

#29

MAR - ABR - MAIO 2024

REVISTA
JUDICIÁRIA
DO PARANÁ

ETIQUETA ANTISOCIAL

A teoria do *labelling approach* mostra que o Estado e o direito contribuem para valorizar as desigualdades e ampliar a distinção de grupos sociais rotulados como criminosos ou agentes desviantes



40
anos

EMAP
ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

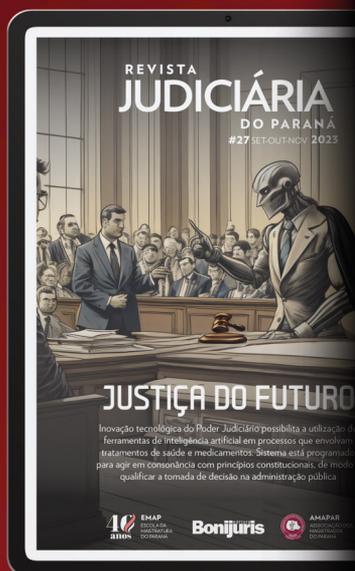
Bonijuris editora



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
MAGISTRADOS
DO PARANÁ

ENVIE SEU ARTIGO

PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO DA
REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ



Até o dia

10 ABRIL
2024

REVISTA COM
CONCEITO QUALIS B4

MAIS INFORMAÇÕES:  juridico@bonijuris.com.br  41 2169 5714 (whatsapp)

Ao tempo em que se sucedem as mudanças, muitas vezes aceleradas, com impactos imprevisíveis de todas as ordens, outras nem tanto, segue a Revista Judiciária do Paraná marcando cada vez mais a importância de possibilitar um espaço livre e consistente, no qual se exercita a veiculação não somente de artigos técnico-científicos, mas, igualmente, de saberes e especulações práticas de juristas e aplicadores do direito.

Já navegamos faz alguns números numa nova fase, exclusivamente digital, que dotou a revista de uma versatilidade e uma penetração de há muito sonhada e que se materializa e se projeta para um futuro sem fronteiras.

Trata-se de uma publicação de distribuição franca e, sendo digital, pode espalhar-se e ser utilizada por todos, com a facilidade que as edições eletrônicas possibilitam. O acesso ao seu site vem sendo objeto de estruturação e melhoramentos, e sua divulgação, em breve, alcançará a todos que do saber jurídico fazem o seu labor e objeto de estudo.

Agrada-me muito apresentar este número que traz significativas contribuições e peço licença e avançadas escusas para citar a participação dos impecáveis professores Eduardo de Oliveira Leite, Ives Gandra da Silva Martins e Clèmerson Merlin Clève, os dois últimos membros do nosso Conselho Editorial.

Na verdade, fomos brindados com artigos de mais alta qualidade. Agradeço a todos os autores por enriquecer as páginas de nossa revista, que sem dúvida será objeto de acurada e satisfatória leitura.

Este é o início, também, da mudança da Diretoria da Amapar, para o novo biênio, em que o presidente Marcel Ferreira dos Santos se elegeu em chapa única com expressivo e maciço apoio da classe e que recebe, nesta edição, justa homenagem do advogado e jornalista Marcus Gomes.

Releva salientar a inestimável contribuição do colega, e amigo, ilustre desembargador Robson Marques Cury, que contribui valiosamente na manutenção da memória judiciária da magistratura paranaense.

Agradeço ao nosso editor, doutor Luiz Fernando de Queiroz, e aos nossos conselheiros, autores, colaboradores, enfim, a todos que indistintamente têm contribuído para que a Revista Judiciária do Paraná continue a ser este relevante veículo de saber jurídico.

Joatan Marcos de Carvalho
Diretor





REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

ISSN: 2316-4212

Conceito Qualis B4

Ano XVIII - #29 | MAR - ABR - MAIO 24

Periodicidade: Trimestral (março, junho, setembro, dezembro)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar e

Escola da Magistratura do Paraná – Emap

www.revistajudiciaria.com.br

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

EDITORA ASSISTENTE

Olga Maria Krieger

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabete Pissaia

Marcus Vinicius Gomes

ASSISTENTE DE CONTEÚDO

Fernanda Feitosa

REVISÃO

Georgia Evelyn Franco

Jéssica Hércules Furtado

Noeli do Carmo Faria

DIAGRAMAÇÃO

Carlos Alexandre Miranda

CAPA E PROJETO GRÁFICO

HAUS MARKETING DIGITAL

Jéssica Regina Petersen

Juliana de Azevedo

www.hausmarketing.com.br

EDIÇÃO, PUBLICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

www.livrariabonijuris.com.br

PARA ANUNCIAR

Idionete Gomes - Boletim Informativo

idionete@boletim.jor.br

(41) 3668 8127





**Condomínios
Garantidos**

UM CONDOMÍNIO ONDE A CONTA

fechada

É garantia de agilidade na recuperação dos débitos condominiais.

Além de não pagar pela inadimplência de outros moradores, todos têm a certeza de morar em um lugar com as contas em dia e a possibilidade de investir na manutenção e melhorias no seu condomínio.

*Nunca foi tão fácil
viver em condomínio.*



Acesse o nosso site e encontre a garantidora associada mais próxima de você.

vivocondominio.com.br/**condominios-garantidos**



O QUE UMA GARANTIDORA FAZ?

Assegura o recebimento das taxas e a receita todo mês.

Controla o percentual de inadimplentes, recuperando os débitos.

Cobrança judicial para os casos mais graves de atraso, sem nenhum custo ao condomínio.

ANÁLISE

- 10** DESAFIOS DA ATUAÇÃO JUDICIAL
EM FACE DO PARADIGMA DA INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA: UMA RELEITURA DO JUIZ HUMANISTA

Liliane Graciele Breitwisser

DOCTRINA

- 20** CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS
Eduardo de Oliveira Leite
- 38** A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR PERANTE A COMUNIDADE LGBTQIA+
Denise Antunes

- 54** O PRAZO DECADENCIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA
Acyr Antunes das Neves Filho

- 72** A PRÉ CONFIGURAÇÃO DOS RISCOS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO
Luiz Sergio Fernandes de Souza

- 80** HERANÇA DIGITAL O DIREITO SUCESSÓRIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO
Taysa Pacca Ferraz de Camargo
Jorge Shiguemitsu Fujita

- 102** MULTIPARENTALIDADE JUDICIAL E O JULGAMENTO DO RE 898.060
Daniela Braga Paiano

- 124** MOEDA DIGITAL DO BANCO CENTRAL (CBDC): ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À SUA EMISSÃO E AO DIREITO À PRIVACIDADE
Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso
Leandro Sarai

- 140** O ESTADO COMO INDUTOR E REPRODUTOR DA CORRUPÇÃO
Reis Friede

- 152** O PAPEL DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA
Acácia Regina Soares de Sá

- 170** INCIDÊNCIA (OU NÃO) E SUJEITOS DA EVENTUAL OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DE ISSQN SOBRE A INSERÇÃO DE *ADVERTISEMENTS* NAS *STREAMS* DA PLATAFORMA TWITCH
Gabriel Paraizo Rodrigues
Luiz Eduardo Schäfer Artigas
Ricardo Augusto Reis de Macedo

- 200** SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: O FATOR DESENVOLVIMENTO E O PERFIL DE SEUS USUÁRIOS
Ramon de Medeiros Nogueira
Adriane Garcel
Karen Paiva Hippert

EM DESTAQUE

- 214** A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL OU *LABELLING APPROACH* E O SELETIVO SISTEMA DE CONTROLE PENAL
Iverson Kech Ferreira



PERFIL

236 DISPOSTO A VENCER
A LUTA
JUIZ MARCEL FERREIRA DOS SANTOS
- NOVO PRESIDENTE DA AMAPAR

Marcus Gomes

HISTÓRIA

240 A HISTÓRIA DO DESEMBARGADOR
MOACIR GUIMARÃES

Robson Marques Cury

244 A HISTÓRIA DO ADVOGADO
EDUARDO ROCHA
VIRMOND

*Clèmerson Merlin Clève
Daniela Urtado*

PARECER

256 IMPORTAÇÃO DE
MERCADORIA
POR TRADING COMPANY.
REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA
FINS PENAIS. DECLARAÇÃO DE
IMPORTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA
DE DOCUMENTO PRIVADO.
AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO
PÚBLICO

Ives Gandra da Silva Martins

EMENTÁRIO

302 ADMINISTRATIVO

303 CIVIL

305 PROCESSO CIVIL

307 CRIMINAL

309 TRIBUTÁRIO

SÚMULAS

312 STF

312 STJ

313 TJPR

INSTITUCIONAL

318 CONSELHO

321 EMAP



ACESSE O QR CODE
E CONHEÇA MAIS
SOBRE OS LIVROS



LIVROS DE

Língua

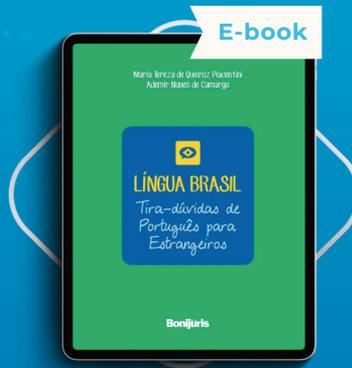
PORTUGUESA

Conheça as obras da renomada professora
Maria Tereza de Queiroz Piacentini



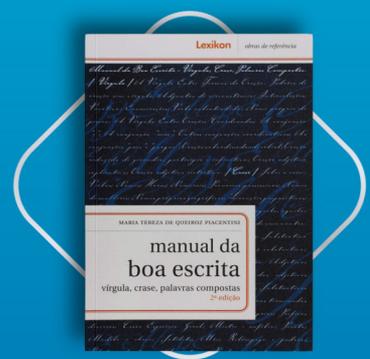
NÃO TROPECE NA REDAÇÃO

Questões de
gramática e estilo



LÍNGUA BRASIL

Tira-dúvidas de português
para estrangeiros



MANUAL DA BOA ESCRITA

Vírgula, crase,
palavras compostas



SÓ VÍRGULA

Método fácil em
vinte lições (4ª ed.)



SÓ CRASE

Método fácil em
quinze lições



SÓ PALAVRAS COMPOSTAS

Manual de consulta e
aprendizagem

NÃO TROPECE NA LÍNGUA

Lições e curiosidades do português brasileiro

ENEM DOS CONCURSOS 2024

O livro que faltava para você estudar
de maneira leve e descomplicada



POR APENAS R\$ 79,00

Esta coletânea reúne lições gramaticais – artigos, pronomes, acentuação, crase, concordância verbal e nominal, regência de verbos, voz passiva, indeterminação do sujeito –, além de temas surpreendentes, discussões teóricas, orientações sobre o uso social da língua e dicas de redação.



41 3323 4020



www.livrariabonijuris.com.br

ACESSE O QR CODE
E ADQUIRA AGORA



DESAFIOS DA

ATUAÇÃO

JUDICIAL EM FACE

DO PARADIGMA DA

INFORMATIZAÇÃO

DA JUSTIÇA: UMA

RELEITURA DO

JUIZ HUMANISTA



Por **LILIANE GRACIELE BREITWISSER**

Juíza de Direito junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

As sociedades contemporâneas, de maneira mais integrada do que nunca, vêm se deparando com os desafios da revolução pós-digital, em que “novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos” (SCHWAB, 2016, p. 15).

Por conseguinte, o direito – enquanto ali-cerce social fundamental – encontra-se em inegável momento crítico, evidenciado, sobretudo, na atividade de sua interpretação e aplicação, realizada ordinariamente pelo Poder Judiciário.

A informatização do Poder Judiciário vem avançando ao ritmo da “quarta revolução industrial” (SCHWAB, 2016), com a crescente digitalização dos processos e rotinas judiciais, bem como com a “incorporação de inteligência artificial e aprendizagem automática” (SCHWAB, 2016, p. 16) no âmbito da atividade judicante.

Em meio à ampla problemática decorrente de tal cenário, o (preocupante) apelo que a lógica estritamente dicotômica da informatização pode trazer a um neopositivismo estrito na atividade judicante fomenta uma atuação judicial autorreferenciada e exaurida em si mesma, em descompasso com a pluralidade e fluidez da realidade social.

Para fazer frente a esse trilhar – claramente limitante da natureza da atividade de julgar –, vislumbra-se, com bons olhos, o aprofundamento de uma atuação humanística

pelo julgador contemporâneo, afastando-o do mito do juiz “neuro” com relação às demandas sociais que lhe são postas. Nesse escopo, apresenta-se o desenvolvimento das competências relacionais e interpessoais que permitem que o “ser humano” próprio do magistrado possa cada vez mais integrar o processo de tomada de decisões e de condução das lides postas à apreciação judicial.

Desafios da “informatização da Justiça”

A nível global, sobretudo depois da pandemia da covid-19 que assolou o planeta entre 2019 e 2021 e exigiu o isolamento social como forma de vida, observa-se uma consolidação da virtualização das comunicações e relações sociais, passando a ser pacífico (e até desejável) pelo seio social que as interações entre os indivíduos sejam mediatizadas por ferramentas tecnológicas.

Esse caldo social produziu eco também no âmbito do Poder Judiciário, acelerando o processo de informatização da atividade judicial que já vinha se desenhando com o “uso de ferramentas de processamento e transmissão de dados” a “uma dimensão [muito] mais profunda, que consiste na utilização do sistema informático enquanto *agente* do processo decisório administrativo e judicial” (PEREIRA, 2017, p. 46). Em outros termos, conforme prossegue Alexandre Libório Dias Pereira, parece-se estar diante da possibilidade de um “computador-juiz”, que simulando “o *modus operandi* do *logos* jurídico-decisório” “*processa* a decisão jurídica através de sis



temas complexos de inteligência artificial” (PEREIRA, 2017, p. 46).

Embora dominante, no atual estado das coisas, o entendimento pela impossibilidade de inteira substituição da atuação humana na atividade institucional de julgar¹, vem ressoando, de maneira crescente o encorajamento ao uso das ferramentas de inteligência artificial como coadjuvantes – e até mesmo condutoras – dos processos decisórios sob chancela ou controle do magistrado competente, assomando-se como tendência incontornável a sua implementação.

O ENTENDIMENTO PELA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA ATUAÇÃO HUMANA NA ATIVIDADE INSTITUCIONAL DE JULGAR SURGE DE MANEIRA CRESCENTE

No Brasil, a título de exemplo, a Resolução 332/20 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) veio dispor sobre a produção e o uso da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário nacional, estabelecendo balizas e propósitos em sua utilização².

