias; Netto; Rosenthal, 2023).

No contexto do *Sharenting*, o direito à imagem das crianças é profundamente impactado pela divulgação constante de suas vidas nas redes sociais. Esse fenômeno envolve a exposição pública de aspectos íntimos, muitas vezes sem o consentimento efetivo dos menores.

Ao compartilhar fotos e vídeos, os pais podem comprometer a individualização figurativa da criança, como definido por Maria Helena Diniz (2012). A ausência de consentimento e controle efetivo sobre essas publicações levanta questões éticas e legais, considerando os direitos à privacidade e à própria imagem da criança.

Assim, a prática do *Sharenting* ressalta a necessidade de um equilíbrio delicado entre a comunicação familiar e o respeito aos direitos fundamentais das crianças, especialmente no ambiente digital.

2.1.2 DIREITO À PRIVACIDADE E A INTIMIDADE

O direito à privacidade, que abrange a noção de intimidade, resguarda aspectos da vida particular do indivíduo, permitindo-lhe exercer hábitos e costumes sem interferência externa (Nunes, 2022). No contexto das redes sociais, a violação desse direito torna-se evidente quando seguidores de um perfil, por exemplo de uma mãe, sentem-se no direito de fazer comentários intrusivos sobre a vida e criação dos filhos, invadindo o espaço íntimo da família.

Nesse sentido, o direito à intimidade está profundamente relacionado ao direito à privacidade, sendo essencial para a proteção da vida humana em seus aspectos internos e externos. No contexto jurídico, o direito à intimidade resguarda a vida íntima e reservada do indivíduo, garantindo-lhe um espaço de privacidade e proteção contra interferências externas indesejadas.

Tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil brasileiro asseguram o direito à intimidade como um dos importantes direitos da personalidade. Esse direito é preservado como uma garantia fundamental para a dignidade humana e a autonomia individual.

No que diz respeito às crianças e adolescentes, o direito à intimidade também é tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), juntamente com os direitos à imagem e à privacidade. O ECA reconhece a importância de proteger a intimidade dos menores, uma vez que estão em processo de desenvolvimento e necessitam de um ambiente que respeite sua individualidade e privacidade.

3. DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil é um princípio jurídico que estabelece a obrigação de reparar os danos causados a terceiros em decorrência de atos ilícitos praticados por uma pessoa ou entidade. Em outras palavras, quando alguém causa prejuízo a outra pessoa, seja por ação, omissão, negligência ou imprudência, essa pessoa pode ser responsabilizada pelos danos causados (Farias; Netto; Rosendal, 2021).

A responsabilidade civil pode surgir de diversas situações, como acidentes de trânsito, danos provocados por produtos defeituosos, negligência médica, violação de direitos autorais, entre outros.

Para que haja a responsabilização civil, é necessário que estejam presentes alguns elementos, tais como o dano efetivo, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, a ilicitude da conduta (que pode ser violação de norma legal ou contratual) e, em algumas situações, a culpa do agente (Bittar, 2001).

A reparação dos danos pode se dar de diversas formas, incluindo o pagamento de indenizações em dinheiro, a prestação de serviços para reparação do dano, ou outras formas de compensação conforme determinado pelo ordenamento jurídico.

Em suma, a responsabilidade civil é um dos pilares do sistema jurídico, visando proteger os direitos e interesses das pessoas e assegurar a justa reparação dos danos sofridos em virtude da conduta ilícita de outrem.

3.1 DOS RESPONSÁVEIS LEGAIS

No contexto do *Sharenting*, a responsabilidade civil dos pais em relação à exposição da imagem de seus filhos torna-se uma consideração crucial. A divulgação excessiva e inadequada nas redes sociais pode acarretar consequências legais.

Nessa perspectiva, Silva e Vasconcelos (2020) destacam o que se segue:

Na maioria das vezes o *sharenting* é feito sem conhecimento de que ele pode gerar grandes riscos aos menores. No caso dos pais, a maioria pratica o *sharenting* como forma de demonstrar o orgulho que eles sentem por seus filhos. É importante ressaltar que as postagens feitas pelos pais não têm o intuito de denegrir a imagem de seus filhos, muito menos de expô-los a perigos, porém, ainda que tentem valer-se de instrumentos de proteção de privacidade, tais como configurar as redes sociais para disponibilizar as postagens apenas para amigos, ainda assim poderão estar cometendo um ato atentatório a dignidade daquela criança, bem como expondo-as a outros perigos (Silva e Vasconcelos, 2020, p.7).

Assim, os pais, ao compartilharem a vida de seus filhos *online*, assumem a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais

das crianças, incluindo o direito à imagem, privacidade e intimidade, mencionados na seção anterior. Caso essa exposição resulte em danos, seja de ordem psicológica, social ou mesmo financeira, os pais podem ser responsabilizados civilmente.

A análise para responsabilização inclui a necessidade de obter consentimento para a publicação de conteúdo envolvendo crianças, especialmente quando há propósitos comerciais. A ausência desse cuidado pode levar a questionamentos éticos e jurídicos, envolvendo alegações de violação dos direitos da criança.

Além disso, é essencial considerar o impacto a longo prazo na vida da criança, como possíveis constrangimentos, *bullying*, ou até mesmo a utilização não autorizada de sua imagem em contextos comerciais, como o ocorrido no caso pontuado anteriormente.

Os pais de Alice Secco permitiram e autorizaram a divulgação da imagem de sua filha para o comercial do Banco Itáu, mas diante da gigantesca repercussão da campanha publicitária e os conteúdos já publicados no perfil da mãe, Morgana Secco, fizeram com que memes e reproduções não autorizadas circulassem pela internet, até mesmo em perfis públicos de outras marcas e produtos.

Em síntese, a responsabilidade civil dos pais frente ao fenômeno do *Sharenting* abrange tanto elementos subjetivos quanto objetivos. No primeiro caso, os pais seriam responsabilizados subjetivamente se ficasse evidente que agiram com negligência ao expor excessivamente a imagem dos filhos, exigindo a comprovação de culpa consciente e falta de precauções adequadas para proteger a privacidade infantil.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva entraria em cena se fosse estabelecido que a simples exposição, independentemente de culpa ou negligência, resultou em danos à criança. Nesse contexto, a prova da relação direta entre a exposição excessiva e os prejuízos seria suficiente para fundamentar a responsabilidade dos pais. Essa dualidade destaca a necessidade de um equilíbrio cauteloso entre a liberdade de expressão *online* e a salvaguarda dos direitos e bem-estar das crianças e dos adolescentes.

3.2 DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

A responsabilidade das plataformas digitais no contexto do *Sharenting* envolve o gerenciamento e regulamentação do conteúdo compartilhado por usuários, especialmente quando se trata da exposição de crianças.

As plataformas têm o dever de implementar políticas claras em relação à proteção de menores, incluindo restrições sobre conteúdo que possa violar os direitos das crianças à imagem, privacidade e intimidade. Além disso, devem fornecer ferramentas e mecanismos para denúncias, remoção rápida de conteúdo inadequado e, em alguns casos, restrições de privacidade que permitam aos usuários controlar quem pode visualizar determinadas postagens (Frazão, 2020).

Por essa razão, a responsabilidade das plataformas digitais no contexto do *Sharenting* se enquadra, em grande parte, como uma responsabilidade civil objetiva.

Do mesmo modo, a responsabilidade civil/legal das plataformas digitais pode variar em diferentes jurisdições, mas muitas vezes estão sujeitas a leis que visam proteger os direitos das crianças e dos adolescentes. Caso uma plataforma negligencie suas responsabilidades e permita a disseminação de conteúdo prejudicial, pode enfrentar implicações legais e repercussões públicas.

Assim, é fundamental que as plataformas, como *Instagram*, *TikTok* e *Youtube* compreendam a sensibilidade em torno da exposição de menores nas redes sociais e adotem medidas proativas para garantir um ambiente seguro e ético para os usuários mais jovens.

3.2.1 PROTEÇÃO DE DADOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A proteção de dados de crianças e adolescentes é uma preocupação crescente diante do acesso precoce às telas e da exposição resultante do *Sharenting*. Muitas plataformas definem uma

idade mínima para criar uma conta, frequentemente estabelecida em 13 anos, como estipulado pela Lei de Proteção à Privacidade Online das Crianças (COPPA) nos Estados Unidos.

Contudo, é comum observar violações a essa restrição, com crianças acessando plataformas digitais desde muito cedo, tanto no exterior como no Brasil. Essa exposição precoce *online*, muitas vezes impulsionada pelo *Sharenting*, torna as crianças alvos de campanhas publicitárias, à medida que suas imagens viralizam e chamam a atenção de anunciantes, assim como discutido na seção sobre *Sharenting* desse artigo e mencionado o *Sharenting* comercial.

A falta de respeito à idade mínima estabelecida pelas plataformas, combinada com a exposição intensiva nas redes sociais, são pontos que destacam a necessidade de regulamentações mais rigorosas, robustas e de conscientização sobre os riscos associados à coleta e uso de dados de menores na era digital. Essa preocupação não apenas aborda questões de privacidade, mas também se relaciona diretamente com a integridade e desenvolvimento das crianças e adolescentes no ambiente *online*.

CONCLUSÃO

Em síntese, este artigo concentrou-se na análise da responsabilidade civil no contexto do *Sharenting*, destacando desafios éticos e legais relacionados à exposição de crianças e adolescentes nas redes sociais. Entretanto, considerando que o fenômeno do *Sharenting* é uma discussão em constante evolução, é previsível que nos próximos anos haja uma expansão significativa das discussões no âmbito do direito civil, especialmente nas áreas de família e da infância e juventude.

A disseminação frequente de fotos e vídeos de menores nas *timelines* das redes sociais, embora muitas vezes motivada pela natural vontade de compartilhar momentos importantes com familiares e amigos, introduz um cenário de riscos imensos. A exposição pública de

detalhes íntimos, como a rotina, localização e atividades das crianças, ocorre em um ambiente virtual onde desconhecidos têm acesso. Esse compartilhamento, apesar de bem-intencionado, pode resultar em situações desafiadoras, dada a falta de controle sobre quem está do outro lado da tela e quais são suas intenções. Essa complexidade adiciona uma camada adicional de preocupação às implicações éticas e legais do *Sharenting*.

Dessa forma, o fenômeno apresentado por meio deste artigo emerge como um tema relevante no contexto jurídico contemporâneo, demandando uma atenção constante para o desenvolvimento de regulamentações mais abrangentes e para a promoção de debates que considerem o impacto a longo prazo na vida das crianças e adolescentes no ambiente digital. Essas discussões prometem moldar o cenário do direito civil, proporcionando um arcabouço legal mais adaptado às dinâmicas da sociedade digital.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Filipe José. **Influenciadores Digitais e o Direito à Imagem de seus Filhos: Uma Análise a partir do Melhor Interesse da Criança.** Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro-PGERJ, v. 2, n. 2, mai./ago. 2019. Disponível em: <[<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/60>]>. Acesso em: 01 jul 2023.

Além do meme: plataformas são responsáveis por hiperexposição de criança. Tilt Uol Disponível em:<[<https://www.uol.com.br/tilt/analises/ultimas-noticias/2022/01/15/alem-do-meme-plataformas-sao-responsaveis-por-hiperexposicao-de-crianca.htm>]> Acesso em: 15 de nov. de 2023

ALVES, Rafael Delfino Rodrigues. **Álbum de família nos perfis criados para filhos(as) no Instagram: uma encenação em três atos (2018-2019).** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Comunicação, nível Mestrado, da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2019.

BRASIL. Constituição (1998), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado,1998.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BITTAR, C. A. **Os direitos de Personalidade.** 8º ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar- São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática.** 4ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 2001.

BLUM-ROSS, A.; LIVINGSTONE, S. **Sharenting: parent blogging and the boudaries of the digital self.** Popular Communication, Londres, v. 15, n. 2, p. 110-125, maio 2017. Disponível em: <[<http://eprints.lse>.

ac.uk/67380/1/Blum- Ross_Sharenting_revised_2nd%20version_2017.pdf>] Acesso em: 17 set. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. Editora Saraiva, 2012

EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. **Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Volume 7, N° 3, 2017. Disponível em:<[<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/4821/xml>]>] Acesso em: 13 out 2023

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei no 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm]>]. Acesso em: 31 ago 2023.

FRAZÃO, Ana. **Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes**. Criança e Consumo, 2020. Disponível em: <[<https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/11/dever-geral-de-cuidado-das-plataformas.pdf>]> Acesso em: 17 fev 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - V.3 - Responsabilidade Civil (2023)**. 10ª edição. Editora Juspodivm, 26 de janeiro de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 6ª edição. Editora Jus Podivm, 2021.

FELIPE, Silvia. **O Sharenting e os Filhos de Pais Separados**. Juristas, 20 de maio de 2019. Disponível em:<[<<https://juristas.com>.

br/2019/05/20/o-sharenting-e-os-filhos-de-pais-separados/\>.>] Acesso em: 13 out 2023

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro. Volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. — 10. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título. CDU-347(81)

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 10^a edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

LECKART, Steven. **The Facebook-Free Baby: Are you a mom or dad who's guilty of oversharenting? The cure may be to not share at all.** The Wall Street Journal, 2012. Disponível em: <[<https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304451104577392041180138910>]>. Acesso em: 02 de out de 2023

NOMINET. **Parents oversharing family photos online lack basic privacy know-how.** Disponível em: <[<https://www.nominet.uk/parents-oversharing-family-photos-online-lack-basic-privacy-know/>]>Acesso em: 15 out 2023.

UNIFICAÇÃO DE PROCESSOS E ATIVOS: UMA ANÁLISE DA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL NOS CASOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

UNIFICATION OF PROCESSES AND ASSETS: AN ANALYSIS OF PROCEDURAL AND SUBSTANTIAL CONSOLIDATION IN CASES OF JUDICIAL RECOVERY

Letícia Marina da S. Moura¹

Resumo: O artigo explora os conceitos de consolidação processual e consolidação substancial no contexto de empresas insolventes que buscam o soerguimento. Em suma, a consolidação processual envolve a unificação de processos judiciais relacionados a uma mesma empresa insolvente, evitando decisões conflitantes e garantindo maior eficiência. Já a consolidação substancial integra os ativos e passivos de empresas relacionadas em um único processo de insolvência, facilitando a reestruturação e a distribuição equitativa entre os credores. Desse modo, o estudo busca identificar os principais benefícios e desafios desses conceitos, oferecendo *insights* para profissionais do direito, economistas e gestores empresariais.

Palavras Chaves: Insolvência Empresarial, Unificação de Ativos e Passivo, Recuperação Judicial, Falência, Grupo Econômico.

Abstract: The article explores the concepts of procedural consolidation and substantive consolidation in the context of insolvent companies seeking recovery. In short, procedural consolidation involves the unification of legal proceedings related to the same insolvent company, avoiding conflicting decisions and ensuring

¹ Advogada e jornalista. Especializada em Falência e Recuperação de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR); Direito Empresarial pela Faculdade Legale e em Assessoria de Comunicação e Marketing pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Certificação Profissional de Compliance Anticorrupção em curso pela Legal Ethics Compliance (LEC). Membro pesquisadora do Grupo de Grupo de Estudos Avançados em Processo Recuperacional e Falimentar da Fundação Arcadas/Faculdade de Direito da USP.

greater efficiency. On the other hand, substantive consolidation integrates the assets and liabilities of related companies into a single insolvency process, facilitating restructuring and equitable distribution among creditors. Thus, the study aims to identify the main benefits and challenges of these concepts, providing insights for legal professionals, economists, and business managers.

Keywords: Corporate Insolvency, Asset and Liability Unification, Judicial Recovery, Bankruptcy, Business Group.

1. INTRODUÇÃO. UMA BREVE SÍNTESE DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FORMAÇÃO DOS GRUPOS EMPRESARIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DA EMPRESA EM CRISE

A proteção da função social da empresa e dos interesses dos credores é essencial para a estabilidade econômica e a manutenção do tecido empresarial. No Brasil, assim como em outros sistemas jurídicos desenvolvidos internacionalmente, existem diversos mecanismos que buscam atingir esse objetivo.

É evidente que os debates e mudanças nas regulamentações relacionadas à insolvência empresarial estão intrinsecamente ligados às várias crises na economia global. Ao longo dos anos, esse sistema evoluiu de uma abordagem focada exclusivamente na proteção individual de credores e devedores para a criação de normas que visam proteger o interesse coletivo e a função social das empresas como atividades econômicas.

Nessa esfera, correlacionado ao objeto do estudo, a Lei nº 11.101/2005, também conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF), tem como objetivo estabelecer um regime jurídico que permita superar crises econômico-financeiras enfrentadas pelas

empresas, preservando a atividade empresarial e a manutenção dos empregos (art. 47²).

Em nota, por preservação da empresa, não estamos nos referindo apenas ao registro formal (como o CNPJ). A verdadeira essência da empresa reside na sua atividade produtiva. Ou seja, é essencial reconhecer que o verdadeiro valor e impacto de uma empresa vão além da sua estrutura legal, refletindo-se na contribuição econômica e social através da geração de bens, serviços e valor para a comunidade.

No microsistema estabelecido pela Lei nº 11.101/2005, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, apenas o devedor tem legitimidade ativa para solicitar a recuperação judicial. Ou seja, não é permitida a recuperação por iniciativa dos credores, pelo Ministério Público ou de ofício pelo Poder Judiciário.

Estabelecidos os objetivos das ferramentas de insolvência, é essencial delimitar a quem elas se destinarão. Ao longo dos mais de doze anos de tramitação do anteprojeto que resultou na Lei de Recuperação e Falências (LREF)³, foram poucas as alterações substanciais registradas no rol dos sujeitos legitimados à recuperação judicial. Em suma, a exclusão desses sujeitos das normativas da Lei nº 11.101/2005 ocorre por duas razões principais: primeiro, pela vedação expressa do artigo 2º da Lei nº 11.101/2005; segundo, pelo não enquadramento na definição de empresário e sociedade empresária conforme estabelecido pelo Código Civil.

Desse modo, logo no início da legislação, fica clara a intenção de não aplicar suas normas aos seguintes sujeitos: (I) empresas públicas e sociedades de economia mista; (II) instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência

2 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

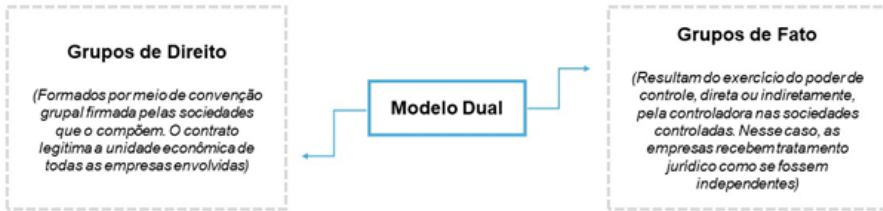
3 BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>. Acesso em: 14 mar. 2022.

complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades equiparadas por lei às mencionadas (artigo 2º da Lei nº 11.101/2005). Assim, as ferramentas são destinadas ao empresário e da sociedade empresária de qualquer porte e com mais de dois anos de operação (artigo 48 da Lei nº 11.101/2005⁴).