O ato normativo citado subordina a utilização dos sistemas informáticos inteligentes ao respeito à autonomia dos magistrados (e demais usuários internos) – assegurando a possibilidade de revisão da proposta de decisão e dos dados usados para sua elaboração³ – o que em tese preserva a necessidade da figura do juiz como responsável final pela decisão prolatada, sem, porém, trazer limites claros sobre até onde poderá o processo decisório ser conduzido pela máquina.

Considera-se esse ponto especialmente problemático, uma vez que a propalada

integridade da lógica da informática, bem como a maior eficiência ou produtividade da máquina com relação ao ser humano, parecem naturalmente figurar como apelos a uma crescente automatização dos processos decisórios judiciais, a partir de uma base de dados normativa ou jurisprudencial pré-determinada⁴, conduzindo-se a uma perigosa limitação da atuação jurisdicional à “chancelaria” ou “controle” de caminhos selecionados pela inteligência artificial – que podem se colocar muito aquém das nuances ou da complexidade das demandas sociais postas a julgamento.

Isso porque os sistemas de software funcionam a partir de modelos matemáticos abstratos que manejam dados arbitrariamente – de acordo com a subjetividade daquele que os selecionou, inseriu e programou no sistema – com o escopo de prever respostas para situações variadas (O’NEIL, 2020, p. 21). Ainda que as soluções propostas pelas ferramentas de inteligência artificial possam ir se refinando ao longo do tempo, em razão, sobretudo, dos sucessivos *feedbacks* dos usuários (O’NEIL, 2020, p. 23), continuam sendo carregadas das ideologias e vieses daquele que está escolhendo e inserindo os dados do modelo⁵.

Nesse ensejo, é de se notar que a base de dados (normativos, doutrinários e jurisprudenciais) sobre os quais irá se realizar o processo decisório a partir da inteligência



A PRÓPRIA FIGURA DO JUIZ “NEUTRO” E EQUIDISTANTE VEM SENDO COLOCADA EM XEQUE PELA COMPLEXIDADE E PELA PLURALIDADE PRESENTES NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS, QUE REIVINDICAM UMA ATUAÇÃO ATIVA DOS PROTAGONISTAS SOCIAIS E DAS INSTITUIÇÕES

artificial não é absolutamente neutra, objetiva e imparcial. Em verdade, é delimitada em determinado contexto de tempo e espaço, além de se submeter a referências socioculturais especificamente recortadas no momento (e pelos autores) da alimentação desses dados no sistema, o que impede a uma decisão resultante que poderá ser formalmente adequada (à luz da integridade do próprio sistema normativo), porém questionável ou insuficiente sob a perspectiva da justiça substancial⁶.

Isso porque o texto normativo em si, da maneira como posto, não é apto a esgotar as possibilidades de tratamento adequado da complexidade das relações sociais e da concretização dos direitos fundamentais – sobretudo sob a perspectiva dos indivíduos socialmente mais vulneráveis –, fazendo-se essencial a atuação do intérprete e aplicador da norma, com seu repertório experiencial e valorativo, para efetivamente se obter a realização da justiça⁷.

Soa evidente, portanto, que a utilização de sistemas de inteligência artificial com vistas a incrementar o padrão de objetividade e imparcialidade das decisões judiciais se mostra falha tanto ao se aprofundar a análise sobre a forma como tais decisões seriam elaboradas (a partir de uma base de dados

seletivamente determinada), como em vista da insuficiência desse modelo para garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Em verdade, a própria figura do juiz “neutro” e equidistante vem sendo colocada em xeque pela complexidade e pela pluralidade presentes nas sociedades contemporâneas, que reivindicam uma atuação ativa dos protagonistas sociais e das instituições em prol da concretização de medidas de igualdade e liberdade em suas perspectivas substanciais⁸.

O reconhecimento e a validação das múltiplas identidades existentes em cada sociedade, assegurando o mesmo acesso a direitos e políticas públicas a todos os indivíduos independentemente de seu gênero, raça, estrato social, orientação sexual ou idade (além de outros recortes possíveis)⁹, exige, inequivocamente, posturas ativas por parte do aplicador da norma, com sua interpretação evolutiva¹⁰, empática e sensível. A mera interpretação e aplicação “neutra” da lei – seja pelo ser humano ou a partir da máquina –, em verdade, acaba por reforçar e perpetuar desigualdades estruturais no apontamento e gozo de direitos por parte dos indivíduos e grupos mais vulneráveis, já que massifica diferenças



essenciais que são condicionantes do “ser” sujeito de direitos desses atores sociais¹¹.

Deve-se admitir, no entanto, que a Resolução 332/20 do Conselho Nacional de Justiça – que traz as diretrizes para a utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário nacional – ressalva a necessidade de que o desenvolvimento de tais ferramentas se dê com respeito aos direitos fundamentais¹² e à não discriminação¹³, exigindo, em seu art. 20, que a “composição de equipes para pesquisa, desenvolvimento e implantação das soluções computacionais que se utilizem de Inteligência Artificial se oriente pela busca da diversidade em seu aspecto mais amplo, incluindo gênero, raça, cor, orientação sexual, pessoas com deficiência, geração e demais características individuais”.

Todavia, o próprio texto normativo autoriza que tal parâmetro não seja observado acaso não haja profissionais com tais características no quadro de pessoal dos tribunais do país¹⁴. Em uma sociedade estruturalmente desigual como é a brasileira – em que se fazem necessárias ações afirmativas para a inclusão (ainda incipiente) de pessoas negras e com deficiência em estratos sociais elementares (como a universidade e o exercício de cargos públicos), embora indivíduos com tais identi-

dades representem significativa parcela da população nacional¹⁵ –, a seleção de dados e alimentação dos sistemas de inteligência artificial como posta poderá acabar por perpetuar e reforçar padrões estruturais de desigualdade social¹⁶. Afinal, a participação de pessoas com identidades sociais diversas ainda se mostra embrionária nos espaços públicos de poder no país, de modo que autorizar a falta de diversidade na programação das ferramentas de tecnologia da informação pela ausência de indivíduos com identidades diversas nos espaços de elaboração dessas mesmas tecnologias parece, simplesmente, retroalimentar o ciclo de seleção enviesada de dados a embasarem esses modelos tecnológicos, resultando na prolação de (projetos de) decisões autorreferenciadas, de espectro social limitado e insuficientes para a promoção de efetiva justiça social.

1. Conclusões

Do cenário exposto, deflui que a incorporação de tecnologias de inteligência artificial no bojo da prática jurisdicional é uma realidade incontornável – o que não é, de per si, um problema, pois o movimento vem acompanhando a evolução natural das sociedades contemporâneas.

**EM UMA SOCIEDADE ESTRUTURALMENTE DESIGUAL COMO É A
BRASILEIRA, A SELEÇÃO DE DADOS E ALIMENTAÇÃO DOS SISTEMAS DE
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO POSTA PODERÁ ACABAR POR PERPETUAR
E REFORÇAR PADRÕES ESTRUTURAIS DE DESIGUALDADE SOCIAL**



Processos de tecnologia da informação, caso bem utilizados, podem otimizar a prestação jurisdicional em determinadas situações – como demandas de massa ou gestão processual – permitindo, em uma realidade de recursos humanos finitos, melhor alocação da força de trabalho dos magistrados sobre demandas de maior densidade.

Contudo, a criação e formatação dessas tecnologias, bem como os limites em sua utilização, trazem questões éticas bastante sensíveis.

O Brasil, assim como vários outros países ao redor do globo, enfrenta desafios atinentes à desigualdade estrutural no acesso a direitos e políticas públicas por parte de indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, que não encontram a satisfação de suas pretensões no âmbito da aplicação formalmente neutra da norma jurídica – uma vez que esta, por si só, é construída a partir de um modelo abstrato de sujeito de direitos “universal”, que massifica e desconsidera diferenças identitárias¹⁷.

Desse modo, a criação e alimentação de um sistema tecnológico-normativo apto a sugerir projetos de decisão judicial a partir do acervo de dados legais, jurisprudenciais e doutrinários que estejam à sua disposição pode vir a reforçar subordinações e iniquidades sociais, tendo em vista que a eventual falta de diversidade entre os de-

envolvedores de tal tecnologia virá a reforçar dogmas, estereótipos e preconceitos estruturalmente presentes no seio social, de impossível identificação pelo modelo matemático da inteligência artificial – uma vez que tal modelo depende da atividade humana de integração do texto legal ao contexto dinâmico da vida social, interpretando-o e aplicando-o com discriminação no caso concreto.

Entende-se, por conseguinte, que o diferencial para a adequada prestação jurisdicional, em tempos de avanço da tecnologia, podem

estar na integração das características essencialmente humanas, como a empatia e a compaixão¹⁸, no bojo dos processos decisórios. Conforme elucida Roger Raupp Rios (2017),

o juiz contemporâneo precisa ter ciência de que antes de técnico é um cidadão e, como cidadão, deverá olhar para suas idiossincrasias, para sua origem, para suas referências da Constituição, para todas as diferenças que estão colocadas em um processo, de partes, de interesses, de histórias, de vontades e daí ir descobrindo o caminho [para a decisão juridicamente justa]¹⁹.

Portanto, a utilização da tecnologia da informação para a análise de dados pode ser um caminho auxiliar no processo de tomada da decisão judicial – jamais, porém, podendo ser considerado um *agente* desse processo.

**O BRASIL, ASSIM COMO OUTROS
PAÍSES, ENFRENTA DESAFIOS
ATINENTES À DESIGUALDADE
ESTRUTURAL NO ACESSO A
DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS**



O fortalecimento da dimensão humana no bojo da relação processual – sobretudo por ocasião da realização de audiências e inspeções –, com a qualificação de magistrados para a realização de escuta ativa e cuidadosa das partes apta a discriminar

situações de iniquidade estrutural, bem como para empoderar os sujeitos litigantes a atuarem ativamente na construção da resposta jurídica justa para o litígio, parece ser o caminho mais assertivo para a consecução da justiça²⁰.

Notas

1. Por todos, cita-se o entendimento de Alexandre Libório Dias Pereira (2017, p. 68), para quem “o juízo, enquanto capacidade de distinguir o bem e o mal e de valorar a situação em conformidade, exige compromisso e responsabilização do autor. Como diz Bourcier, em última instância será necessário “legitimer toute décision par une autorité humaine et de veiller à préserver la fonction de responsabilité dans toute action impliquant un jugement.”

2. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>.

3. Art. 17. O sistema inteligente deverá assegurar a autonomia dos usuários internos, com uso de modelos que: I – proporcione incremento, e não restrição; II – possibilite a revisão da proposta de decisão e dos dados utilizados para sua elaboração, sem que haja qualquer espécie de vinculação à solução apresentada pela Inteligência Artificial.

4. Nesse sentido, bem ilustra o pensamento de Karl Larenz e Arthur Kauffmann, citados por Alexandre Libório Pereira (2017, p. 50), que observam que um “‘juiz computador’ que ‘fosse de uma vez só programado *per saecula saeculorum* haveria de causar horror até ao positivista mais impávido”; porém, “quando se trate de fenômenos massivos, que se apresentam sempre de maneira idêntica e onde as circunstâncias particulares do caso, os matices, as transições graduais e as constelações de casos não previstas não desempenhem qualquer papel, o juiz que decide o caso concreto pode ser

substituído pelo computador, previamente instruído para todos os casos”.

5. Conforme esclarece Cathy O’Neil, os dados e parâmetros que alimentam os modelos matemáticos de inteligência artificial são fornecidos por “seres humanos falíveis”, dotados de seus próprios “objetivos e ideologias”. Dessa forma, muitos desses modelos acabam por “programar preconceitos, equívocos e vieses humanos nos sistemas de software” (2020, p. 6), funcionando como meras “simplificações da realidade”, já que “nenhum modelo consegue incluir toda a complexidade do mundo real ou as nuances da comunicação humana. (2020, p. 23)”.

6. Sobre o ponto, aprofunda Alexandre Pereira (2017, p. 63): “Por outras palavras, a lógica de um determinado sistema jurídico seria codificada num certo momento pelo sistema informático, o qual aferiria a conformidade das novas leis com tal lógica pré-definida e fechada. (...) Donde decorre que a decisão simulada é apenas referida ao passado, ao constituído, e com base em premissas de índole estritamente lógica, de que é expressão básica o modelo «se, logo». Neste sentido, o *ius ex machina* não tem em conta o papel criativo do intérprete, em especial do juiz”.

7. Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 88-89) pontua que “quando uma coletividade organizada em torno de um poder universalmente reconhecido (Poder Judiciário) chama-o para solucionar conflitos concretos de interesses, surge o direito juris-



prudencial típico do *ius praetorium* e este se torna fonte do direito. As normas jurídicas estão calçadas na racionalidade dedutiva (codificação), enquanto a jurisprudência, de caráter empírico, surge das exigências sociais contingentes. O primeiro reflete o direito das majorias (porquanto promana de poderes majoritários) e o segundo representa o direito das minorias.”

8. Conforme apregoa Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 396), incumbe ao Poder Público, no estado democrático e de direito, a promoção da concretude e eficácia dos direitos fundamentais, indo além do mero não fazer ou não obstar sua fruição por parte dos indivíduos, típica da construção liberal, mas sim adotando medidas ativas quanto à sua proteção e tutela.

9. Sobre a necessidade do enfoque de gênero na administração da justiça – que também reivindica a análise de categorias como raça-etnia, classe social ou origem territorial – Fabiana Cristina Severi (2017, p. 576) assevera que a sua “adoção viabiliza a construção de novos contornos jurídico-dogmáticos ao direito à igualdade. Isso porque as noções sobre igualdade que têm servido, historicamente, para fundamentar as decisões judiciais nos tribunais de justiça brasileiros estão ancoradas, na maioria das circunstâncias, no paradigma da neutralidade metodológica do Direito, segundo o qual basta assegurar que as pessoas recebam o mesmo reconhecimento pelas normas e garantir idêntico tratamento para se obter um resultado justo. Por meio de tal modelo, as práticas jurídicas têm servido como uma espécie de instância formal de homologação de uma realidade social marcada pela persistência de múltiplas formas de desigualdades entre os gêneros.”

10. Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 114) esclarece que a “interpretação evolutiva se dá necessariamente no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve examinar o enunciado do texto no contexto histórico presente (não no contexto da redação do texto). Todo texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de

uma maneira nova e distinta. Está comprovada a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à ‘vontade do legislador’. A realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. O direito não é uma entidade estática. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.”