Superada a questão da legitimidade, *pari passu*, é notório que a complexidade das relações societárias também demandaria uma análise pormenorizada das normas destinadas à insolvência empresarial com o fito de assegurar a máxima proteção. Dentro desse tópico, por sua vez, adentramos ao cerne do estudo: a formação de grupos societários e suas implicações na seara do direito da empresa em crise, notadamente aos casos de recuperação judicial.

Em linhas gerais, a formação de grupos societários envolve a união de duas ou mais empresas com o objetivo de atuarem de forma coordenada, compartilhando interesses e recursos. A Lei nº 6.404/1946 (Lei das S.A) foi a primeira legislação a disciplinar sistematicamente os grupos societários no ordenamento jurídico brasileiro, adotando o modelo dual como base para o enquadramento:

4 **Art. 48.** Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.



(Imagem I: sinopse do modelo dual adotado pela Lei nº 6.404/1946)

Sobre a questão, à luz dos estudos acadêmicos sobre a questão, elucidam-se as implicações da adoção do modelo na seara jurídica:

[...] Neste sistema dual, **importa a natureza do vínculo existente entre as sociedades**. Em outras palavras, é relevante verificar se a ligação entre elas se estabelece por meio de uma convenção grupal ou decorre da mera participação de sociedade do capital social da outra sociedade, de modo a lhe conferir o poder de controle. **A disciplina dos grupos de direito rompe com o pressuposto de independência da sociedade, assumindo a existência de influências econômicas externas e a unidade de um grupo empresarial**. De fato, a Lei 6.404/1976 permite a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra ou ao do grupo apenas nos grupos societários convencionais (art. 276). (PRADO⁵, 2005, p. 05) (Sem grifo no original).

Por fim, um ponto importante a ser levantado é que o reconhecimento da existência de grupo econômico não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, pois, no primeiro caso, não se levanta o véu da autonomia patrimonial da empresa, mas há ampliação do âmbito dos efeitos subjetivos da tutela jurisdicional

5 PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. Revista Direito GV, São Paulo, v.1, n. 2, p. 5-27, jun./dez. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101781>. Acesso em: 11 jun. 2024.

para que outras pessoas jurídicas integrem a relação jurídica, ao se considerar as integrantes do grupo econômico em unicidade⁶. Ou seja, a mera existência desse grupo não implica automaticamente na descon sideração da personalidade jurídica das empresas que o compõem.

Desse modo, enquanto o grupo econômico amplia o alcance das obrigações e responsabilidades entre empresas interligadas, a descon sideração da personalidade jurídica é uma medida mais drástica que visa responsabilizar diretamente os sócios ou administradores da pessoa jurídica.

Em arremate sobre o assunto inicial, nas palavras da Ministra Fátima Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça (STJ): a teoria maior da descon sideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova da insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da descon sideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da descon sideração)⁷.

Diante desse quadro, observando-se a realidade dos grupos econômicos à luz das diretrizes da Lei nº 11.101/2005, o grau de interdependência entre as diversas sociedades que o compõem influenciará na proposição da solução para a crise, de modo que uma condução conjunta da recuperação judicial, por meio de um plano consolidado, apresenta-se como medida não apenas útil, mas muitas vezes indispensável à efetividade de todo o processo de reestruturação das atividades do grupo⁸.

6 *Vide* Agravo de Instrumento nº 0726495-10.2019.8.07.0000, TJDF, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 17/06/2020, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/06/2020.

7 STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/03/2004 p. 230 RDR vol. 29 p. 356. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2000%2F0097184-7&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 10 jun. 2024.

8 CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: Falência e Recuperação de Empresa. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 140.

Sob esse prisma, é fundamental a análise da consolidação processual e substancial nos procedimentos de insolvência empresarial.

2. GRUPOS ECONÔMICOS: CONCEITOS ESSENCIAIS PARA A ADOÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

Antes de adentrarmos às implicações jurídicas da formação de um grupo econômico nos procedimentos de insolvência, é necessário, inicialmente, aprofundar na própria conceituação do objeto. Em termos gerais, a existência de um grupo econômico consistiria em duas ou mais empresas que estão interligadas por relações de controle, coordenação ou dependência econômica. Ou seja, essas empresas podem compartilhar recursos, interesses comerciais e estratégicas. Diante disso, são alguns pontos importantes sobre grupos econômicos:



(Imagem II: pontos relevantes da configuração de grupo econômico)

Utilizando-se das palavras do doutrinador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo⁹, aprofundamos sobre o conceito em tela:

A despeito de não se ter convergido para um conceito uniforme de grupo econômico, tem-se, a partir da experiência colhida no direito comparado e no próprio direito brasileiro, que o elemento mais relevante para a sua identificação consiste na presença da direção econômica unitária entre as diversas sociedades que dele participam. **São entidades jurídicas, portanto, dotadas de autonomia jurídica e patrimônios próprios e distintos, mas submetidas a uma direção unificada.**

A unidade de direção econômica será mais ou menos intensa, dependendo da natureza do vínculo grupal. O controle é reconhecidamente um meio mais agudo de implementação de uma direção única entre as sociedades controladas e controladora. Mas outros instrumentos ou mecanismos que não a relação de controle poderá levar à unificação da direção econômica, fazendo daí surgir um grupo econômico, ainda que com maior descentralização, privilegiando a coordenação. Do fato, tem-se a distinção doutrinária entre grupos de subordinação e de coordenação. O primeiro é grifado por uma hierarquia mais rígida entre a sociedade controladora e as suas controladas; o segundo se manifesta a partir de uma unidade de direção sem relação de dominação ou de dependência entre as sociedades que o compõem.

Os grupos econômicos podem, ainda, ser classificados consoante os meios ou os instrumentos utilizados para a sua constituição, daí resultando três grandes categorias: grupos de direito, grupos de fato e grupos pessoais.

⁹ Comentários à Lei de Recuperação de Empresas [livro eletrônico] / Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, coordenador. - 1. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Os grupos de direito são instituídos por contrato (convenção de grupo) que subordina as sociedades controladas ou filiadas à sociedade controladora, razão pela qual são grupos de subordinação. Já os grupos de fato são resultantes de ligações societárias e do simples exercício do poder de controle de uma sociedade sobre outras, sem haver um vínculo contratual formal de constituição do grupo. Conforme o uso do poder de controle, poderá se ter um grupo de subordinação, como um grupo de coordenação. Por fim, **os grupos pessoais são aqueles instituídos pela coincidência verificada nos órgãos de administração de diversas sociedades, que atuam de forma coordenada, numa espécie de controle gerencial compartilhado, razão pela qual são normalmente grupos de coordenação.**

Mas o que realmente importa é que, independentemente da forma ou do instrumento de estruturação das relações entre as sociedades formadoras do grupo econômico, haja direção econômica unitária, sem o que não haverá grupo (Sem grifo no original).

Como se pode observar, embora as pessoas jurídicas sejam independentes, elas são geridas por uma direção centralizada. Isso significa que há uma coordenação ou controle comum sobre as decisões estratégicas e operacionais dessas entidades. No contexto das implicações jurídicas nos procedimentos de insolvência, é essencial considerar como as dívidas, ativos e obrigações são tratados dentro do grupo. A insolvência de uma empresa pode impactar as demais empresas do grupo, e os credores podem buscar ativos em todas as empresas relacionadas.

Nesse cenário, a consolidação processual¹⁰ é uma medida aplicável quando há a formação de um grupo de empresas, visando

10 **Art. 69-G.** Os devedores que atendam aos requisitos previstos nesta Lei e que integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial sob consolidação processual. § 1º Cada devedor apresentará individualmente

promover a eficiência e agilidade processual. No entanto, é importante destacar que essa medida tem um caráter estritamente procedimental e não resulta na fusão dos ativos e passivos das empresas envolvidas. Isso ocorre devido à preservação da independência jurídica e patrimonial de cada entidade do grupo, mantendo suas responsabilidades e obrigações individuais.

A consolidação processual nada mais é do que a possibilidade de que várias sociedades ingressem, conjuntamente, com um único pedido de recuperação judicial. Em essência, trata-se de uma forma de litisconsórcio ativo, onde múltiplas sociedades solicitam, juntas, o processamento de suas recuperações judiciais.

Por outro lado, a consolidação substancial ocorre quando as empresas do mesmo grupo econômico atuam de forma unitária em suas atividades empresariais, evidenciando interconexão e confusão patrimonial. Essa situação pode ser comprovada por meio de contas centralizadoras, regime de caixa único e coincidência de instalações, entre outros fatores. Aproximando-se mais dessa definição, cita-se o ensinamento de Daniel Carnio Costa e do Magistrado João de Oliveira Rodrigues Filho¹¹:

[...] A consolidação substancial consiste na utilização do patrimônio de todas as empresas pertencentes ao grupo econômico para o pagamento de todos os credores do grupo econômico, desconsiderando-se a personalidade jurídica ou a autonomia existencial de cada uma das empresas componentes do grupo econômico. [...] No direito brasileiro, dá-se a consolidação substancial quando as empresas do grupo econômico se apresentam como um bloco

a documentação exigida no art. 51 desta Lei. § 2º O juízo do local do principal estabelecimento entre os dos devedores é competente para deferir a recuperação judicial sob consolidação processual, em observância ao disposto no art. 3º desta Lei. § 3º Exceto quando disciplinado de forma diversa, as demais disposições desta Lei aplicam-se aos casos de que trata esta Seção.