11. Sobre o ponto, Roger Raupp Rios (2012, p. 8) elucida, a partir da obra de Martha Minow, que para construir e aplicar a “legislação antidiscriminação”, “o primeiro passo é atentar que: 1) a diferença não é algo intrínseco, mas sempre relacional, socialmente construído; 2) sempre existe um paradigma pressuposto quando se qualifica algo ou alguém como “diferente”, sendo necessário, portanto, explicitá-lo e discuti-lo; 3) na produção da diferença, tal paradigma representa apenas um dos pontos de vista possíveis, devendo-se considerar outros; e 4) via de regra, toma-se o *status quo* como algo natural, espontâneo e legítimo, donde a corriqueira confusão entre inação e neutralidade, e medidas corretivas e favorecimento ou privilégio”

12. Art. 4º. No desenvolvimento, na implantação e no uso da Inteligência Artificial, os tribunais observarão sua compatibilidade com os Direitos Fundamentais, especialmente aqueles previstos na Constituição ou em tratados de que a República Federativa do Brasil seja parte.

13. Art. 7º. As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos. (...)

14. Art. 20. (...) § 2º. A diversidade na participação prevista no *caput* deste artigo apenas será dispensada mediante decisão fundamentada, dentre outros motivos, pela ausência de profissionais no quadro de pessoal dos tribunais. (...)



15. Segundo dados de 2020, apresentados no portal do Senado Federal brasileiro “os negros representam a maioria da população brasileira. Segundo o IBGE, 56,1% dos brasileiros se declaram negros, grupo que reúne pretos e pardos. Mas são poucos os que ocupam cargos de decisão.” Por sua vez, segundo dados informados pelo Governo Federal brasileiro, “de acordo com dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2021, pelo menos 45 milhões de brasileiros têm algum tipo de deficiência, cerca de 24% da população do país.”.

16. Cathey O’Neil traz exemplo concreto bastante ilustrativo sobre o uso de sistemas informatizados para orientar a prolação de decisões judiciais em matéria criminal nos Estados Unidos. A autora descreve o modelo para análise de reincidência conhecido como Level of Service Inventory – Revised (LSI-R), que apresenta um longo questionário para a pessoa segregada responder, o qual inclui perguntas não apenas sobre eventuais práticas delitivas pretéritas, mas também sobre circunstâncias de nascimento e criação, incluindo a família, vizinhança e amigos do acusado da prática de um crime. Algumas respostas são seletivamente correlacionadas com a reincidência pelos desenvolvedores do sistema, que então define os acusados em “grupos de risco” – sendo que essa análise subsidia a prolação de sentenças judiciais em Estados como Idaho e Colorado. Conclui, portanto, O’Neil que “Muitos destacariam que sistemas estatísticos como o LSI-R são efetivos em medir o risco de reincidência – ou pelo menos mais precisos do que o palpite aleatório de um juiz. Mas mesmo que coloquemos de lado, por um instante, a questão crucial da imparcialidade, nos vemos caindo num nocivo ciclo de feedback da ADM. É mais provável que uma pessoa marcada como de ‘alto risco’ esteja desempregada e venha de um bairro em que muitos de seus amigos e familiares tenham tido algum problema com a lei. Em parte graças à alta pontuação resultante da avaliação, ele ganha uma sentença maior, prendendo-o por mais anos numa

prisão em que é rodeado por colegas detentos - o que aumenta a probabilidade de voltar a ser preso. Ele é finalmente solto no mesmo bairro pobre, desta vez com um antecedente criminal, o que torna mais difícil encontrar um emprego. Se ele cometer outro crime, o modelo de reincidência pode reivindicar outro sucesso. Mas na verdade o próprio modelo contribui com um ciclo destrutivo e ajuda a mantê-lo de pé.” (p. 28-31).

17. Esclarece Roger Raupp Rios (2012, p. 173) que “A postulação de um ‘direito à diferença’ nesse contexto irrompeu da crítica a um universalismo político e jurídico que, sob o pretexto de destruir as antigas hierarquias, corre o risco de atuar de modo formalista, criando e reforçando antigas e novas desigualdades e discriminações. Fruto da assunção de um paradigma pretensamente universal, essa igualdade formal se corrompe ao eleger como parâmetro pressuposto um sujeito social nada abstrato: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário”.

18. Klaus Schwab (2016, p. 36-37), ao refletir sobre os impactos da “quarta revolução industrial” na desigualdade de gênero – considerando que o ritmo acelerado das mudanças tecnológicas no mundo físico, digital e biológico provavelmente virá a afetar de maneira desigual o papel das mulheres na economia, na política e na sociedade –, observa que um ponto de equilíbrio possível pode vir a se dar pelo aumento de demanda por funções que as máquinas não conseguem realizar e que dependem de características intrinsecamente humanas e capacidades como a empatia e a compaixão – que são exercidas com mais fluidez pelas mulheres.

19. Conferência proferida em curso de qualificação para juízes na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 04 set. 2017.

20. Conforme conclui Alexandre Pereira (2017, p. 65): “O juízo, enquanto capacidade de discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, é uma categoria que distingue o ser humano. A justiça é uma condição básica da Humanidade. E sem juízo não há justiça, quando muito um simulacro dela.”



Referências

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução 332 de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429> Acesso em: 14 maio 2023.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Ius ex machina? Da informática jurídica ao computador-juiz*. In: RJLB, Ano 3 (2017), n. 1, p. 43-126. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0043_0126.pdf. Acesso em: 14 maio 2023.
- RIOS, Roger Raupp. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. In: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça* – Ano 6, n. 18, p.169-177, jan./mar.2012, p. 169-177. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/333/523> Acesso em 14 maio 2023.
- _____. *A importância da formação humanística do magistrado – uma comparação filosófica Europa/América Latina* (conferência). Porto Alegre: 2017. Disponível em <<https://www.trf4.jus.br/trf4>> . Acesso em: 15 maio 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. In: *Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*, v. 3, n.3, p. 574-601, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda> Acesso em: 16 jan. 2023.



CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

Por **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**¹

*Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris –
Nouvelle Sorbonne/France*

O casamento é uma união formal, enquanto a união estável é informal; portanto, são realidades dicotômicas que se submetem a regimes jurídicos diferentes, como afirma a boa doutrina



1. À guisa de introdução

É sabido que uma das virtudes dos brasileiros é a criatividade, aspecto sempre ressaltado pelos estrangeiros que passaram pelo país, como, igualmente, pelos que aqui se instalaram em caráter definitivo. Quer em situações normais, quer nas anormais que demandam soluções imediatas e factíveis de modo a contornar os problemas, a gente brasileira sempre consegue enfrentar as dificuldades com razoável dose de otimismo e objetividade, materializados em respostas condizentes com o desafio existencial.

Esta criatividade, como toda manifestação espontânea de um agrupamento humano, pode se manifestar de forma positiva ou negativa, dependendo das circunstâncias, da óptica examinada e do grau de dificuldade suscitados pela existência humana. A virtude é positiva quando encontra como limite o bom senso e a razoabilidade ditados pelo que é justo. Mas esta mesma virtude pode sinalizar aspectos negativos quando adentra no terreno das “invenções” capazes de comprometer os princípios e as premissas da boa ciência jurídica.

Em se tratando do mundo jurídico, este defeito, ou desvio de conduta, pode gerar graves consequências, de efeitos devastadores, quando, ao invés de solucionar, cria dúvidas, confusão e distorção da realidade, promovendo injustiças e propostas contrárias às expectativas humanas. Tal dinâmica, lamentavelmente, vem ocorrendo na atua-

lidade com uma frequência preocupante que não só fragiliza a ordem jurídica, mas, o que é mais grave, leva a comunidade a duvidar do Poder Judiciário.

Assim, a título de exemplo, a “perda dos fundamentos metajurídicos ligados à tradição judaico-cristã tem conduzido ao abandono de alguns ‘consensos’² como a monogamia e a natureza institucional das relações conjugais”³, provocando distorções absurdas que legitimam o adultério e a poligamia (chamado, de forma edulcorada, de *poliamor*, quando, na realidade nada mais é do que *promiscuidade*⁴), asseverando a eficácia jurídica de arranjos que envolvem duas ou mais pessoas; a alegação – totalmente equivocada – de que tais relações podem ser objeto de registro; a duplicidade de pais e mães, em manifesta contradição ao ditado pela natureza, tudo em nome de um “pseudoafeto”, que defende o hedonismo, preconizando a satisfação dos desejos como finalidade da vida.

Ora, não é preciso muito esforço para se concluir que tal proposta não encontra legitimidade no ambiente jurídico organizado na díade “direitos e obrigações”. Ou melhor dizendo, a cada direito sempre corresponde uma obrigação, ou dever, de modo que os desejos não podem ser guindados como finalidade da vida, na medida em que se estaria priorizando os interesses individuais (satisfação dos desejos) em detrimento dos interesses coletivos, da comunidade a que todos seres humanos se encontram irreme-



diavelmente submetidos. Pensar de modo diverso corresponde a fomentar o egoísmo que conduz ao caos. E o direito não pode (nem deve) fomentar a desordem, o que redundaria, em exíguo lapso temporal, na desordem e na anarquia.

O que se tem constatado na atualidade é uma busca obsessiva por estímulos que satisfaçam, a qualquer preço, o prazer. Esta postura perigosa (na medida em que negligencia o “outro”) faz com que as pessoas se sintam vivas, mas não necessariamente, “com vida”. Esta obsessão pelo prazer só encontra “justificativa” na estimulação e sensação para superar a ausência de sentimentos.

Como afirmou Alexander Lowen, aí reside a natureza do narcisismo, que é contrário à dignidade humana, porque, sendo egoísta, prepotente e manipulador, o narcisista usa o semelhante conforme seus interesses, sem qualquer consideração pelo sofrimento que poderá causar ao seu parceiro. “Essa é a natureza do novo hedonismo [...] o indivíduo narcisista necessita de excitação em sua vida; mas tendo negado seus sentimentos, não consegue experimentar a excitação do anseio e da paixão.”⁵ O narcisismo conduz a um investimento exagerado na imagem da própria pessoa à custa do *self*.

Em matéria de família, na qual a regra é a comunhão de interesses e jamais a prevalência de um interesse sobre os demais, a aceitação do hedonismo só pode gerar desastre e sofrimento porque, estruturado na primazia do “eu” sobre o “nós”, acaba nulificando a noção de coesão própria do grupo familiar. E quando isto acontece, o direito

de família deixa de existir. Ele se aniquila diante do poder de um em detrimento dos demais. Ele pode até ganhar em liberdade, mas perde em responsabilidade.

Nas varas de família, tal inversão de valores é cotidianamente vivenciada nas questões de divórcio, na banalização das rupturas conjugais, no abandono material e moral dos filhos, na usurpação de poderes gerados das alienações parentais, no uso indevido do poder parental em relação aos filhos, no abandono das pessoas idosas à própria sorte, enfim, toda uma gama de distorções alicerçadas em um direito de família dos “afetos” – leia-se, dos interesses privados – e não em um direito de família dos vínculos legais.

Nesta escala ascendente de laxismo jurídico, de relaxamento moral, tudo é possível, tudo ganha uma fina película de validade que se rompe ao mínimo ao invocar deveres e responsabilidades. Tudo se torna “líquido”, para mencionar uma expressão cara a Zygmunt Bauman. “A vida consumista favorece a leveza e a velocidade. E também a novidade e a variedade que elas promovem e facilitam. É a rotatividade, não o volume de compras, que mede o sucesso na vida do *homo consumens*”⁶. Mas a família não é líquida, ela é constituída de elementos sólidos e somente dentro da solidez é que se criam sujeitos positivos para a sociedade.

Onde e quando a família enfraqueceu, já afirmava Sócrates, o Estado soçobrou. Eis aí uma realidade incontestável. E quando se pretende desconsiderar esta simples realidade, o caos se implanta, a moralidade



– que é a dimensão de toda ação humana
– desaparece e a infelicidade se instala mi-
nando coração e mentes.

Por isso, somente por isso, os juristas e os operadores do direito devem unir esforços e cerrar fileiras para não permitir o avanço irresponsável da supremacia do prazer sobre os valores eternos da dignidade humana. Ou, como pretende o escritor e filósofo italiano Roberto de Mattei⁷, para não fomentar a ditadura do relativismo, que não reconhece coisa alguma como definitiva e que propõe como medida última o próprio eu e os seus caprichos.

2. O pacto antenupcial e o regime de separação de bens

Um dos aspectos que tem gerado grande polêmica em matéria familiar diz respeito ao regime de bens adotado pelo casal, quer no casamento (arts. 1.639/1.640) quer na união estável (art. 1.725), porque insistem em considerar esta última realidade jurídica igual ao casamento, quando não é. O casamento é uma união formal, enquanto a união estável é informal; portanto, são realidades dicotômicas que se submetem a regimes jurídicos diferentes, como afirma a boa doutrina. Se não existe hierarquia entre as categorias familiares, afirma Tartu-
tuce, “não há razão para a sua aplicação à união estável, pois são *institutos diferentes tratados de maneiras distintas* quanto aos direitos e deveres”⁸. (grifamos)

No casamento, o legislador nacional sempre admitiu a mais ampla liberdade de opção de regime de bens (art. 1.639), permitindo aos cônjuges determinar o que lhes

NA UNIÃO ESTÁVEL, OS
COMPANHEIROS PODEM
DEFINIR O REGIME DE
BENS A SER APLICADO,
POR MEIO DE CONTRATO
ESCRITO; E, NO CASO DE
AUSÊNCIA DE CONTRATO,
APLICA-SE O REGIME DA
COMUNHÃO PARCIAL DE
BENS, “NO QUE COUBER”

aprover. Esta liberalidade admite mesmo que os cônjuges optem por regime misto, desde que não contravenha dispositivo legal. Tal hipótese resgata no ambiente patrimonial do casamento a autonomia da vontade, na sua mais ampla expressão.

Caso não haja convenção expressa dos cônjuges, o legislador optou – em caráter subsidiário, ressalte-se – pelo regime da comunhão parcial como o regime legal de bens no Brasil.