11 COSTA, Daniel Carnio. *Prática de Insolvência empresarial: decisões judiciais em recuperação de empresas e falências*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 126.

único de atuação e são vistas pelo mercado como uma unidade para fins de responsabilidade patrimonial, observando-se confusão patrimonial e utilização abusiva da separação da personalidade jurídica em prejuízo aos credores. **A consolidação substancial e a desconsideração da personalidade jurídica são, na verdade, duas facetas de uma mesma moeda ou são ligadas por uma via de mão dupla** (Sem grifo no original).

Assim, em uma breve retrospectiva histórica do objeto jurídico e sua correlação com o Direito da Empresa em Crise, é importante destacar que a redação original da Lei nº 11.101/2005 não previa a recuperação judicial de grupos societários. No entanto, ao longo dos anos e considerando-se a complexidade das estruturas societárias existentes, a jurisprudência passou a admitir a formação de litisconsórcio ativo para pedidos de recuperação judicial com base nas regras do Código de Processo Civil (art. 189 da Lei nº 11.101/2005¹²). Posteriormente, a reforma introduzida pela Lei nº 14.112/2020 regulou o processamento da recuperação em consolidação processual e substancial, através dos artigos 69-G a 69-L da Lei nº 11.101/2005.

Sobre a questão, contamos com a assertividade habitual de Marcelo von Adamek¹³ para lançar uma luz sobre o objeto do presente estudo:

[...] Embora críticas à desatualização da nossa legislação concursal ecoem no direito brasileiro há anos, mesmo a Lei nº 11.101/2005 (“LRF”), inspirada que foi em lei-modelo internacional, não previu nenhum especial tratamento para os

12 **Art. 189.** Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei.

13 ADAMEK, Marcelo Vieira von. Estudos e Pareceres – Recuperações de Empresas e Falência; Obrigações e Contratos Empresariais: Direito Empresarial Contemporâneo 4. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

delicados problemas da crise econômico-financeira das empresas plurissocietárias. Como em 2005 o fenômeno grupal já era uma realidade estridente, a conclusão lógica a extrair é que o legislador então conscientemente preferiu ignorá-lo para, ao invés disso, se dedicar a por vezes disciplinar a falência e a recuperação... do empresário individual. A bem dizer, o atraso legislativo na regulação dos problemas da insolvência do grupo de empresas não é exclusividade nossa: também em legislações mais modernas esse mesmo descompasso se verificou e, em alguns casos, ainda hoje se verifica.

Em harmonia, Fábio Ulhoa Coelho¹⁴ é perspicaz quanto a sua análise: “o art. 69-J é um despropósito, quando interpretado literalmente”. Na visão do autor, sempre haverá, em qualquer grupo econômico, as garantias cruzadas, relação de controle ou dependência e a identidade, ainda que parcial, de sócios referidas nos incisos I a III. Portanto, a única característica que pode, ou não, se verificar num determinado grupo é a atuação conjunta no mercado, a que se refere o inciso IV. Não obstante, é sempre válido reforçar o alerta doutrinário:

Garantias cruzadas, vínculos societários de dependência e controle, identidade de sócios e atuação conjunta no mercado decididamente **não são ilícitos que precisam ser corrigidos pela ineficácia-sanção**. Apenas quando usados como expedientes abusivos, destinados à manipulação da autonomia patrimonial é que essas realidades típicas ou frequente de todo e qualquer grupo justifica uma decisão judicial punindo ilicitudes.

14 Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. - 5. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Desse modo, nos tópicos a seguir, abordaremos as diretrizes e implicações trazidas pela seção “Seção IV-B - Da Consolidação Processual e da Consolidação Substancial” aos procedimentos de recuperação judicial.

3. CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL: OS PRINCIPAIS REQUISITOS E IMPACTOS NOS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1. A UNIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS: DELIMITANDO A APLICAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL NA PRÁTICA EMPRESARIAL

Imagine que várias empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico enfrentem dificuldades financeiras e decidam entrar com um pedido de recuperação judicial. Com as diretrizes da Lei acerca da possibilidade de consolidação processual, a norma permite que essas empresas ingressem conjuntamente com um único pedido de recuperação judicial.

Assim, o principal efeito da consolidação processual é a unificação dos procedimentos judiciais. Isso impacta diretamente: (I) economia de recursos por evitar a duplicação dos atos processuais; (II) coerência das decisões exaradas e (III) promove a agilidade do procedimento, já que todas as questões inerentes ao grupo são tratadas em um único processo.

No entanto, cada um dos litisconsortes deve preencher os requisitos para o pedido de recuperação judicial (art. 48 da Lei nº

11.101/2005)¹⁵ individualmente, bem como a documentação exigida no art. 51 da Lei nº 11.101/2005¹⁶.

Transcreve-se, no ponto, lição de Marcelo Barbosa Sacramone¹⁷:

[...] Para que possam obter maior eficiência operacional, com o ganho de economias de escala e a maior penetração em mercados, os empresários ou

15 São requisitos específicos e cumulativos para concessão da recuperação judicial: (I) Exercício regular das atividades há mais de dois anos; (II) Não ser falido ou, se falido, que suas obrigações já tenham sido extintas; (III) Não ter obtido recuperação judicial há menos de 5 anos; (IV) Não ter obtido recuperação judicial, com base em plano especial, há menos de 5 anos; (V) Não ter sido condenado por crime falimentar, nem ter como sócio controlador ou administrador pessoa condenada por crime falimentar (art. 48 da Lei nº 11.101/2005).

16 **Art. 51.** A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito; III – a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados; X – o relatório detalhado do passivo fiscal; e XI – a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o § 3º do art. 49 desta Lei.

17 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência / Marcelo Barbosa Sacramone. - 5. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2024.

as sociedades empresárias poderão constituir grupos empresariais.

Como forma de constituição, o grupo poderá ser de direito ou de fato. [...] O grupo, mesmo que de direito, não possui personalidade jurídica. Ainda que as sociedades integrantes possuam interesses comuns e se submetam a uma unidade de direção, cada qual conserva suas obrigações sociais apartadas das demais e seu patrimônio social isolado. Ainda que inseridos numa estrutura de grupo, independentemente de qual ele seja, a personalidade e o patrimônio de cada uma das sociedades integrantes permanecerão distintos das demais (art. 266 da Lei n. 6.404/76).

[...] Dessa forma, nos grupos de fato, de forma ainda mais nítida, a manutenção da autonomia patrimonial no interior do grupo societário implica que os débitos contraídos pela sociedade em face de terceiros não poderão ser exigidos em relação às demais do grupo, cuja solidariedade não se pressupõe. O terceiro contratante possui, como risco de inadimplemento de seu crédito, a garantia do patrimônio geral apenas da sociedade devedora.

Nesses casos, possível que uma ou algumas das sociedades integrantes desse grupo de fato sejam acometidas por crise econômico-financeira e pretendam obter a recuperação judicial. A pretensão poderá ser exercida em litisconsórcio como mera alternativa para que os empresários possam reduzir os custos processuais e suas despesas com a recuperação judicial.

Trata-se de litisconsórcio facultativo ou de consolidação processual, em que apenas algumas sociedades pertencentes ao grupo poderão pretender litigar conjuntamente, sem que haja a necessidade de inclusão das demais. Os processos poderiam ser inclusive reunidos, desde que não estivessem as recuperações judiciais em fase distintas.

Nada impediria que as referidas sociedades promovessem processos autônomos de recuperação

judicial, assim como poderiam procurar se reestruturar de outra forma, ou ingressar com pedido de autofalência.

O mesmo autor, ocupando o encargo de juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, proferiu decisão¹⁸ nos autos da recuperação judicial do Grupo Schahin¹⁹ - com atuação nos setores de engenharia, infraestrutura e petróleo e gás – que auxilia na compreensão das diferenças basilares entre a consolidação processual e a substancial na prática empresarial:

[...] A legitimidade *ad causam* regulada pela Código de Processo Civil busca tutelar o princípio da economia processual e evitar decisões contraditórias entre pessoas na mesma ou em similar situação jurídica. Desta maneira, uma vez reconhecida a existência do grupo societário formado entre as empresas requerentes, para que o processamento do pedido de recuperação judicial seja deferido, aceitando-se a formação do litisconsórcio ativo, devem ser observados não apenas os requisitos previstos nos artigos 48 e 51 da LRE, mas também aqueles encontrados no artigo 46 do CPC. [...] Duas situações devem ser diferenciadas, nesse aspecto. Uma primeira situação de existência de grupo de fato, cujas sociedades possuem participação relevante entre si. **Nos grupos de fato, as personalidades jurídicas de cada um dos integrantes do grupo é preservada e cada qual deve orientar-se pela preservação de sua autonomia e tutela de seu interesse social.** Nessa

18 *Vide* Decisão de 1º Grau proferida no processo nº 1037133-31.2015.8.26.0100, do Juiz Marcelo Barbosa Sacramone, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo - SP, decisão proferida em 19/01/2016, tratando da consolidação processual nos autos da recuperação judicial do Grupo Schahin: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000GH0W0000&processo.foro=100&processo.numero=1037133-31.2015.8.26.0100&gateway=true>. Acesso em: 10 jul. 2024.

19 O pedido de recuperação judicial do grupo abrangia 28 empresas, no Brasil e exterior, de um total de cerca de 50 que formam o conglomerado.

primeira situação, a relação jurídica estabelecida entre a pessoa jurídica integrante do grupo e o credor é estabelecida com base na maximização dos interesses dos próprios agentes da relação jurídica. A autonomia da personalidade perante as sociedades do mesmo grupo garante que o credor possa aferir os riscos da contratação diretamente com base no capital social da contraparte, bem como assegura que eventual situação de crise de outra pessoa jurídica integrante do grupo não contamine as demais, eventualmente em situação financeira sadia. Diante desse primeiro caso, as dívidas de todo o grupo ou das demais sociedades que o integram não devem ser consolidadas num quadro geral de credores único, bem como não devem ser submetidas a um único plano de recuperação. A autonomia das personalidades jurídicas implica o tratamento diferenciado do risco contratado por cada um dos credores, os quais não podem ser assim igualados. **A aglutinação das referidas personalidades jurídicas distintas num único feito, nessa hipótese, é apenas medida de economia processual.** Como consequência, os planos devem ser separados para cada pessoa jurídica, ainda que integrem um único documento, e cada qual deverá ser votado por seus próprios credores. [...] Situação diversa ocorre quando, no interior do grupo, as diversas personalidades jurídicas não são preservadas como centros de interesses autônomos. Nessa hipótese, há confusão patrimonial em sua atuação conjunta e as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem “suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial” (STJ, ROMS 14168/SP, rel. Min. Nancy Andrighi) (Grifou-se).

Extrai-se, em conclusão, que a consolidação processual ocasiona os seguintes efeitos em um processo de recuperação judicial: (I) Respeito à Separação Jurídica: a separação jurídica entre as sociedades

do grupo é respeitada durante o processo, promovendo a aglutinação processual em um único feito apenas como medida de economia processual; (II) Relações de Credores Individuais: Os credores de cada empresa devedora se reunirão separadamente; (III) Votação Separada da Assembleia Geral de Credores: mesmo que as assembleias de votação do plano de recuperação judicial sejam programadas para a mesma data, cada uma será realizada de forma separada; (IV) Resultado Individualizado do Ato Assemblear: O resultado de cada votação será específico para cada empresa devedora, não havendo consolidação dos resultados para todas as empresas do grupo.

No que se refere ao foro competente ao julgamento, a Lei nº 11.101/2005 resolve ao delimitar que o juízo do local do principal estabelecimento entre os dos devedores é competente para deferir a recuperação judicial sob consolidação processual, em observância ao disposto no art. 3º da Lei Especial. Isso é um ponto a ser observado e seguido tanto para a consolidação processual quanto para a consolidação substancial dos grupos econômicos.

3.2. UNIFICAÇÃO DOS ATIVOS E PASSIVOS: COMPREENDENDO OS REQUISITOS E EFEITOS DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL NA PRÁTICA EMPRESARIAL

Para analisar a consolidação substancial, é necessário ir para outro cenário: imagine agora a existência de várias empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico ou são controladas pela mesma “empresa-mãe”²⁰ ou acionista majoritário em dificuldade financeira. Essas empresas, por sua vez, compartilham uma relação de propriedade comum, mas operam como entidades jurídicas separadas.

Em linhas gerais, trazendo a hipótese para o campo da recuperação judicial, se acaso esse grupo empresarial ingressasse

²⁰ É a empresa que controla ou possui participações significativas em outras empresas.

com o pedido separadamente, cada uma teria seu próprio processo de insolvência, o que poderia ser complicado e confuso, especialmente se as empresas tiverem muitas transações entre si. Com a consolidação substancial, essas empresas são tratadas como se fossem uma só e todos os seus bens e dívidas são colocados juntos.

Portanto, essa integração é configurada quando as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico empresarial se apresentam de forma unitária no desenvolvimento de suas atividades empresariais, evidenciando-se interconexão e confusão patrimonial (que pode ser comprovada por meio de contas centralizadoras, regime de caixa único e coincidência de instalações, entre outras situações) entre ativos e passivos das empresas em prejuízo aos seus credores.

Aprofundando na definição deste instituto, cita-se a lição de Daniel Carnio Costa e do Magistrado João de Oliveira Rodrigues Filho²¹:

[...] A consolidação substancial consiste na utilização do patrimônio de todas as empresas pertencentes ao grupo econômico para o pagamento de todos os credores do grupo econômico, desconsiderando-se a personalidade jurídica ou a autonomia existencial de cada uma das empresas componentes do grupo econômico.

[...] No direito brasileiro, dá-se a consolidação substancial quando as empresas do grupo econômico se apresentam como um bloco único de atuação e são vistas pelo mercado como uma unidade para fins de responsabilidade patrimonial, observando-se confusão patrimonial e utilização abusiva da separação da personalidade jurídica em prejuízo aos credores. A consolidação substancial e a desconsideração da personalidade jurídica são, na verdade, duas facetas de uma mesma moeda ou são ligadas por uma via de mão dupla.

21 COSTA, Daniel Carnio. *Prática de Insolvência empresarial: decisões judiciais em recuperação de empresas e falências*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 126.

Em 12 de julho de 2018 – antes mesmo das alterações advindas da Lei nº 14.112/2020 -, a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo então proferia uma decisão pioneira para a definição de critérios para recuperação de grupo econômico. Naquele momento, conduzido por Daniel Carnio Costa, o juízo traçou a seguinte análise sobre o caso da Urbplan²² – empresa de loteamento controlada pelo fundo americano Carlyle (processo nº 1041383-05.2018.8.26.0100), permitindo à *holding* apresentar um único plano para o pagamento das dívidas de todas as suas 50 Sociedades de Propósito Específico (SPEs) que estão em processo de recuperação.:

Se o credor tem o direito de obter a desconsideração da personalidade jurídica para atingir, numa execução contra a devedora, o patrimônio de outra empresa do grupo econômico, é porque estão presentes os requisitos do art. 28 do CDC ou do art. 50 do CCB. Vale dizer, a desconsideração da personalidade jurídica se impõe sempre que a separação patrimonial tiver sido utilizada como forma de fraudar credores. Também se impõe essa desconsideração, como sintoma do abuso da separação patrimonial, sempre que houver uma confusão patrimonial entre a devedora original e a outra empresa do grupo econômico. Entretanto, numa via inversa (ou no outro lado da moeda) essa devedora que teve reconhecida a confusão patrimonial com a outra empresa do grupo, se ajuizar recuperação judicial, também terá o direito de impor aos credores a consolidação substancial. Assim, **havendo unidade de ações, confusão patrimonial e atuação em bloco no mercado, têm as empresas o direito de opor aos seus credores uma recuperação**

22 *Vide* Decisão de 1º Grau proferida no processo nº 1041383-05.2018.8.26.0100, do Juiz Daniel Carnio Costa, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo - SP, decisão proferida em 12/07/2018, tratando da consolidação substancial do Grupo Urbplan: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000UR920000&processo.foro=100&processo.numero=1041383-05.2018.8.26.0100&gateway=true>. Acesso em: 10 jul. 2024.

judicial com consolidação substancial, da mesma forma que seriam atingidas individualmente por dívidas das outras empresas com o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica (Sem grifo no original).

À luz da aplicação prática, estabeleceu-se os requisitos objetivos exigidos para a excepcional autorização da consolidação substancial, quais sejam: (I) interconexão das empresas do grupo econômico; (II) existência de garantias cruzadas entre as empresas do grupo econômico; (III) confusão de patrimônio e de responsabilidade entre as empresas do grupo econômico; (IV) atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico no mercado; (V) existência de coincidência de diretores; (VI) existência de coincidência de composição societária; (VII) relação de controle e/ou dependência entre as empresas integrantes do grupo econômico; (VIII) existência de desvio de ativos através de empresas integrantes do grupo econômico.

É importante ressaltar que, além da presença desses requisitos objetivos, a autorização da consolidação substancial também exige que os benefícios sociais e econômicos da recuperação judicial justifiquem sua aplicação. Em outras palavras, a consolidação substancial deve ser essencial para preservar os benefícios econômicos e sociais da atividade empresarial, como empregos, geração de riqueza, produção de bens e serviços, e arrecadação de tributos.

Esse ponto, conforme destacado pelo juízo supracitado, ocorre justamente porque a preservação dos benefícios sociais e econômicos deve prevalecer sobre o interesse particular de credores e devedores. Esse raciocínio de ponderação de valores está, aliás, na base da teoria da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial.

Dessarte, os ensinamentos trazidos por essa decisão certamente contribuiram para o desenvolvimento do estudo sobre o assunto, ocasionando nas alterações positivadas pela Lei nº 14.112/2020 na Lei nº 11.101/2005.