Na união estável, os companheiros podem definir o regime de bens a ser aplicado durante a união, por meio de contrato escrito; e, no caso de ausência de contrato, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, “no que couber”. Se para o casamento formal, organizado a partir de direitos e deveres, a regra é a comunhão parcial de bens, na união estável, onde a regra é o informalismo, os companheiros nem sempre dispõem de prova pré-constituída de sua



união, de modo que, para se beneficiar das vantagens da lei civil, eles deverão provar que sua união corresponde às condições estabelecidas por esta mesma lei.

Este é o princípio geral que informa a matéria patrimonial tanto no casamento quanto na união estável. O legislador, porém, estabeleceu um limite à liberdade de opção, impondo o regime obrigatório de separação de bens nas hipóteses arroladas no art. 1.641 do Código Civil.

Assim sendo, na sistemática patrimonial adotada pelo Código Civil atual, quatro são os regimes de bens ofertados pelo legislador, a saber: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens.

Este último regime, que nos interessa mais de perto, é gênero que admite duas espécies: a separação obrigatória de bens (ou regime da separação legal de bens) previsto no artigo acima citado e o regime de separação convencional de bens, previsto no art. 1.687 do Código Civil.

A dicotomia criada pelo legislador é suficiente ao informar que, em uma separação obrigatória de bens, a vontade é nula, submetendo-se, os interessados, aos ditamos legais (art. 1.641) e na outra, separação convencional de bens, a vontade humana é

soberana, confirmando a premissa de que a comunhão de destinos pode ser diferente da comunhão de patrimônios (art. 1687).

Nesta modalidade – separação convencional de bens – as partes, de comum acordo, de modo livre e desimpedido, estipulam, por meio de pacto antenupcial, a intenção inequívoca de que não pretendem “misturar” seus patrimônios. Logo, durante o casamento e findo o casamento, quer por divórcio, quer por morte, os patrimônios permanecem hígidos, pertencendo exclusivamente a cada cônjuge, ou companheiro.

Isto quer dizer que eventuais tentativas de obter vantagem financeira no término da relação amorosa no regime de separação convencional de bens (estamos sempre nos referindo quer ao casamento, quer à união estável) está fora de cogitação, uma vez que as partes, de comum acordo (pacto antenupcial) assim convencionaram. Pensar de modo diferente seria anular o dispositivo legal, em manifesto desconhecimento da matéria. Ou, como já tivemos oportunidade de afirmar em obra sobre o direito de família⁹, o regime de separação de bens não admite comunhão do que nunca foi comum.

Em outras palavras, as partes têm absoluta liberdade de gerir o seu patrimônio, durante o casamento/união ou após a ruptura. É



NA SISTEMÁTICA PATRIMONIAL ADOTADA PELO CÓDIGO CIVIL
ATUAL, QUATRO SÃO OS REGIMES DE BENS OFERTADOS PELO
LEGISLADOR, A SABER: COMUNHÃO UNIVERSAL, COMUNHÃO PARCIAL,
PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS E SEPARAÇÃO DE BENS

este o sentido do art. 1.687, não admitindo exegeses restritivas ou extensivas contrárias à *ratio legis*.

Tanto isso é verdade que o atual CPC, em seu art. 73, dispôs que “o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens” (grifamos). Ou seja, na separação convencional de bens, os cônjuges têm livre disposição de seus bens, inclusive imóveis, sem necessidade do consentimento do outro. Com o advento do vigente CPC, o debate a respeito da outorga convivencial tenderá a se aprofundar, uma vez que o dispositivo citado dispõe em sentido totalmente diverso da antiga disposição do art. 10 do CPC de 1973, com as alterações da Lei 8.952 de 1994. De qualquer maneira (já havíamos afirmado isso), andou acertado o legislador do atual CPC, que respeitou a natureza autônoma do regime de separação convencional de bens.

A “novel” legislação gizou a importância da autonomia privada como o poder de autorregulamentação dos interesses privados. Embora, no direito de família, o princípio da autonomia privada incida de forma bastante mitigada, “no âmbito dos efeitos patrimoniais do matrimônio, a autonomia privada se manifesta de forma fundamental, pois o conceito base é o da liberdade, de acordo com a dicção do art. 1.639, consagrada na fórmula ‘o que lhe aprouver’; assim também na união estável, de acordo com o art. 1.725, ambos do CC/2002”¹⁰.

O pacto antenupcial (arts. 1.653-1.657) é o recurso disponível às partes (quer se

trate de cônjuges, quer de companheiros) para formalizar sua opção pela separação de bens, e como documento formal (art. 1.657) produz efeitos quer em relação às partes, quer em relação a terceiros. Desnecessário frisar que, em se tratando de união estável, os companheiros podem optar pela separação convencional no contrato escrito (art. 1.725), produzindo os mesmos efeitos do pacto antenupcial.

Sempre sob esta óptica e respeitando a lógica que domina a matéria, decisão judicial que impõe a comunicabilidade de bens às partes que optaram pela separação convencional de bens é, no mínimo, *contra legem*, e deve ser afastada sob risco de se comprometer a segurança jurídica desejada pelo legislador e, por certo, pelas partes.

Esta possibilidade – que deve ser rechaçada por ser contrária à lei e ao desejo das partes – refutaria, ou melhor, comprometeria a intenção das partes (autonomia privada) e, além de gerar insegurança jurídica e caos, atentaria à validade do dispositivo legal, nulificando-o. O fato de os companheiros gozarem de maior liberdade de ingresso na união estável, ou pelo término (saída) da união, não lhes legitima mais liberdade do que aquela reconhecida aos cônjuges¹¹.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, se as partes optaram pelo regime da absoluta separação de bens (art. 1.687), é porque quiseram deixar transparecer, com toda a veemência do pacto antenupcial, que não foram conduzidos ao casamento (ou à união estável) pela atração que a fortuna do futuro *de cuius* poderia ter exercido. Quando o legislador previu a possibili-



dade da separação convencional de bens (art. 1.687), assim dispôs para impedir que o interesse material viesse a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte (ou companheiro). Por meio desse regime elimina-se esta espécie de “incentivo”¹².

“Nesse tipo de regime de bens”, adverte Alexandre Assunção,

cada cônjuge pode dispor de seu patrimônio como melhor lhe aprouver. Os bens imóveis adquiridos na constância do casamento serão exclusivos de quem os comprou e registrou. Não existirá bem comum em virtude da disposição desse regime, podendo, entretanto, existir bens comuns, adquiridos mediante condomínio, de natureza estritamente contratual.¹³

Em dissertação de mestrado sobre a temática, Fabiana Domingues Cardoso doutrinou que, “neste regramento patrimonial [...] cada cônjuge é responsável e administra o seu patrimônio da forma que melhor lhe convier [...]. O regramento do patrimônio

nesse caso permite controle e responsabilidade individualizada sobre o acervo constituído”¹⁴. Ou seja, a autonomia patrimonial é a regra que domina a matéria.

No mesmo sentido, a torrencial doutrina brasileira – desde a clássica até a atual – vem sempre afirmando que, em matéria de regime convencional de separação de bens: “os bens são adquiridos pelos cônjuges (e companheiros) separadamente e há dois patrimônios sem ligação”¹⁵; “na separação de bens prevalece a vontade dos contraentes, que podem no pacto antenupcial, livremente, restringir ou graduar o alcance da separação, bem como a comunicação, ou não, do patrimônio”¹⁶; “na separação de natureza convencional [...] os nubentes disporão na escritura antenupcial acerca dos aquestos como bem lhes aprouver, impondo-lhes a comunicabilidade ou a incomunicabilidade”¹⁷; “quando se convencionaliza o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio”¹⁸, entre outros civilistas brasileiros. Sempre, a formalização da vontade por meio de pacto antenupcial é elemento fundamental à validade do regime no ambiente jurídico.

A ausência de formalismo da união estável implica maior controle estatal de uma realidade fática que, sem limites, pode gerar situações de irresponsabilidade, de confusão já constatável em uma jurisprudência vacilante, altamente favorável ao abuso. A lei existe para ser cumprida e não

A OCORRÊNCIA DE
ASSIMETRIA ENTRE MARIDO
E MULHER, QUE JUSTIFICAVA
O SUPORTE FÁTICO DA
APLICAÇÃO DA SÚMULA 377,
NÃO MAIS EXISTE, FACE À
EXISTÊNCIA DE DIREITOS
E OBRIGAÇÕES IGUAIS



para ser relativizada ao sabor dos interesses individuais.

3. A Súmula 377 do STF

O enunciado da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal determina que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. A súmula revelava a irresistível preferência do legislador nacional pela comunicação dos aquestos no casamento, o que correspondia à tradição do direito brasileiro em matéria de regime de bens (comunhão universal), posteriormente alterado pelo regime da comunhão parcial, como regime legal no Brasil.

A tendência encontrava eco no dispositivo legal do art. 259 do CC/1916, que assim dispunha: “Embora o regime não seja o da comunhão prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.” A dicção legal era claríssima e não abria margem a qualquer tipo de exegese: o legislador optava pela comunhão dos aquestos em relação a todos os demais regimes de bens que a eles não se referisse.

Aquela proposta legislativa (do CC/16) gerava uma situação muito especial no direito de família brasileiro, vez que os que casavam sob o regime de separação legal de bens (obrigatória de bens, conforme dicção do art. 1.641 do CC) estavam casando com separação de bens, até a data do casamento, porém, após o casamento, os bens adquiridos se comunicavam entre os cônjuges. A súmula, como bem apontado por Madaleno, “tornava na prática, letra morta

o regime obrigatório da separação de bens, porque sempre haveria divisão conjugal dos aquestos adquiridos onerosamente na constância do casamento”¹⁹.

O objetivo do legislador, repetido pela doutrina e pela jurisprudência, era impedir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, já que à época – em que as mulheres não estavam inseridas no mercado de trabalho – era comum a aquisição de bens em nome de um dos cônjuges (quase sempre o marido) em detrimento do outro (a mulher, alheia ao mercado de trabalho).

Sob esta óptica, o dispositivo legal sob comento encontrava justificativa na ordem civil brasileira. Com o advento, entretanto, do Código Civil de 2002 – promulgado sob a égide de uma realidade social-econômica completamente diversa – o art. 259 (como todos do CC/16) foi revogado, por não mais encontrar legitimidade em uma sociedade estruturada sobre valores diversos daqueles existentes em 1916. O marido deixou de ser o único provedor da família, obrigação que passou a ser exercida por ambos os cônjuges.

Revogado o art. 259, a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar a vigência da Súmula 377 do STF uma vez que nem a nova ordem jurídica reinante, nem a realidade social-econômica legitimavam a incidência daquele postulado.

Como sói acontecer no Brasil, no qual as posições claras, precisas e objetivas costumam ser postergadas para o futuro, gerando dúvida e confusão, quando não, caos, a doutrina nacional divergiu sobre a vigência



da referida súmula, uns entendendo pela sua vigência e outros arguindo sua inaplicabilidade nos dias atuais.

Favoráveis à vigência da súmula são as vozes de Rolf Madaleno, “inclino-me pela resposta afirmativa (vigência da Súmula) [...] porque sempre foi escopo do enunciado evitar o enriquecimento sem causa ao reconhecer o direito à divisão dos bens hauridos pela conjugação de esforços na *affectio societatis*”²⁰; de José Manfré, “a maior parte dos matrimônios sob o regime de separação legal ou imperativa é constituída de jovens casais, os quais granjeiam patrimônio no curso da sociedade conjugal. Assim, injusto seria, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos mediante esforço comum”²¹ e, igualmente de Silvio Venosa, “note que o texto promulgado do presente Código suprimiu essa expressão (*sem a comunhão de aquestos*) no atual art. 1.641, o que pode, novamente, dar margem a dúvidas quanto à comunicação de aquestos no regime obrigatório, que aliás, traria a solução mais justa na maioria dos casos”²².

O próprio Venosa, apontando a indefinição de tratamento doutrinário e jurisprudencial acaba reconhecendo que não “se encontra isenta de discussões [...] Essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência”²³.

Neste sentido, há sólida posição doutrinária em sentido contrário à vigência da citada súmula, como se depreende da crítica manifestada por Francisco José Cahali, ao afirmar que “fácil é concluir que este enunciado não foi recebido pelo novo Código Civil. Isto porque o novel legislador dei-

xou de reproduzir a regra contida no mal-fadado art. 259 (CC/1916). Dessa forma, superada está a Súmula 377, desaparecendo a incidência de seu comando no novo regramento”²⁴; da mesma forma, a posição de Fabiana Domingos Cardoso, “conclui-se que [...] não vigorando mais o artigo do Código Civil que motivou o enunciado, este é inaplicável, não sendo suficiente o fato da tradição da regra no ordenamento pátrio, ou da repercussão e importância de seu conteúdo, a sustentar sua manutenção e aplicação atualmente”²⁵; ou, ainda, de Mairran Maia Junior, “respeitando-se, por sua autoridade, as posições de juristas de escol, que defendem a aplicação da Súmula 377, sua incidência não se mostra consentânea com os princípios que disciplinam o regime de bens no matrimônio”²⁶.

A diversidade de opiniões confirma a afirmativa de Venosa, no sentido de que a questão ainda está longe da pacificação desejada.

De qualquer maneira, a pretendida vigência fica negada pela ocorrência de circunstâncias contrárias de difícil contestação.

Assim, a revogação do art. 259 (CC/1916), que fornecia substrato jurídico para a aplicação do regime de separação legal de bens, não mais pode ser invocado, inexistindo no atual sistema codificado disposição similar.

De igual modo, a ocorrência de assimetria entre marido e mulher, que justificava o suporte fático da aplicação da Súmula 377, não mais existe, face à efetiva existência (agora com previsão constitucional) de direitos e obrigações iguais exercidos pelo homem e a mulher (CF, art. 226, § 5º).



Cabe também ressaltar que a incidência da Súmula 377, no regime de separação legal de bens, contrariava a natureza mesma do regime, uma vez que os nubentes casavam no regime da separação, mas após o casamento ingressavam (por força da lei) em regime de comunhão parcial de bens, caracterizando o que Silvio Rodrigues chamou de “armadilha da lei”.

Por derradeiro, é sempre válido resgatar a confusão inevitavelmente gerada pela falta de posicionamento objetivo e preciso da jurisprudência nacional que ora opta pela vigência da súmula, ora por posição contrária.