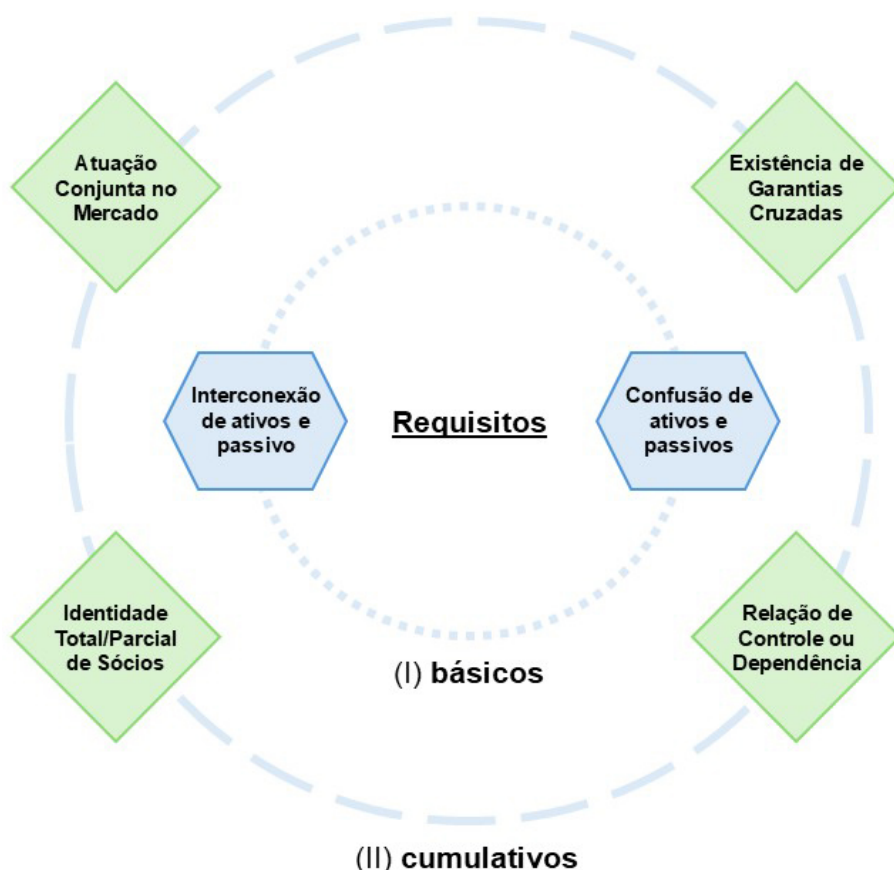
Ao analisar a legislação atual, é importante destacar que a consolidação substancial é uma exceção à regra de que cada empresa em recuperação judicial mantém seu próprio patrimônio separado. Nesse caso, conforme destacado anteriormente, as empresas são tratadas como se fossem uma única entidade jurídica, estabelecendo um litisconsórcio unitário²³.

Em suas implicações jurídicas no procedimento, as listas de credores das empresas do grupo são combinadas e o plano de recuperação judicial é apresentado a uma assembleia geral unificada, que inclui todos os credores do conglomerado empresarial. Além dessa unificação, a consolidação substancial resulta na extinção imediata das garantias pessoais e dos créditos que uma empresa possui contra outras empresas do grupo, desde que façam parte do mesmo processo.

Isso significa que fianças, avais e cauções fornecidas por uma empresa do grupo para garantir obrigações de outra empresa do grupo serão encerradas. Ou seja, com a reunião dos ativos e passivos do grupo, a consequência natural é a eliminação de todas as dívidas solidárias dentro do grupo, em relações cruzadas entre suas empresas.

Isso posto, devido à seriedade de suas consequências, a consolidação substancial requer o cumprimento de requisitos mais rigorosos do que os da consolidação processual:

23 Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.



(Imagem III: representação gráfica dos requisitos básicos e cumulativos)

Adicionalmente, conforme a interpretação dos artigos da reforma legislativa²⁴, a consolidação substancial pode ser autorizada

²⁴ **Art. 69-J.** O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses: I - existência de garantias cruzadas; II - relação de controle ou de dependência; III - identidade total ou parcial do quadro societário; e IV - atuação conjunta no mercado entre os postulantes.

em duas circunstâncias: pela decisão da Assembleia Geral de Credores; ou, de maneira excepcional, por ordem do juiz competente para o processamento e julgamento do processo de recuperação²⁵.

Dito isso, ensina também Sheila Cerezetti²⁶ que há duas formas de consolidação substancial no Direito brasileiro. A primeira, denominada consolidação substancial obrigatória, ocorre quando há comprovação, perante o juiz, de disfunção societária no grupo. Essa consolidação resulta da identificação de abuso da personalidade jurídica das sociedades do grupo, demonstrando que a empresa plurissocietária desrespeita a autonomia patrimonial e jurídica das sociedades, sendo responsável por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A segunda, conhecida como consolidação substancial voluntária, resulta, como o próprio nome sugere, da decisão dos credores em aceitar a proposta de consolidação apresentada pelas recuperandas.

Art. 69-K. Em decorrência da consolidação substancial, ativos e passivos de devedores serão tratados como se pertencessem a um único devedor. § 1º A consolidação substancial acarretará a extinção imediata de garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro. § 2º A consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular.

Art. 69-L. Admitida a consolidação substancial, os devedores apresentarão plano unitário, que discriminará os meios de recuperação a serem empregados e será submetido a uma assembleia-geral de credores para a qual serão convocados os credores dos devedores. § 1º As regras sobre deliberação e homologação previstas nesta Lei serão aplicadas à assembleia-geral de credores a que se refere o caput deste artigo. § 2º A rejeição do plano unitário de que trata o caput deste artigo implicará a convalidação da recuperação judicial em falência dos devedores sob consolidação substancial.

25 CAMPOS, Cybelle Guedes. “A consolidação processual e substancial aplicáveis ao Grupo econômico devedor”. In: LASPRO, Orestes Nestor de Souza; GIANSANTE, Gilberto. Recuperação Judicial e Falência: Atualizações da Lei nº 14.112/2020 à lei 11.101/2005. Estudos da Comissão Especial de Falência e Recuperações Judiciais da OAB/SP. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

26 CEREZETTI, Sheila. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). Processo Societário: volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 785.

A respeito dos efeitos e implicações, cita-se a lição de Gladston Mamede²⁷:

Como é fácil concluir, em decorrência da consolidação substancial, ativos e passivos de devedores serão tratados como se pertencessem a um único devedor (artigo 69-K); é o que o legislador denominou consolidação substancial, estabelecendo que ela acarretará a extinção imediata de garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro (§ 1º). **Cuidado com a interpretação de tal disposição: ela não extingue garantia fidejussórias e créditos de outros credores, mas apenas aquelas que digam respeito às sociedades devedoras (em recuperação), entre si.** Se todo o grupo foi tomado como totalidade substancial consolidada, não há razão para que unidades sejam credoras de outras unidades. A medida não alcança, em nada, os credores que não componham a totalidade substancial consolidada. **Mais do que isso, a consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular (§ 2º).** Por fim, estatui o artigo 69-L, que, admitida a consolidação substancial, os devedores apresentarão plano unitário, que discriminará os meios de recuperação a serem empregados e será submetido a uma assembleia-geral de credores para a qual serão convocados os credores dos devedores. As sociedades não mais serão tomadas em sua individualidade, mas como meras partes de uma totalidade: o patrimônio ativo é aquele que diz respeito a tal totalidade substancial consolidada; o patrimônio passivo, por igual. As regras sobre deliberação e homologação previstas na Lei 11.101/2005 serão aplicadas à assembleia geral de credores dessa totalidade consolidada (§ 1º), sendo que a rejeição do plano unitário de que trata o caput

27 Mamede, Gladston. Falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede. – 13ª ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

do artigo implicará a convação da recuperação judicial em falência dos devedores sob consolidação substancial (§ 2º) (Grifou-se).

No subtópico abaixo, apresentamos uma visão geral dos pressupostos (I) básicos e (II) cumulativos, conforme definidos pela legislação e pela doutrina especializada, para a aplicação da consolidação substancial.

3.2.1. OS REQUISITOS BÁSICOS PARA A UNIFICAÇÃO PROCESSUAL E PATRIMONIAL

3.2.1.A. INTERCONEXÃO DE ATIVOS E PASSIVOS

Apesar de a Lei não fornecer uma definição específica para “interconexão” de ativos e passivos entre sociedades de um grupo, o conceito não pode ser ignorado. Ele se refere à ligação entre os patrimônios de duas ou mais sociedades, que pode ocorrer de várias maneiras, seja através de acordos formais ou de relações de fato, indicando que os ativos e passivos das empresas do grupo estão de algum modo conectados.

Portanto, a interconexão de ativos e passivos pode ser realizada conforme estabelecido pela Lei, como em casos de copropriedade, locação ou arrendamento de bens entre sociedades do mesmo grupo, ou por meio de outras relações comerciais regulamentadas. Alternativamente, correlacionando com os aspectos apresentados ao início deste artigo científico, essa interconexão também pode ocorrer por meio de relações de fato, como o uso de bens ou capitais de uma sociedade por outra dentro do grupo, sem a necessidade de um instrumento jurídico formalizando essas transações.

Sobre a questão, João Pedro Scalzilli²⁸ lança a seguinte análise e crítica do dispositivo legal:

²⁸ *Opus citatum*.

Para além das críticas, é preciso reconhecer que a norma buscou o impossível: regular sob o ponto de vista concursal um fenómeno que há aproximadamente 150 anos assola o direito societário, o problema dos grupos – sendo a questão da responsabilidade das sociedades grupadas provavelmente o mais grave entre eles, inserido no rol dos grandes e (talvez) insolúveis problemas do direito das sociedades contemporâneo.

Tendo esse contexto como pano de fundo, a norma é direta: havendo interconexão entre negócios e confusão patrimonial grave (LREF, art. 69-J, caput), realidade da maior parte dos grupos societários, cujos indícios (em rol não exaustivo) constam dos incisos I a IV do art. 69-J, o juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos, fazendo com que a unidade económica societária receba um tratamento unitário no plano concursal. Afora isso, o texto da norma é tão impreciso e defeituoso quanto a situação dos grupos o é no direito societário contemporâneo.

3.2.1.B. CONFUSÃO DE ATIVOS E PASSIVOS DO DEVEDOR

A confusão de esferas ocorre quando os elementos pertencentes à empresa não são claramente separados dos que pertencem às empresas componentes do grupo económico. Assim, essa confusão de identidades pode aparecer tanto internamente, nos aspectos específicos da empresa, quanto externamente, na maneira como a pessoa jurídica se apresenta a terceiros.

Assim, em linhas gerais, quando um grupo corporativo atua de maneira unificada, surge uma “identidade substancial” perceptível externamente, fazendo com que os credores considerem o grupo como uma única entidade. A forma mais comum de confusão, a

patrimonial, reflete essa unidade econômica, resultando na mistura de bens e recursos que deveriam ser mantidos distintos. No ponto é relevante as observações de Eduardo Sechhi Munhoz²⁹:

Chama a atenção para o fato de que, nos grupos de sociedades, há uma afetação dos diversos patrimônios sociais “para a realização de um interesse global, distinto daquele que seria ostentado por cada uma delas. Os ativos e passivos de cada sociedade, transformam-se em ativos e passivos de todo grupo, sendo transferidos e alocados entre diversos integrantes, no exclusivo interesse deste, segundo a estratégia empresarial globalmente concebida para enfrentar as exigências econômicas de cada momento”.

Conclui-se, com base na doutrina moderna³⁰, que é essencial analisar caso a caso a presença de confusão patrimonial ou o desvio de bens entre as empresas devedoras de um grupo. Essa análise, por certo, deve focar em determinar se tais práticas comprometeram significativamente a solvabilidade do grupo ou as condições de sobrevivência independente das empresas envolvidas.

3.2.2. OS REQUISITOS CUMULATIVOS PARA A UNIFICAÇÃO PROCESSUAL E PATRIMONIAL

Nos termos da Lei, o juiz pode, em casos excepcionais e sem necessidade de deliberação de uma Assembleia Geral de Credores, permitir a junção de ativos e passivos de empresas do mesmo grupo econômico que estão em recuperação judicial. No entanto, isso só

29 MUNHOZ, Eduardo Sechhi. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades, Revista de Direito Mercantil, nº 134, 2004, Malheiros, pág. 41.

30 RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. O controle de legalidade no processo de recuperação judicial (Limites entre a autonomia da vontade e o poder jurisdicional) – 1ª Ed. – Belo Horizonte, São Paulo> D’Plácido, 2023.

acontece se houver uma interconexão e confusão entre os ativos ou passivos das empresas (requisitos básicos expostos acima).

Além disso, é necessário que pelo menos duas das seguintes condições estejam presentes: (I) Existência de garantias cruzadas entre as empresas; (II) Relação de controle ou dependência entre as empresas; (III) Identidade total ou parcial dos sócios ou (IV) Atuação conjunta no mercado entre as empresas.

3.2.2.A. A EXISTÊNCIA DE GARANTIAS CRUZADAS

Essencialmente, garantias cruzadas permitem que uma empresa, que talvez tenha dificuldades em obter crédito sozinha, consiga financiamento utilizando garantias fornecidas por outra empresa do mesmo grupo empresarial. Essas garantias podem ocorrer na forma de fianças, avais, hipotecas, alienação fiduciária ou cessão de recebíveis. Justamente por isso, são frequentes no ambiente de negócios brasileiro.

Muito embora esse arranjo possa contribuir para a alta da segurança para os financiadores e facilita o acesso ao crédito para o grupo empresarial, *pari passu*, pode comprometer a autonomia patrimonial das empresas garantidoras, já que seus ativos são usados para cobrir dívidas de outras empresas do grupo.

Não obstante, Otávio Joaquim Rodrigues Filho³¹ traz uma ponderação crucial para que os agentes do direito, na prática, consigam encaixar todas as peças do quebra-cabeças que forma uma consolidação substancial:

[...] No caso de existência de garantias cruzadas sem a confusão patrimonial, a menção a esse requisito não seria adequada para o sistema brasileiro, eis que, nessa situação, a responsabilidade patrimonial de uma sociedade a outra já está estendida e por obrigações específicas e não sobre todas as obrigações

31 *Opus citatum.*

sujeitas ao concurso da recuperação judicial do grupo como ocorrerá se admitida a consolidação substancial. Se verificado grau de endividamento que possa comprometer a atuação das sociedades do grupo de forma isolada, essa constituirá fundamento para o reconhecimento da consolidação substancial apenas se houver mistura de patrimônios.

Dessarte, essa percepção levou à inclusão das garantias cruzadas como um dos requisitos cumulativos para a declaração da consolidação substancial, posto que esse ponto auxiliaria a refletir a realidade econômica e jurídica dessas empresas que, apesar de juridicamente distintas, funcionam de maneira interligada e interdependente.

3.2.2.B. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONTROLE OU DEPENDÊNCIA

Em suma, esse requisito implica no fato de que uma das empresas controla a outra, seja diretamente ou através de seus representantes/administradores, ou há uma relação de dependência financeira e econômica entre elas.

Em acréscimo aos requisitos anteriores, Eduardo Sechhi Munhoz³² preleciona:

Não se trata, vê-se bem, de mera confusão patrimonial, mas sim a integração dos elementos empresariais à vista de objetivos do próprio grupo. Mas, mais do que isso, observa-se - coadunando-se com a mencionada doutrinadora - a existência de um efetivo controle, a ponto de o órgão deliberativo máximo, a assembléia geral - ter “total esvaziamento de sua importância e de suas atribuições nas sociedades dominadas. **Os grupos envolvem necessariamente uma direção econômica unitária, de modo que as decisões mais**

32 *Opus citatum.*

importantes sobre a vida societária deixam de ser tomadas no âmbito da assembléia geral de cada sociedade, passando a sê-lo no âmbito da sociedade dominante ou dos administradores comuns do grupo (Sem grifo no original).

Portanto, existe um controle real que faz com que a administração das empresas controladas perca a importância, e as decisões principais são tomadas pela empresa dominante ou pelos administradores do grupo ou “empresa-mãe”.

3.2.2.C. CONFIGURAÇÃO DE IDENTIDADE TOTAL OU PARCIAL DE SÓCIOS

Esse requisito implica que entre as empresas há sócios comuns, e é importante ressaltar que a Lei não exige que a participação societária seja relevante ou que haja envolvimento efetivo nos negócios. Basta haver qualquer coincidência, ainda que parcial, entre os cotistas ou acionistas.

Não obstante, os Tribunais pátrios³³ são uníssonos no sentido de que a simples identidade societária não é suficiente para o

33 Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial - Decisão agravada que reconheceu consolidação processual entre a recuperanda e a empresa Gallo Ferreira, declinou sua competência e determinou a remessa dos autos para o juízo de Bariri-SP - Recurso da recuperanda - Consolidação processual e substancial - Agravante apresentou pedido de recuperação judicial alegando grupo com a microempresa de seu sócio Juliano, o que não foi reconhecido em razão da simples identidade de sócios - Empresa Gallo Ferreira, por sua vez, apresentou pedido de recuperação afirmando grupo com produtores rurais de sua família, o que não foi aceito em relação ao sócio em comum André - Recuperações Judiciais que passaram a ter andamentos próprios, estando a da empresa Gallo Ferreira muito mais adiantada, inclusive Plano de Recuperação Judicial aprovado em Assembleia Geral de Credores e homologado judicialmente - Agravante que nega grupo de fato com a empresa Gallo Ferreira - Consolidação processual é facultativa - Ausência de evidências, por ora, da existência de conjugação das hipóteses para uma consolidação substancial - Inteligência dos arts. 69-G e 69-J da lei 11.101/05 - Unificação, nessas hipóteses, ainda que reconhecido grupo econômico de fato, não resultaria em benefício aos credores da agravante - Precedentes jurisprudenciais - Decisão agravada reformada - Recurso provido (TJ-SP - AI: 20397180420228260000 SP 2039718-04.2022.8.26.0000, Relator: Jane Franco Martins, Data de Julgamento:

reconhecimento de uma atuação conjunta, visando confusão patrimonial, ou atuação conjunta para lesar credores, demandando uma instrução probatória mais aprofundada.

3.2.2.D. ATUAÇÃO CONJUNTA NO MERCADO ENTRE AS EMPRESAS

Finalmente, o quarto e último requisito é a atuação conjunta entre as empresas no mercado. Nas palavras do professor Oreste Nestor de Souza Laspro³⁴, “a lei pretende excluir quais são os casos de empresas que atuam em áreas absolutamente distintas sem nenhum tipo de sinergia”.

Desse modo, devidamente concluída essa trama densa e complexa de requisitos para a consolidação substancial, nada melhor do que trazer a prática para demonstrar como essas situações são identificadas no mundo empresarial.

Mesmo que anterior às alterações da Lei nº 14.112/2020 à Lei nº 11.101/2005, o emblemático caso da recuperação judicial do Grupo OAS traz ricas lições acerca dos requisitos para a declaração da consolidação substancial, sobretudo a confirmação de que o grupo empresarial atua conjuntamente no mercado. Em 2 de setembro de 2019, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo lançou a seguinte análise no bojo do Agravo Regimental nº 2094999-86.2015.8.26.0000/50000:

[...] Verifica-se que a integração das empresas recuperandas em grupo empresarial - embora não seja o único requisito - **é fator decisivo na admissão da pluralidade do polo ativo da recuperação judicial**, consoante se verifica, ademais, da jurisprudência

09/02/2023, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 09/02/2023).