No regime de separação convencional de bens (art. 1.687), não há que se cogitar da vigência da Súmula 377 face ao princípio da autonomia privada que rechaça tal possibilidade. Ou, como doutrinaram, com total razão, Farias e Rosenvald:

Obviamente, a Súmula não tem aplicação nos casamentos celebrados sob o regime da separação convencional (absoluta) de bens, pois implicaria frontal violação da autonomia da vontade das partes que, livremente, elegeram o regime separatório. Seu âmbito de cabimento, assim, fica limitado ao regime de separação legal.”²⁷

É que no regime de separação legal (art. 1.641) há imposição da lei, frustrando

eventual manifestação da autonomia da vontade das partes, enquanto no regime da separação convencional de bens (art. 1.687), a vontade das partes é soberana, afastando eventual incidência da Súmula 377 do STF. São realidades distintas que comportam soluções dicotômicas.

Claro está que se o regime da separação convencional de bens se aperfeiçoa no pacto antenupcial, e se no referido documento houve expressa manifestação de ambos os nubentes no sentido de afastar qualquer comunicação patrimonial (inclusive os aquestos), aquela manifestação tem força de lei e não pode se submeter a qualquer tipo de exegese que contrarie a materialização da autonomia privada.

Assim, exemplificativamente, se no pacto ficou estabelecido que as partes casam “sob o regime da completa e permanente separação de bens, na forma prevista no art. 1.687 do Código Civil, ficando definitivamente excluída qualquer comunhão de aquestos” e, ainda, “que os bens, seja qual for sua origem e natureza, serão, portanto incomunicáveis [...] sob o regime da completa e permanente separação de bens”, as partes afastaram qualquer eventual hipótese de incidência da comunicabilidade dos aquestos, ou qualquer outra eventual comunicação patrimonial.

A AUSÊNCIA DE FORMALISMO DA UNIÃO ESTÁVEL IMPLICA MAIOR CONTROLE ESTATAL DE UMA REALIDADE FÁTICA QUE, SEM LIMITES, PODE GERAR SITUAÇÕES DE CONFUSÃO JÁ CONSTATÁVEL EM UMA JURISPRUDÊNCIA VACILANTE, ALTAMENTE FAVORÁVEL AO ABUSO



QUANTO AOS DIREITOS
PATRIMONIAIS DECORRENTES
DA UNIÃO ESTÁVEL, DISPÕE
O ART. 1.725 DO CÓDIGO
CIVIL QUE, SE NÃO HOUVER
CONTRATO ESCRITO ENTRE OS
COMPANHEIROS, APLICA-SE, À
UNIÃO ESTÁVEL, O REGIME DA
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Se assim agiram é porque, de comum acordo, entenderam que a sua união, física e espiritual, não deveria, sob qualquer hipótese, adentrar no terreno econômico-financeiro, atingindo e concretizando dessa forma, a *mens legis* prevista no art. 1.687, que quer e persegue a separação total de patrimônio dos nubentes.

Como se vê, se o regime é da absoluta separação de bens, não há que se falar em eventual comunicação de bens, nem os anteriormente nem os posteriormente adquiridos ao casamento. Ou, como precisou Alexandre Assunção:

Nesse tipo de regime de bens cada cônjuge pode dispor de seu patrimônio como melhor lhe aprouver. Os bens imóveis adquiridos na constância do casamento serão exclusivos de quem os comprou e registrou. Não existirá bem comum em virtude da disposição desse regime, podendo, entretanto, existir bens comuns, adquiridos mediante condomínio, de natureza estritamente contratual.²⁸

Pensar de modo diferente corresponderia a alterar a vontade inequívoca dos nubentes materializada no pacto antenupcial. Na hipótese de regime da separação legal de bens (art. 1.641), a restrição de comunicabilidade encontra termo na própria constituição do casamento, imperando, portanto, o princípio da comunicabilidade a partir do casamento, assim como ocorre no regime da comunhão parcial de bens, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso.

Na hipótese de regime de separação convencional de bens (art. 1.687), a restrição de comunicabilidade também encontra termo na constituição do casamento, imperando, a partir daí, a incomunicabilidade de todos os bens pretéritos, presentes e futuros.

4. Regime de separação de bens nas uniões estáveis

Quanto aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, dispõe o art. 1.725 do Código Civil²⁹ que, se não houver contrato escrito entre os companheiros, aplica-se, à união estável, o regime da comunhão parcial de bens. Ou seja, aos companheiros, o legislador abre duas vias, ou casam sem contrato, aderindo ao regime legal de bens, que é a comunhão parcial, ou optam por regime diverso por meio de contrato de convivência³⁰.

O legislador apresenta a comunhão parcial como padrão, que pode ser afastado pelo contrato de convivência, optando por outro regime de bens. Logo, as partes podem escolher entre a comunhão universal de bens e o regime da separação de bens.



A primeira questão que se impõe é a de saber se há presunção de comunhão de aquetos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Após as vacilações doutrinárias e jurisprudenciais próprias do reconhecimento de uma nova figura jurídica (a união estável adentrou no sistema codificado brasileiro após a promulgação do CC/2002), a tendência se direcionou em considerar desnecessária a prova do esforço comum, proposta que já constava do Enunciado 115, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Em assim sendo, está superada a ideia de prova de esforço comum para a comunicação de bens na união estável.

A segunda questão, que ainda gera polêmica no ambiente jurídico nacional, é a de saber se as hipóteses previstas no art. 1.641 do CC³¹ se aplicariam aos companheiros nas uniões estáveis. Em outras palavras, esta norma restritiva de autonomia privada se aplica igualmente às uniões estáveis?

Sem vacilar, entendemos que sim. Se respondermos negativamente, estamos favorecendo o companheirismo (união estável) em detrimento do casamento, o que nunca foi cogitado pelo constituinte de 1988, tanto é que se referiu à possibilidade de conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º, da CF) estabelecendo uma hierarquia nas entidades familiares. Ademais, não é possível impor restrições no regime de bens no casamento sem tendê-las, por analogia, às uniões estáveis.

Tal postura redundaria em flagrante tratamento discriminatório entre as duas entidades familiares, o que também não foi proposto pela CF/88.

Como bem pontuado por Regina Beatriz Tavares da Silva³², “esta diferença de tratamento não faz qualquer sentido. Por meio de interpretação sistemática, conclui-se que o art. 1.641, I e II, segundo o qual é obrigatório o regime de separação de bens das pessoas que se casam com inobservância das causas suspensivas e da pessoa maior de 70 anos alcança não só o casamento, mas também a união estável, porque consta das disposições gerais do regime de bens, que se aplicam ao regime da comunhão parcial, regime este que, consoante dispõe o art. 1.725, regula as relações patrimoniais na união estável”³³.

Igual realce deve-se dar à doutrina de Érica Verícia de Oliveira Canuto ao afirmar com absoluta convicção que “é de todo inaceitável que exista sanção de obrigatoriedade do regime de separação de bens em certas situações para o casamento e não tenha a mesma correspondência à união estável. As duas situações (casamento e união estável) devem ser interpretadas de maneira igualitária. Ou se impõe também o regime da separação obrigatória de bens para a união estável nas mesmas situações previstas para o casamento (art. 1.641, CC/2002), ou não se aplica para o casamento a restrição ao direito de livre estipulação do regime patrimonial de bens, como se dá na união estável”³⁴.

Apesar de posições contrárias³⁵, é esta tendência, favorável à aplicação do art. 1.641



do CC/2002 às uniões estáveis, que tem seguido o Superior Tribunal de Justiça. Em recente julgado desta corte superior³⁶, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, o relator do recurso afirmou quanto ao regime legal relacionado à idade (inciso II do art. 1.641) que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável (REsp 646.259) pondo fim à celeuma que dividia as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais.

Com esse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de uma herdeira para remover a viúva de seu pai da inventariança, reconhecendo como válido o pacto antenupcial de separação total dos bens celebrado pelo casal.

O recurso teve origem em pedido de inventário ajuizado pela viúva. O juiz de primeiro grau acolheu a impugnação dos herdeiros para excluí-la da meação ou partilha de bens deixados pelo falecido e removeu-a da inventariança. O Tribunal de Justiça do Paraná, apesar de reconhecer o caráter restritivo do pacto antenupcial, manteve a viúva na função de inventariante.

Na escritura pública celebrada em 2014, o casal declarou que mantinha união estável desde 2007, quando ele contava com 77 anos e ela, 37. O relator do recurso no STJ, ministro Luis Felipe Salomão, explicou que o Código Civil, em exceção à au-

tonomia privada, restringiu a liberdade de escolha do regime patrimonial dos noivos em certas circunstâncias – como no caso de pessoa maior de 70 anos – reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações, as quais foram dispostas no art. 1.641.

A Segunda Seção do STJ ressaltou, em releitura da Súmula 377 do STF, que, no regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (ou união estável) desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

Segundo o magistrado, em 2016, o STJ também “afastou a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens” (REsp 1.318.281) – entendimento consagrado no Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal.

Na avaliação do relator, se o objetivo da lei é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está se casando e aos interesses de sua prole, “é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário – afastando a incidência da Súmula 377 do STF do regime da separação obrigatória

O LEGISLADOR APRESENTA A COMUNHÃO PARCIAL COMO PADRÃO, QUE PODE SER AFASTADO PELO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. LOGO AS PARTES PODEM OPTAR ENTRE A COMUNHÃO UNIVERSAL E O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS



– preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião”.

O recurso sob comento ressaltou dois pontos fundamentais à matéria ora examinada: 1º) quanto ao regime legal relacionado à idade – inciso II do art. 1.641 – o ministro lembrou que o STJ já reconhecera que a norma se estende à união estável (REsp 646.259) e, de igual modo, 2º) o ministro concluiu ser possível que os noivos ou companheiros, em exercício da autonomia privada, firmem escritura pública para afastar a incidência da Súmula 377 do STF, perfazendo um casamento ou união estável em regime de sepa-

ração obrigatória com pacto antenupcial de separação de bens (ou de impedimento da comunhão do patrimônio).

O aporte dos operadores do direito e a contribuição segura da jurisprudência nacional tendem a não só resolver dúvidas e questionamentos, mas, o que é mais importante, apresentar soluções colocando pá de cal em matérias que precisam ingressar no terreno da unanimidade para garantir a segurança jurídica das partes, resgatando as funções primordiais do Poder Judiciário, com justiça, bom senso e razoabilidade. ■

DECODIFICADOR DO CPC L. F. QUEIROZ



Agora em segunda edição, seu formato inovador, sem comentários, sem citações e sem remissões, recorta o CPC em frases simples e diretas, de fácil compreensão, agrupadas em 680 tópicos temáticos e 9.300 enunciados, seguindo a ordem numérica dos artigos da lei.

ADQUIRA AGORA

Clique aqui

Notas

1. Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris – Nouvelle Sorbonne/France. Pós-doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille – Université Jean Moulin – Lyon/France. Professor Titular de Direito Civil – Faculdade de Direito da UEM – Maringá/PR. Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas – APLJ/ Curitiba/PR. Membro fundador da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – São Paulo/SP. Advogado. Professor. Escritor e Parecerista.

2. Ou, princípios inegociáveis, como “a proteção da vida em todas suas fases; o reconhecimento e a promoção da estrutura natural da família e a sua defesa de todas as tentativas de a tornar juridicamente equivalente a formas radicalmente distintas de união que, na realidade, a prejudicariam, contribuindo para sua desestabilização; a proteção do direito que os pais têm de educar os próprios filhos” (Roberto de Mattei. *A ditadura do relativismo*, p. 21).

3. RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otávio. *Limites da intervenção judicial na separação de bens*, p. 1/6.

4. Sinto-me amparado pelas belas e certeiras palavras de Albert Camus, quando adverte que: “nomear mal as coisas é aumentar a miséria do mundo”. *Poliamor* é uma invenção que além de aumentar a miséria do mundo compromete seriamente as já fragilizadas relações maritais da atualidade.

Ressalte-se, igualmente, a postura da Psicologia atual que condena sem vacilações: “Para entendermos a dinâmica desses parceiros que se engajam esporadicamente em comportamentos infieis (...) vou caracterizar o estilo lúdico (...) Podemos caracterizar o amante lúdico como aquele(a) que não tem um tipo ideal de amado na mente e recusa a dedicar toda uma vida para o desenvolvimento de uma parceria amorosa. Ele é um errante, e ela uma coletora de experiências em busca do prazer. Assim, eles vivem certos de que ele(a) ou qualquer outra pessoa pode amar várias pessoas igualmente, e perfeitamente, ao mesmo tempo. *Aos nossos olhos isso nos soa como promiscuidade*, ou ainda, como uma escancarada desvalorização do relacionamento amoroso.” (Grifamos) (Thiago de Almeida. *Ciúme*, p. 39) O autor é psicólogo, mestre pelo depto. de psicologia experimental da USP e Pesquisador especializado em relacionamentos amorosos).

5. LOWEN, Alexander. *Narcisismo*. A negação do verdadeiro self, 2017, p. 196.

6. BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos, p. 69.

7. “É minha convicção que o grande debate do nosso tempo não é de natureza política nem econômica, mas de caráter cultural, moral e, em última análise, religioso. Trata-se de um conflito entre duas visões do mundo: a visão daqueles que acreditam que há princípios e valores imutáveis [...] na natureza do homem; e a visão daqueles que sustentam que não existe coisa alguma que seja estável e permanente, mas que todas as coisas são relativas ao tempo, aos lugares, às circunstâncias.

Não existindo valores absolutos nem direitos objetivos, a vida humana reduz-se a uma espasmódica procura do prazer e à satisfação egoísta de instintos e ‘necessidades’ subjetivas, contrabandeadas sob a forma de novos ‘direitos’. A vontade de poder dos indivíduos e dos grupos torna-se então a única lei da sociedade, constituindo-se [...] uma ditadura do relativismo, que não reconhece coisa alguma como definitiva e que propõe como medida última o próprio eu e os seus caprichos.” Introdução à obra *A ditadura do relativismo*, de Roberto de Mattei.

8. TARTUCE, Flávio. *Direito civil – direito de família*, p. 381. Ressalte-se que o autor, na passagem citada, está analisando a incidência do art. 1.641 do CC, entendendo que não há imposição da separação obrigatória à união estável em nenhum dos casos previstos no dispositivo retro.

9. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado. Direito de família*, p. 334.

10. MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*, p. 128,129.

11. Ver, neste sentido, nosso estudo *A (des)união estável*. In: Eduardo de Oliveira Leite. *Estudos de direito de família e pareceres de direito civil*, p. 275-295.

12. LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1.829 do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: RT, 863, p. 99-111.

13. ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado (Comentário ao art. 1.687). In: Ricardo Fiuza. *Novo Código Civil Comentado*, p. 1543.

14. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, p. 85,86.

15. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. 8, p. 346.



16. MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil – Direito de família*. 43. ed., p. 316.
17. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. *Direito de Família*, p. 194.
18. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 6 – *Direito de Família*, p. 448.
19. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, p. 91.
20. MADALENO, Rolf. *Idem*, *ibidem*.
21. MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*, p. 19.
22. VENOSA, Silvio. *Idem*, p. 328.
23. VENOSA, Silvio. *Idem*, *ibidem*.
24. CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *In: Revista do Advogado*, n. 76, p. 28-29.
25. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Idem*, p. 81.
26. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Idem*, p. 190.
27. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, p. 250.
28. ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Idem*, p. 1543. Nesse sentido, jurisprudência do STJ: “O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal.” (STJ, REsp 286.514/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.08.2007, DJ 22.10.2007, p. 276).
29. “Art. 1.725. *Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*”
30. Ver, neste sentido, a monografia de Francisco José Cahali, *Contrato de convivência*.
31. “Art.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de setenta anos;
III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”
32. Merece transcrição o exemplo trazido por Regina Beatriz Tavares da Silva, na argumentação de sua defensável tese. “Na união estável, segundo o § 2º do dispositivo em análise, ‘As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização de união estável’. Se a interpretação deste dispositivo não levar em consideração o sistema deste Código, a conclusão será a seguinte: se a pessoa se casa, com causa suspensiva ou com mais de setenta anos, submeter-se-á obrigatoriamente ao regime da separação de bens (art. 1.641, I e II) e, se passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, não sofrerá qualquer restrição no regime de bens, que, pela lei, será o da comunhão parcial.” (*Código Civil Comentado*, p. 1881-1882).
33. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coordenadora da 6. edição). *Código Civil Comentado*, p. 1882.
34. CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável. *In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. Questões controvertidas no Novo Código Civil*, vol. 3, p. 175.
35. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Como a lei estabelece regra específica para as relações econômicas entre os conviventes na união estável, e não contemplou a previsão do regime de separação obrigatória, não se pode interpretar ampliativamente a exceção prevista para a relação patrimonial própria do casamento.” (TJRS, Apelação Cível 70027870567, Porto Alegre, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando da Silva Vasconcellos Chaves, j. 08.07.2009, DOERS 16.07.2009, p. 35).
36. <https://www.stj.nr/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15122021>. (Acesso em 27/09/2023).

Referências

- ALMEIDA, Thiago de. *Ciúme e suas consequências para os relacionamentos amorosos*. Curitiba: Certa, 2007.
- ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado (Comentários ao art. 1.687) *In: Ricardo Fiuza. Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1800-1841.

- BAUMANN, Zygmunt. *Amor líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- CAHALI, Francisco José. A Súmula n. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado*, n. 76, ano XXIV, 2004, p. 27-32.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. *Questões controvertidas no novo Código Civil*, vol. 3. São Paulo: Método, 2005, p. 169-182.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. 5. Direito de Família*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Vol. VI. Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A (des)união estável. In: Eduardo de Oliveira Leite. *Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 275-295.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado. Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O art. 1.829 do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: *RT – Anbo 96 – setembro de 2007*, vol. 863, p. 99-111.
- LOWEN, Alexander. *Narcisismo*. A negação do verdadeiro self. São Paulo: Summus, 2017.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MATTEI, Roberto de. *A ditadura do relativismo*. Porto: Civilização Editora, 2008.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil – Direito de família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, vol. 8. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1971.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Limites da intervenção judicial na separação de bens. In: *Consultor Jurídico*, 10/outubro/2012, p. 1/6.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil. 5. Direito de família*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2010.



COLEÇÃO
M É T O D O
Temático

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ORGANIZADA EM TÓPICOS E ENUNCIADOS SIMPLES, DIRETOS E DE FÁCIL COMPREENSÃO



ADQUIRA AGORA
ATRAVÉS DO
QR CODE

CANAIS DE VENDA:



41 3323 4020



0800 645 4020



www.livrariabonijuris.com.br

A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR PERANTE A COMUNIDADE LGBTQIA+¹

Por **DENISE ANTUNES²**

Juíza de Direito aposentada do TJPR

Mestranda em Direito pela UEPG

“Tiago (nome fictício), 20 anos, estudante de Publicidade, se viu dentro de um caos após familiares tomarem conhecimento sobre sua orientação sexual. O estudante conta que foi expulso de onde vivia por conta disso: ‘Antes de o meu pai descobrir minha orientação sexual era mais tranquilo, alguns familiares já tinham noção, mas depois que descobriram foi horrível, fui até colocado pra fora de casa’.

Hoje em dia morando com seus primos, ele ainda revela que sofreu muito com as ameaças do pai, e violência verbal vinda de familiares.”
(Portal UNICAP de DDHH Helder Câmara)³



A comunidade LGBTQIA+ está sempre envolta em notícias que conjugam o tema violência. Ainda que dita comunidade tenha alcançado avanços no reconhecimento dos seus direitos fundamentais, tanto no Brasil, quanto no mundo, o que ocorre é que a LGBTfobia, lesbofobia, gayfobia, bifobia, transfobia etc. dão conta do tom da grande discriminação e preconceito existente.

As aversões e intolerâncias específicas contra a comunidade LGBTQIA+ são representadas por todo tipo de violência; este artigo, após explanar um quadro geral sobre o tema, fará considerações sob o enfoque da violência intrafamiliar. Existe um cenário que indica que muitas das pessoas desta comunidade têm direitos violados constantemente em casa, quando não são de lá expulsos⁴.

A concepção da violência intrafamiliar é indissociável daquela que é praticada justamente por aqueles que, em princípio, deveriam proteger, acalantar e respeitar. Ou seja, dita violência provém de pessoas que estão ligadas às vítimas por algum vínculo, e possui várias nuances e consequências.

Pesquisas e relatórios efetuados por instituições públicas e privadas, tanto brasileiras como estrangeiras, apontam a gravidade do quadro da violência, perpetrada em face do grupo LGBTQIA+. Aliás, referidas entidades têm aumentado os esforços, com o decorrer do tempo, para que os dados

concedidos pelo poder público sejam cada vez mais completos. E isso se diz porque os números indicativos da situação (que já é dada como grave) podem ser fruto de subnotificação, e até mesmo diante da inibição forçada proveniente do medo e de ameaças (incluindo *bullying* e práticas abusivas) que referidas pessoas recebem para não relatar as agressões que sofrem.

A técnica de pesquisa adotada e consistente na documentação direta analisou relatórios, notícias, reportagens, pesquisas sobre o tema, dossiês do mundo virtual, além de consultas em plataformas de notícias jornalísticas e de ações tomadas por várias instituições, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

Observou-se a preocupação acadêmica quanto à violência intrafamiliar, mormente porque ela alcança uma parcela significativa da população mundial e as consequências são de todas as formas possíveis, desde a vítima reproduzir o comportamento violento, sempre com implicações psíquicas, até mesmo aquela que é fatal (culminando na morte da vítima). Adentrou-se inclusive na origem cogitada da problemática, analisando o sistema patriarcal.

A partir disso, a abordagem recaiu no cenário da violência intrafamiliar dentro comunidade LGBTQIA+, sobremodo visua-



lizada nas ações do CNJ quando da elaboração de relatório acerca da discriminação e violência contra referida população, com tópico específico sobre a violência sofrida nos lares, e do STJ, que está divulgando a série “*TRANSformando Direitos: a visibilidade trans e os precedentes do STJ*”, com referências à situação de violência intrafamiliar no mundo LGBTQIA+.

A proposta do artigo visa a constatar eventual avanço para o mundo LGBTQIA+, no que diz respeito à tutela da dignidade do ser humano, independente de fatores concernentes à sexualidade.

1. Violência no mundo LGBTQIA+

As pessoas LGBTQIA+ são vítimas de múltiplas violências. Lesões corporais, homicídio e estupro são alguns dos crimes apontados no relatório do 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022⁵, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. O levantamento utiliza fontes oficiais dos órgãos públicos responsáveis. O resumo da conclusão deste relatório indica que, no tocante aos dados de violência contra população LGBTQI+, houve aumento em todas as variáveis, sob as tipificações de homicídio (7,2%), lesão corporal dolosa (35,2%) e estupro (88,4%).

Em 2021, houve, no Brasil, pelo menos 316 mortes violentas de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e pessoas intersexo (LGBTI+)⁶.

Esse número representa um aumento de 33,3% em relação ao ano anterior, quando

foram 237 mortes. Desses óbitos, 285 foram assassinatos, 26 suicídios e 5 corresponderam a outras causas.

Infelizmente, esses números, já chocantes, podem ser bem maiores, pois quando o assunto é LGBTfobia, uma das dificuldades encontradas é a falta de estatísticas oficiais. Mas uma coisa é certa: indicam sempre o aumento de casos de violência perante a população LGBTQIA+.

A dificuldade é a escassez de indicadores de violência contra esse grupo, porque comenta-se ser “essencial que as variáveis (tidas como as questões relativas à identidade de gênero e orientação sexual sejam incluídas no recenseamento) se façam presentes nos registros de boletins de ocorrência, para que pessoas LGBTQI+ estejam contempladas também pelas estatísticas geradas a partir do sistema de segurança pública”. E é esclarecido que “sem esses avanços, é difícil mensurar, de forma confiável, a prevalência da violência contra esse segmento da população, o que também dificulta a intervenção do Estado por meio de políticas públicas”⁷.

De toda sorte, o quadro de violência contra a população LGBTQIA+ é grave e, no cenário mundial, de acordo com dados recentes (repassados pelo site BBC News Mundo⁸) a discriminação e intolerância são responsáveis pela cultura violenta. Em janeiro de 2024, ter relações sexuais com uma pessoa do mesmo gênero é algo que pode ser punido com a pena de morte em 11 países do mundo, e a sentença também é executada de diferentes formas: força, decapitação ou apedrejamento. Além da pena de morte,



68 países ao redor do mundo proíbem as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. As sentenças variam de alguns meses a vários anos de prisão ou até castigos corporais, como flagelações públicas.

A LGBTfobia no Brasil o coloca em um lugar bastante nefasto para a comunidade LGBTQIA+, pois segundo o relatório da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (ILGA)⁹, de 2020, o Brasil ocupa o primeiro lugar nas Américas em quantidade de homicídios de pessoas LGBTs e também é o líder em assassinato de pessoas trans no mundo.

O histórico suprarrepresentado em números traz o sentimento de que o quadro da intolerância segue aumentando e longe se está de apontar os motivos de tanto ódio; especulações sobre a intolerância e discriminação são de todas as ordens.

Judith Butler, que está na vanguarda dos estudos acerca do assunto gênero e diversidade, em entrevista concedida à *Carta Capital*, indica que nessa seara estamos lidando com “elementos desafiadores” e o “medo” em face de parcela da sociedade que acre-

dita somente no gênero binário, o que pode sugerir a tendência a agredir e matar aquele que integra a população LGBTQIA+ e até mesmo aqueles envolvidos na causa:

Talvez “gênero” seja uma palavra que nomeia a circunstância de mudança nas normas sociais. O ataque ao “gênero” provavelmente emerge do medo a respeito de mudanças na família, no papel da mulher, na questão do aborto e das tecnologias para reprodução, direitos LGBTs e casamento homoafetivo. Para aqueles que acreditam que “homens” e “mulheres” são naturalmente dotados de traços que os levam necessariamente a participar de um casamento heterossexual e da formação de uma família, é desconcertante e, talvez, assustador perceber que algumas pessoas designadas ao nascer para as categorias “masculina” e “feminina” não desejem permanecer naquela categoria, ou que algumas mulheres não queiram ter filhos ou que algumas famílias sejam formadas por gays. Todos esses elementos são desafiadores.¹⁰

Butler traz a noção de que gênero nunca foi um conceito estático e estável, pois a construção de gênero não seria um fator identi-

A LGBTFOBIA NO BRASIL O COLOCA EM UM LUGAR BASTANTE NEFASTO PARA A COMUNIDADE LGBTQIA+, POIS SEGUNDO O RELATÓRIO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E INTERSEXUAIS (ILGA), DE 2020, O BRASIL OCUPA O PRIMEIRO LUGAR NAS AMÉRICAS EM QUANTIDADE DE HOMICÍDIOS DE PESSOAS LGBTs E TAMBÉM É O LÍDER EM ASSASSINATO DE PESSOAS TRANS NO MUNDO. O HISTÓRICO REPRESENTADO EM NÚMEROS TRAZ O SENTIMENTO DE QUE O QUADRO DE INTOLERÂNCIA SEGUE AUMENTANDO



tário, mas muito mais um “ato performativo”¹¹, logo, se pode performar diferentes gêneros em situações distintas.

Transborda um dos motivos da violência daqueles que vivem somente sob a égide de uma heterossexualidade idealizada e compulsória e não conhecedores da amplitude da sexualidade, pois sempre submetidos aos comandos do patriarcado, do machismo impregnado, influências do autoritarismo, e, por certo, da psique humana de cada um que vem à tona diante de emoções e desejos que são constantemente reprimidos e censurados.

Segundo Nancy Nangeroni¹², estadunidense que trabalha com a diversidade na área educacional e é ativista da comunidade transgênero (citada por Letícia Lanz):

Quase sempre a sociedade reage à transgressão de gênero punindo a pessoa transgressora, tentando desencorajar seu comportamento “desviante”. Pessoas transgêneros são muito mais sujeitas que a população em geral a cometerem suicídio, a serem assassinadas, despedidas de seus empregos, espancadas e feridas de muitas outras maneiras, algumas tão flagrantes como a exposição ao ridículo, algumas tão insidiosas como serem preteridas numa entrevista para emprego.

Condutas de exclusão social são corriqueiras¹³, e os efeitos são voltados ao retrocesso da sociedade, afrontando a democracia diante dos direitos que são negados aos LGBTQIA+. Dita exclusão social ocorre com muita frequência no meio familiar, sendo aparente com o uso da violência psí-

quica e física, não se olvidando que são comuns os casos de expulsão de casa daquele que se insere na comunidade LGBTQIA+.

Ponto primordial do presente artigo é analisar a triste realidade da violência e da rejeição ocorrida no âmbito familiar, pois estima-se que jovens rejeitados por sua família por serem LGBTQIA+ têm 8,4 vezes mais chances de tentarem suicídio. Essa estatística repassada pela *TransRespect Europe*¹⁴ se traduz em outra: os adolescentes lésbicas, gays e bissexuais têm até cinco vezes mais chances de tirarem a própria vida do que as/os heterossexuais.