34 LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Consolidação Processual e Substancial na Reforma da Lei 14.112/2020 *In* LASPRO, Oreste Nestor de Souza; GIANSANTE, Gilberto. Recuperação Judicial e Falência: Atualizações da Lei nº 14.112/2020 à Lei 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

anotada que, embora faça exame casuístico, demonstra esse referido ponto em comum.[...] Como visto, no grupo empresarial tem-se a reunião de esforços de todos os participantes na consecução do fim comum, situação que demonstra, de per si, a forte vinculação entre as empresas, que bem se amolda na comunhão de interesses exigida no art. 46, inc. I, do Código de Processo Civil. Essa situação, no caso, certamente era de conhecimento de todos os credores das agravadas, ao tempo em que firmaram os negócios que originaram os créditos que hoje fazem parte do pedido recuperacional, até porque consta que referidas empresas apresentavam-se ao mercado como integrantes do grupo empresarial, tendo a coagravada OAS S/A, a controladora, na liderança das atividades, como se vê do organograma de fls. 594. A ampla publicidade desse fato é corroborada pela página do grupo na rede mundial de computadores, na qual consta que a OAS é “um conglomerado multinacional brasileiro, de capital privado, que reúne empresas presentes em território nacional e em mais de 20 países. Com mais de 100 mil colaboradores, é referência em empreendedorismo, segurança e qualidade. Hoje, a OAS se estabelece em áreas complementares executando obras da construção civil pesada nos setores público e privado, como estradas, aeroportos, hidrelétricas, barragens e portos, e atuando em investimentos de infraestrutura, saneamento, arenas multiuso, óleo, gás, concessões de vias urbanas, rodovias, metrô e aeroportos”. [...]

A integração das empresas agravadas num mesmo grupo empresarial, de forte atuação na área de infraestrutura do país, por certo foi considerada como fator relevante pelos credores nos contratos por eles celebrados, inclusive naqueles envolvendo a captação de investimentos e concessão de créditos, como é o caso específico do recorrente, que firmou com a coagravada OAS S/A contrato de mútuo (fls. 11). A par disso, também consta da petição inicial que

seis empresas requerentes, todas ligadas à construção civil, **têm sede no mesmo lugar em São Paulo**, qual seja Avenida Angélica, certo que quatro delas estão estabelecidas nos nºs 2.330/2.346/2.364 e duas delas, no nº 2.220 (fls. 592/617 - fls. 01/26 dos autos principais). Em relação às empresas constituídas no estrangeiro, quais sejam as coagravadas OAS Investments GMBH, OAS Investments Limited e OAS Finance, as recorridas afirmaram que são pessoas jurídicas não operacionais criadas exclusivamente para a captação de recursos no exterior, **que tem como fim precípua o de formar o caixa das demais sociedades do grupo no país**. As recuperandas OAS Finance Limited e OAS Investments Limited, nas respostas apresentadas nos precedentes recursos interpostos (Agravos de Instrumento nº 2084295-14.2015.8.26.0000 e nº 2084379-15.2015.8.26.0000) se manifestaram nesse sentido, esclarecendo que **serviram exclusivamente como veículo de captação de recursos junto a investidores no mercado internacional**. Essa constatação demonstra que, a par da integração do grupo empresarial e da forte ligação intersubjetiva entre as recuperandas, caracterizada pela proximidade de seus estabelecimentos e de suas finalidades sociais similares, também há no caso **liame negocial entre as agravadas**. A documentação que instruiu o recurso revela que as recorridas costumavam celebrar ajustes nos quais constavam as denominadas garantias cruzadas, que também confirmam a responsabilidade conjunta pelo cumprimento dos negócios por elas assumidos, caracterizando a aludida **comunhão de direitos e obrigações** mencionada para o reconhecimento do litisconsórcio. No específico caso do recorrente, em que pese ter alegado individualização no negócio que deu origem a seu crédito, afirmou nas razões de seu recurso que firmou o contrato de mútuo com a coagravada OAS S/A, mas as coagravadas OAS Investimentos S/A e Construtora OAS S/A,

“subsidiárias das OAS obrigaram-se solidariamente ao cumprimento das obrigações assumidas pela OAS no Contrato de Empréstimo” (fls. 11). Cumpre dar relevo, nessa parte, às observações do professor Fabio Ulhoa Coelho, no mencionado parecer: **“Na complexa economia dos nossos tempos, atividades de grande porte são exploradas por um grupo de sociedade, das quais as *holdings* se associam, em diferentes proporções, para constituírem outras holdings ou as sociedades operacionais. Quando representado num organograma, o cruzamento das participações societárias desenha um emaranhado de difícil assimilação imediata. Quanto maior for o grau de interligação patrimonial, mais as sociedades holdings do grupo se apresentam não propriamente como um sujeito de direito autônomo, mas, sim, como um veículo de investimento [...] O veículo de investimento, por definição, importa confusão patrimonial. Por meio dele, alocam-se formalmente bens ou obrigações numa pessoa jurídica, apenas para o cumprimento de determinada utilidade à organização empresarial, de ordem econômica, tributária, negocial etc. Quanto maior a interligação patrimonial (cruzamento de participações societárias e assunção de diversas obrigações cruzadas e recíprocas) na rede de certo grupo de sociedades, maior será a instrumentalização de holding como veículos de investimento”**. Observo, por oportuno, que a formação do litisconsórcio pelas agravadas não tem qualquer relação com eventual obrigação contratual solidária entre elas assumida. Independente de eventual solidariedade, o litisconsórcio proposto na inicial é facultativo, como visto (art. 46, inc. I, do CPC), vez que as recuperandas poderiam vir a Juízo separadamente e o resultado da recuperação judicial de cada uma das empresas poderá ser diferente, tudo dependendo do quanto decidido na Assembleia Geral de Credores e do que ocorrer no curso do processamento do pedido.

Portanto, admitido em princípio o litisconsórcio ativo no pedido de recuperação judicial, penso que restaram bem evidenciados no caso os motivos legitimantes para a manutenção das empresas requerentes no polo ativo. A integração de todas num mesmo grupo empresarial - situação de amplo conhecimento dos credores e certamente por eles sopesada ao negociar com as recuperandas - somada à forte interligação subjetiva e negocial existente entre as agravadas, condizem com a comunhão de interesses prevista no art. 46, inc. I, da Lei nº 5.869/1.973, a autorizar a manutenção de todas as requerentes no polo ativo do pedido (Sem grifo no original).

Conclui-se, portanto, que os requisitos atualmente incluídos na Lei nº 11.101/2005 consolidaram-se a partir da prática nos processos de recuperação judicial dos grupos econômicos, demandando, por sua vez, uma análise apurada de acordo com o caso concreto para a correta identificação de cada uma das circunstâncias, como forma de assegurar a higidez do procedimento e a defesa dos direitos dos agentes processuais envolvidos, sobretudo dos credores submetidos ao concurso.

4. CONCLUSÃO

O Direito da Empresa em Crise é um campo vivo e dinâmico, sempre se adaptando aos desenvolvimentos do mercado e da sociedade. Mesmo antes de serem formalmente estabelecidas na lei, a consolidação processual e substancial já era analisada e evoluía nos tribunais brasileiros.

Por certo, essa capacidade de evolução destaca, justamente, a necessidade de o direito empresarial responder de modo célere e eficiente às necessidades práticas das empresas e proteger os interesses dos credores e demais agentes envolvidos, mostrando sua importância na manutenção da saúde econômica do mercado.

Atualmente, a Seção IV-B (arts. 69-G a 69-L) da Lei nº 11.101/2005 define as diretrizes para o soerguimento de grupos empresariais. No entanto, apesar de disciplinar a formação do litisconsórcio ativo, a lei não prevê disposições processuais que garantam às partes influenciar na decisão do juízo da recuperação judicial ou no procedimento a ser seguido caso os credores se oponham a essas medidas.

Justamente por isso, antes da admissão do litisconsórcio ou da aplicação da consolidação substancial, é aconselhável que os credores tenham a oportunidade de se manifestar sobre essas questões, podendo até pleitear a produção de provas necessárias para a identificação do real cenário.

Em arremate, este estudo, além de buscar esclarecer a matéria abordada, também é um convite para o avanço das pesquisas e estudos sobre o tema do litisconsórcio na recuperação judicial, visando identificar soluções mais eficientes e aprimoradas para o enfrentamento da crise pelos grupos empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Estudos e Pareceres** – Recuperações de Empresas e Falência; Obrigações e Contratos Empresariais: Direito Empresarial Contemporâneo 4. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Falência e Recuperação de Empresa**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 140.

CAMPOS, Cybelle Guedes. “A consolidação processual e substancial aplicáveis ao Grupo econômico devedor”. *In*: LASPRO, Orestes Nestor de Souza; GIANSANTE, Gilberto. **Recuperação Judicial e Falência: Atualizações da Lei nº 14.112/2020 à lei 11.101/2005**. Estudos da Comissão Especial de Falência e Recuperações Judiciais da OAB/SP. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

CEREZETTI, Sheila. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). **Processo Societário**: volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 785.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas** [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. - 5. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COSTA, Daniel Carnio. **Prática de Insolvência empresarial**: decisões judiciais em recuperação de empresas e falências. Curitiba: Juruá, 2019, p. 126.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Consolidação Processual e Substancial na Reforma da Lei 14.112/2020**. *In* LASPRO, Oreste Nestor de Souza; GIANSANTE, Gilberto. **Recuperação Judicial e Falência: Atualizações da Lei nº 14.112/2020 à Lei 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas.** – 13^a ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

MUNHOZ, Eduardo Sechhi. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades,** Revista de Direito Mercantil, n° 134, 2004, Malheiros, pág. 41.

PRADO, Viviane Muller. **Grupos societários:** análise do modelo da Lei 6.404/1976. Revista Direito GV, São Paulo, v.1, n. 2, p. 5-27, jun./dez. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101781>. Acesso em: 11 jun. 2024.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **O controle de legalidade no processo de recuperação judicial** (Limites entre a autonomia da vontade e o poder jurisdicional) – 1^a Ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** - 5. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2024.