Ainda, amplamente marginalizadas pela sociedade (e expulsas do lar), as trans muitas vezes recorrem à prostituição como forma de sobrevivência. Nessa realidade, tais indivíduos tornam-se mais vulneráveis à violência sexual, que acaba sendo um dos principais motivos para a expectativa de vida das trans ser de 35 anos¹⁵, de acordo com levantamento da associação europeia em 72 países¹⁶.

O quadro acima apontado é indicativo de que, no Brasil, a situação é mais intensificada no que tange à rejeição, suicídios e expulsões do lar, lembrando que é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, ocupando o primeiro lugar nas Américas em quantidade de homicídios de pessoas da comunidade LGBTQIA+.

2. Violência intrafamiliar

A violência intrafamiliar ou doméstica trata-se de toda forma de violência que acontece no âmbito familiar, doméstico, e engloba tipos de abuso perpetrados por



um ente familiar contra o outro. O quadro mais notório ocorre quando a violência se dá entre cônjuges, parceiros, mas também envolve crianças, pessoas com deficiência física e idosos.

Estudiosos do assunto¹⁷ indicam que todo e qualquer tipo de violação ou agressão dentro do âmbito familiar, seja física, psicológica ou socioeconômica é compreendida como violência intrafamiliar, podendo variar de intensidade e forma, todavia seus danos são profundos e algumas vezes letais.

Salienta-se, portanto, que a violência intrafamiliar é toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica, a liberdade, ou o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família¹⁸.

Como os casos mais comuns de violência intrafamiliar têm as mulheres como vítimas, aponta-se que a origem de toda a problemática é a desigualdade de gênero, a qual tem raízes profundas na esfera patriarcal. Tanto é assim que Saffioti¹⁹ e Tiburi, filósofas paulista e gaúcha, frisam que a concepção familiar patriarcal (na qual predomina uma suposta superioridade masculina) acomoda o problema social, intitulada “violência de gênero”. E mais, a desigualdade de gênero vem perdurando ao longo dos tempos, na forma de conduta violenta e silenciosa, como se estivesse protegida pelos códigos e costumes familiares, presente na maioria dos lares.

Márcia Tiburi comenta que o “patriarcado é o sistema de opressão das mulheres e de privilégios dos sujeitos machos e brancos,

donos do capital”, complementando que o machismo não tem outra função do que a opressão. Aliás, ela entende que o fascismo nada mais é do que a sua exacerbação mais radical do machismo. Tiburi ainda alerta que o patriarcado é um arcabouço dogmático de crenças (firmadas em verdades absolutas), não um ideal. Sobretudo, “está profundamente enraizado na cultura e nas instituições”, internalizado nas pessoas, como algo normal. Trata-se de perceber que o discurso misógino faz parte do inconsciente coletivo, introjetado²⁰.

A propósito, em 2004, quando Saffioti escreveu a obra *Gênero, Patriarcado, Violência*²¹ (anos após ter escrito sua significativa obra *O Poder do Macho*), ela indica que o cenário político-econômico brasileiro acoberta o patriarcalismo, e “certamente, (esse cenário) é o maior e mais importante fonte da instabilidade social no mundo globalizado”, lembrando que é sob a ordem patriarcal de gênero que devem ser feitas as análises sobre a violência contra as mulheres.

Entretantes, é imperioso lembrar que desde o início o sistema patriarcal se impôs através de ameaças e atos de violência contra a mulher.

Sob o escólio doutrinário de Gerda Lerner, quando da obra *A Criação do Patriarcado*²², extrai-se primoroso estudo da história humana, e há a indicação de que a opressão da mulher pelo homem é produto de um desenvolvimento histórico. Comenta sobre os papéis de gênero conferidos às mulheres, e sempre impostos através da força (“sob pena de violência e morte”), passando a ser admitidos como normais.



De todo modo, importante ter consciência que o complexo patriarcal envolve o “patriarcalismo”, sustento de dominações culturais (v.g. dominações autoritárias e totalitárias) e que não se confunde com o sentido do termo “patriarcado”, o qual afeta somente um tipo de coletivo: a mulher em abstrato. Essa é a visão do jusfilósofo Herrera Flores:

O patriarcalismo, por sua vez, não configura uma posição estática ou um tipo de opressão autônoma e desvinculada de outras resultantes das relações capitalistas. Refere-se a um conjunto de relações de dominação articuladas: gênero, raça, sexo, classe social e etnia. (...) *Politicamente*, esse modelo do depredador patriarcal configura uma realidade que prima pelo abstrato sobre o concreto; *axiologicamente*, impõe um conjunto de crenças que se supõem superiores; e *sociologicamente*, constitui a base de exclusão. Dever-se-ia falar, então, para sermos exatos, de um capitalismo patriarcal, racional, étnico, sexual e classista-mente estruturado²³. (grifos nossos)

É nessa ordem de ideais que o patriarcalismo é tido como um sistema de opressão a todas as categorias de pessoas vulneráveis (entre elas, a comunidade LGBTQIA+).

O sistema patriarcal, portanto, é de grande peso na manutenção da violência intrafamiliar (contra a diversidade de vítimas), pois está introjetado culturalmente na sociedade, mantido pelo capitalismo neoliberal. Na seara acadêmica, defende-se que o capitalismo e o patriarcado são tidos como “mecanismos de dominação cruzados”, presentes numa mesma sociedade (as chamadas

“teorias de sistemas duais”) e até mesmo no campo doméstico, no qual exsurge um modo de produção próprio e operando em paralelo com a economia capitalista²⁴.

Entrementes, é nítido que o aumento desse tipo de violência tem a contribuição do momento atual de relevância exacerbada do patriarcado neoconservador e neoliberal visto nos governos ultradireitas e no fundamentalismo religioso, que sustentam e encorajam o ódio contra as minorias em geral.

Por fim, frise-se que a violência intrafamiliar é composta por agressões domésticas, incluindo a intolerância e o abandono. E é também nesse cenário que a dor é sofrida por aquele que está envolvido nas questões referentes à identidade de gênero e orientação sexual, quais sejam, os integrantes da comunidade LGBTQIA+.

3. Violência intrafamiliar envolvendo a comunidade LGBTQIA+

O crescimento da violência perante a comunidade LGBTQIA+ é, dia a dia, visto nos meios de comunicação, e está evidente diante da análise realizada acima.

Já se fazem tardias as condutas estatais e principalmente as ações legislativas, as quais preterem sempre a análise e votação de projetos de lei em prol da comunidade²⁵.

Não obstante, e ainda que se reconheça a existência de ações voltadas ao afastamento da LGBTfobia²⁶ (como por ex., a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e o Disque 100), no cenário



jurídico começou a ser dada a devida atenção à violência intrafamiliar na seara LGBTQIA+, pois o cenário de suicídios, rejeições, expulsões demonstra ser um problema bastante persistente e de preocupação constante na seara dos direitos humanos.

No Brasil, têm-se ações provindas de duas instituições ligadas ao Poder Judiciário: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Superior Tribunal de Justiça.

O CNJ²⁷ apresentou, em agosto de 2022, relatório referente à pesquisa direcionada à discriminação e violência contra LGBTQIA+, levando em conta dados existentes na justiça criminal. A pesquisa utiliza uma série de fatores para atingir seu objetivo e, entre esses, faz um “pente fino” na distribuição dos processos criminais por tribunal de Justiça estadual averiguando a distribuição da identidade LGBTQIA+ das vítimas; distribuição de acordo com vítimas cuja caracterização da LGBTfobia do caso se identifica a partir do desrespeito à orientação sexual.

A pesquisa aborda as diversas dificuldades de coleta de dados, justamente por causa da complexidade das problemáticas inerentes à violência estrutural contra a população LGBTQIA+, que variam desde o apagamento institucional e preconceitos velados até as mais explícitas brutalidades.

As ressalvas feitas antes de indicar as conclusões (por ex., na maioria dos casos, não constava informação explícita acerca da orientação sexual e identidade de gênero das partes envolvidas, tampouco se o crime havia sido motivado por LGBTfobia ou

O SISTEMA PATRIARCAL,
PORTANTO, É DE GRANDE PESO
NA MANTENÇA DA VIOLÊNCIA
INTRAFAMILIAR (CONTRA A
DIVERSIDADE DE VÍTIMAS),
POIS ESTÁ INTROJETADO
CULTURALMENTE NA
SOCIEDADE, MANTIDO PELO
CAPITALISMO NEOLIBERAL

não²⁸) geram a percepção da necessidade de o Poder Judiciário começar a classificar de forma adequada os crimes que envolvem a comunidade LGBTQIA+. Ainda assim, o relatório apresentou uma parte específica que trata da caracterização dos processos criminais com enfoque dado à vítima e, na parte que interessa ao artigo, traz a temática “quando o lar também agride: vítimas de LGBTfobia em situação de violência doméstica”²⁹.

Nesse tópico, os processos analisados envolveram número significativo tanto de casos em que a pessoa agressora morava com a vítima (14,7%), como de casos em que se tratava de violência doméstica (14,2%). Das vítimas, 43,8% tiveram a atribuição de identidade como mulheres lésbicas, 37,5% como mulheres trans e 12,5% como homens gays. Esse tipo de violência aparece de formas variadas, indicando que as agressões que ocorriam por conta de intolerância de algum familiar (pai, mãe, irmão ou irmã intolerante à identidade de gênero



ou orientação sexual da vítima) em meio às discussões familiares; violência doméstica contra mulheres/homens transexuais que, inclusive, sofrem transfobia; casos de ex-companheiro(a) que não aceita a sexualidade revelada por ex-companheira(o) – em que foram identificados crimes de feminicídio; e até mesmo torturas praticadas por familiares que não aceitavam a orientação sexual da vítima.

A conclusão desse tópico é no sentido de que:

Em todos esses casos, há uma importante convergência: a intersecção das temáticas de gênero importa para que se possam pensar nas esferas de responsabilização dos agressores que busquem respostas estatais que transcendem o poder de punir do Estado e adote, por exemplo, medidas protetivas para a proteção direcionada à vítima “sem apostar única e exclusivamente na punição penal do agressor” [...]. Não houve identificação de nenhum caso de LGBTfobia que teria motivado medida protetiva da vítima com relação à parte acusada, o que pode demonstrar uma dificuldade do Estado em apresentar esse direcionamento de respostas efetivas que transcendam o direito de punir.³⁰

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em ação bastante atual (em 29 de janeiro de 2023, “Dia Nacional da Visibilidade Trans”), através da Secretaria de Comunicação Social, informou sobre a série “*TRANSformando Direitos: a visibilidade trans e os precedentes do STJ*”. A intenção da corte da cidadania é a de demonstrar que a série contempla ações que vêm ao encontro da proposta de ampliar o conhecimento a respeito

da realidade de uma das populações mais discriminadas e excluídas da sociedade brasileira e mostrar os impactos que as decisões do Judiciário podem alcançar³¹.

Colhe-se, das informações prestadas pelo STJ, que a série divulga três temas relacionados aos direitos das pessoas transgênero. E um desses precedentes corresponde a tema abordado no presente artigo, pois se refere a caso de violência intrafamiliar envolvendo transgênero.

O julgamento em apreço trata de decisão tomada pelo STJ, quando sua Sexta Turma (REsp 1977124 / SP, jul. 05/4/2022³²) definiu que a Lei Maria da Penha também deve ser aplicada aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transgênero. O relator do recurso, ministro Rogerio Schietti Cruz, considerou que, por se tratar de vítima mulher, independentemente do seu sexo biológico, e tendo ocorrido a violência em ambiente familiar, deveria ser aplicada a legislação especial.

Constam da ementa do emblemático julgamento ensinamentos que devem ser divulgados, no sentido de que:

4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.



5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.

Ainda, salienta o ministro relator que, na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei 11.340/06, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal³³.

Sobreleva atentar que, conforme notícia veiculada pelo STJ, em agosto de 2022, após o precedente fixado pelo STJ, uma conduta favorável à comunidade LGBTQIA+ surgiu: a polícia civil de Minas Gerais publicou a Resolução 8.225 para, alterando resolução anterior, estabelecer que “mulheres transexuais e travestis, vítimas de violência doméstica ou familiar baseada no gênero, devem ser atendidas em delegacia especializada, independen-

temente de mudança do nome no registro civil ou da realização de cirurgia de redesignação sexual”³⁴.

Notadamente, projetos, julgamentos e ações provindos do Poder Judiciário aproximam a magistratura da luta por direitos da população LGBTQIA+, e o faz cumprir seu papel de defesa dos direitos fundamentais, zelando pelos preceitos constitucionais e agindo em prol do estado democrático de direito.

Conclusão

Os agentes homofóbicos e transfóbicos não se resumem apenas àqueles que desprezam a comunidade LGBTQIA+ com olhares, palavras e não aceitação, e, sim, a grupo de pessoas que parte para a agressão física, espancamentos, atrocidades, homicídios. Todo esse quadro de atrocidades pode ser sofrido dentro do lar.

Não se olvide, então, do sofrimento da população de jovens LGBTQIA+ quando se percebem pertencentes ao grupo e seu enfrentamento com a família, sendo constatada a grande ocorrência de suicídios na comunidade em apreço, e o drama pessoal daquele que é transgênero sujeito mais apontado como sendo aquele que sofre com expulsões de casa e abandono de toda ordem.

Acredita-se que o poder público está (ainda que vagarosamente) dando alguns passos em prol da população LGBTQIA+, constatando-se, por exemplo, julgado proferido pelo STJ acolhendo a mulher transgênero no sistema protetivo da Lei Maria da Pe-



nha. Ainda, mencionaram-se ações bem recentes de instituições do meio jurídico: o STJ apresentando a série “*TRANSformando Direitos: a visibilidade trans e os precedentes do STJ*”, e o CNJ com a iniciativa de apresentar relatório acerca da pesquisa direcionada à discriminação e violência contra LGBTQIA+.

De fato, há muito a ser feito, recordando que há a necessidade de se aprimorar dados provindos de diversos órgãos e instituições a fim de viabilizar as pesquisas qualitativas

e quantitativas complementares à investigação científica, partindo para as promoções de políticas públicas adequadas e efetivas.

O artigo cumpre o seu intuito de analisar a situação proposta, exaltando, com nota de festejo, as ações provindas do Poder Judiciário com o olhar voltado à questão da violência intrafamiliar envolvendo a comunidade LGBTQIA+ e, pois, em prol da tutela da dignidade das pessoas, independente de suas identidades, expressões de gêneros e orientações sexuais. ■

Notas

1. Sigla LGBTQIA+ = lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queer*, intersexuais, assexuais. Colhido do Atlas da Violência de 2020, tem-se o seguinte: LGBTQIA+ é a sigla para lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros, queer e intersexuais. Ademais a sigla LGBTQIA+ é a abreviação utilizada no âmbito internacional. Por curiosidade, no Canadá, a frase preferida é muitas vezes 2SLGBTQIA (2-Spirit, Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, Queer, Questioning, Intersex, Assexual, Plus).

2. Juíza de Direito aposentada do TJPR. Mestranda em Direito pela UEPG. Conciliadora CEJUSC 2º Grau TJPR. Especialista em Direitos Humanos e Questão Social pela PUC/PR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6466-280X>. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0723475554325918>.

3. Portal UNICAP de Direitos Humanos Helder Câmara. Universidade Católica de Pernambuco. Discriminação LGBTQIA+ dentro de casa: quando a violação vem de familiares. 15 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.unicap.br/-/discrimina%C3%A7%C3%A3o-lgbtqia-dentro-de-casa-quando-a-viol%C3%A7%C3%A3o-vem-de-familiares>. Acesso em: maio 2023.

4. Ibid., vide reportagem que atesta essa realidade.

5. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 02 ago.

2022. p. 125-135. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>. Acesso em: jan. 2023.

6. Os dados constam do *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil*. Esse documento é produzido pelo Observatório de Mortes e Violências contra LGBTI+, início em janeiro de 2020. Dez 2021. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtbrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2021/>. Acesso em: abr. 2023.

7. Vide: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Atlas da Violência 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: abr. 2023.

8. BBC News Mundo. Os países que punem a homossexualidade com pena de morte. 16 janeiro 2023. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-64252532>. Acesso em: abr. 2023.

9. ILGA WORLD - The international lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association. 15 dez 2020. Disponível em: <https://ilga.org/ilga-world-releases-state-sponsored-homophobia-December-2020-update>. Acesso em: fev. 2023.

10. Carta Capital. Judith Butler: “O ataque ao gênero emerge do medo das mudanças”. 06 nov. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diver>



sidade/judith-butler-o-ataque-ao-genero-emerge-do-medo-das-mudancas/. Acesso em: abr. 2023.

11. Vide o capítulo referente aos *Atos Corporais Subversivos* na obra de Butler: *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

12. Nancy Nangeroni é fundadora do GenderTalk Radio, o premiado *talk show* sobre questões de gênero e transgênero que foi transmitido de 1995 a 2006 na WMBR em Cambridge, Massachusetts. Nasceu em Boston EUA, com o sexo masculino. Após período vivendo como homem se identificou em particular como crossdresser. Quando ela tinha 27 anos, sofreu um sério acidente e essa experiência levou Nangeroni a decidir se assumir para sua família como uma mulher transgênero. FONTE: Wikipedia, disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Nancy_Nangeroni. Acesso em: abr. 2023. LANZ, Letícia. *O corpo da roupa: uma introdução aos estudos transgêneros*. Curitiba: Movimento Transgente, 2. ed., 2017, págs. 114.

13. A ACNUR já alertou que é comum a população LGBTQIA+ fugir de seus países e famílias para salvar sua vida por causa de sua identidade de gênero, orientação sexual ou características sexuais. ACNUR. Agência da ONU para Refugiados. Neste momento, alguém está fugindo para salvar sua vida por causa de sua identidade de gênero, orientação sexual ou características sexuais. 20 jun 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/06/29/o-que-significa-ser-um-refugiado-lgbtqi/>. Acesso em: abr. 2023.

14. A TGEU é uma organização em prol da comunidade LGBTQIA+, criada em 2005, e se estabeleceu como uma voz legítima para a comunidade trans na Europa e na Ásia Central com 200 organizações membros em 48 países diferentes. TGEU está registrada como Transgender Europe e V. Com a inclusão da Ásia Central em 2018, a sigla TGEU tem sido usada em comunicações ao público. TGEU tem um escritório em Berlim, na Alemanha. Vide mais informações em: <https://transrespect.org/en/>. Acesso em: maio 2023.

15 “A população T no Brasil tem expectativa de vida de menos de 35 anos, isso é equiparável com a expectativa de vida da Idade Média, quando não tinha penicilina nem saneamento básico,” disse Marina Ganzarolli (presidente da Comissão da Diversidade Sexual

e de Gênero da OAB-SP em 2021). Vide: CNN BRASIL. Expectativa de vida da população T (homens e mulheres trans e travestis), no Brasil é equiparável a números da Idade Média. Jun./2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/expectativa-de-vida-de-trans-no-brasil-se-equipara-com-idade-media-diz-advogada/>. Acesso em: abr. 2023.

16. FUNDO BRASIL. A LGTBfobia no Brasil: os números, a violência e a criminalização. 2020. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/blog/a-lgbtfobia-no-brasil-os-numeros-a-violencia-e-a-criminalizacao/>. Acesso em: maio 2023.

17. DANTAS-BERGER, Sonia Maria, & GIFFIN, Karen. A violência nas relações de conjugalidade: invisibilidade e banalização da violência sexual? *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 21, n. 2, 2005, pp. 417-425. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2005000200008&script=sci_abstract&tng=pt. Acesso em: abr. 2023.

18. MIURA, Paula Orchiucci et all. Violência doméstica ou violência intrafamiliar. *Revista Psicologia & Sociedade*, 30, 2018. <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30179670>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/dQc8Zb4b7z68hpCkKG-9cBKK/#>. Acesso em: abr. 2023.

19. SAFFIOTI, Heleieth. Papéis sociais atribuídos às diferentes categorias de sexo. In: Heleieth Saffioti. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987. p. 8-20. Saffioti, em 1987, escreveu o que hoje ainda pode ser tido como atual, pois se sabe da grande importância que suas ideias tiveram para a implementação de políticas de combate à violência contra a mulher. Nada obstante um certo avanço no conjunto de normas jurídicas no Brasil contemporâneo – pelo menos no que diz respeito à formulação de leis como a da punição da violência doméstica através da Lei Maria da Penha de 2006 – por curial, a lamentável situação está longe de ser resolvida. A punição, quando ocorre, vem necessariamente depois da violência praticada.

20. “Patriarcado é um nome estranho para muitas pessoas que consideram natural a ordem social existente. Ele representa a estrutura que organiza a sociedade, favorecendo uns e obrigando outros a se submeterem ao grande favorecido que ele é, sob pena de violência e morte”. TIBURI, Márcia. *Feminismo em comum: para todas, todes e todos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018, p. 26-27; 59.

21. SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p.19.



22. LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história de opressão das mulheres pelos homens. Tradução Luíza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

23. HERRERA FLORES, Joaquin. *De habitaciones propias y otros espacios negados*: una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Spain: Universidad de Deusto, 2005, p. 29; 30-33.

24. Cf. Luiz Felipe Miguel, fazendo referência à Heidi Hartmann, Zillah Eisenstein, Juliet Mitchell a Marion Yong, constata-se o seguinte: “Heide HARTMANN chamou de “o infeliz casamento entre marxismo e feminismo” (p. 97), que reproduziria a relação entre marido e mulher na *common law* inglesa: “marxismo e feminismo são um e esse um é o marxismo” (p. 97). Diante da força analítica da tradição marxista, o feminismo se viu constrangido a simplesmente tentar encaixar a variável “gênero” num arcabouço conceitual que fora *produzido para* e já era integralmente *ocupado por* “classe”. O desafio, segundo a própria Hartmann, não é chegar ao divórcio entre feminismo e marxismo, mas a uma relação conjugal equilibrada e igualitária, com o entendimento de que as estruturas de dominação de gênero e as estruturas de dominação de classe são igualmente importantes na determinação da situação das mulheres nas sociedades capitalistas patriarcais. Ela propõe, assim, um tipo de “teoria de sistemas duais”, em que patriarcado e capitalismo aparecem como sistemas de dominação relativamente independentes. Anterior às relações de produção capitalistas, o patriarcado se viu ameaçado por elas, que empurravam “todas as mulheres e crianças para a força de trabalho e portanto destruíam a família e a base do poder dos homens sobre as mulheres”. A acomodação entre os dois se deu graças à segregação do trabalho por sexo, com o pagamento de salários menores às mulheres. Com isso, elas eram incentivadas a se casar e os homens se beneficiavam tanto do salário mais alto quanto dos serviços domésticos realizados por suas mulheres. Na leitura de outra teórica dual, o fato de que o capital não buscou integrar completamente a mão de obra feminina, mais barata, no mercado de trabalho indica “deferência à hierarquia patriarcal” (Zillah EISENSTEIN, 1979, p. 28-29). É importante, no âmbito das teorias duais, ressaltar tanto o fundamento independente de capitalismo e de patriarcado quanto a interdependência construída historicamente entre os dois sistemas de dominação. Hartmann observa como a exclusão das mulheres da indústria reforçou sua subordinação, ampliando o controle dos homens sobre a tecnologia e a produção material –mas ressalta que a dominação

masculina preexistia e também “influenciou a direção e a forma que o desenvolvimento capitalista tomou” (HARTMANN, 1979, p. 216-217). Por outro lado, a desvalorização das tarefas de cuidado providas pelas mulheres permite ao capitalismo evitar o confronto entre a prioridade dada pelo capital ao valor de troca e a demanda social por valores de uso (HARTMANN, 1997 [1979], p. 111). Uma vertente das teorias de sistemas duais, exemplificada pela obra de Juliet Mitchell (1974), julga que a dominação de classe operária nas relações de produção e a dominação patriarcal, na ideologia. Hartmann, ao contrário, se preocupa em ancorar também o patriarcado no mundo material. Ela o define como um conjunto de relações sociais entre os homens, que tem uma base material e que, embora seja hierárquico, estabelece ou cria interdependência e solidariedade entre os homens, permitindo que eles dominem as mulheres (HARTMANN, 1997 [1979], p. 101). As teorias duais de Hartmann e de Eisenstein foram criticadas por presumir uma disjunção entre formas de opressão que, no entanto, ocorrem de forma simultânea: “a premissa de que as relações patriarcais designam um sistema de relações distinto e independente das relações de produção descritas pelo marxismo tradicional” (Iris Marion YOUNG, 1981, p. 45). Em vez disso, seria necessário desenvolver uma teoria unificada, capaz de “compreender o patriarcado capitalista como um sistema único em que a opressão das mulheres é um atributo central” (a fórmula é reprisada em YOUNG, 1990 [1980], p. 30, e YOUNG, 1981, p. 44).” IN: Voltando à discussão sobre capitalismo e patriarcado. *Rev. Estud. Fem.* 25 (3) –Sep-Dec 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1219>. Acesso em: maio 2023.

25. Sobre o assunto, vide: ANTUNES, Denise. Violência e exclusão da comunidade LGBTQIA+: dificuldade de levantamento de dados, projetos de lei, políticas públicas e descaso. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7, vol. 6, 2021. p. 513-536. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/6/2021_06_0513_0536.pdf. Acesso em: abr. 2023.

26. A utilização do termo LGBTfobia se popularizou e, hoje, é considerado por muitos uma forma correta de definir o ato de ódio aos grupos que se incluem nessa comunidade. Outros termos utilizados são: *bifobia*: descreve a aversão ou a discriminação contra bissexuais; *lesbofobia*: refere-se exclusivamente ao preconceito e a violência contra mulheres lésbicas; *gayfobia*: refere-se exclusivamente ao preconceito e



violência contra homens gays; *transfobia*: termo utilizado para classificar atitudes ou sentimentos negativos e/ou violentos contra pessoas trans, o que inclui travestis, transexuais e transgêneros.

27. Conselho Nacional de Justiça. Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+: relatório da pesquisa / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/producao-de-dados-vai-embasar-politicas-judiciarias-voltadas-a-populacao-lgbtqia/>. Acesso em: abr. 2023.

28. *Ibid.*, p. 51-53.

29. *Ibid.*, p. 57-58.

30. *Ibid.*, p. 58.

31. STJ. Portal STJ Notícias. Transformando o futuro: o impacto dos precedentes do STJ sobre os direitos das pessoas transgênero. 29 jan 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Transformando-o-futuro-o-impacto-dos-precedentes-do-STJ-sobre-os-direitos-das-pessoas-transgenero.aspx>. Acesso em: fev. 2023.

32 Recurso especial. Mulher trans. Vítima de violência doméstica. Aplicação da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Critério exclusivamente biológico. Afastamento. Distinção entre sexo e gênero. Identidade.

Violência no ambiente doméstico. Relação de poder e modus operandi. Alcance teleológico da lei. Medidas protetivas. Necessidade. Recurso provido. (REsp n. 1.977.124/SP, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 22.4.2022).

33. Por derradeiro, o ministro Rogerio Schietti Cruz chega ao âmago da origem de questões sociais dessa estirpe: “As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O *modus operandi* das agressões - segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima - são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas”. (REsp n. 1.977.124/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 22/4/2022).

34. STJ. Portal STJ Notícias. Sexta Turma estendeu proteção da Lei Maria da Penha para mulheres trans. 29 jan. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu-protacao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres-trans.aspx>. Acesso em: fev. 2023.

Referências

ACNUR. Agência da ONU para Refugiados. Neste momento, alguém está fugindo para salvar sua vida por causa de sua identidade de gênero, orientação sexual ou características sexuais. 20 jun. 2020. Disponível em:

<https://www.acnur.org/portugues/2020/06/29/o-que-significa-ser-um-refugiado-lgbtqi/>. Acesso em: abr. 2023.

ANTUNES, Denise. Violência e exclusão da comunidade LGBTQIA+: dificuldade de levantamento de dados, projetos de lei, políticas públicas e descaso. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7, vol. 6, 2021. p. 513-536. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/6/2021_06_0513_0536.pdf. Acesso em: abr. 2023.

BBC News Mundo. Os países que punem a homossexualidade com pena de morte. 16 janeiro 2023. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-64252532>. Acesso em: abr. 2023.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.



- CARTA CAPITAL. Judith Butler: “O ataque ao gênero emerge do medo das mudanças”. 06 nov 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/judith-butler-o-ataque-ao-genero-emerge-do-medo-das-mudancas/> . Acesso em: abr. 2023.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+: relatório da pesquisa / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/producao-de-dados-vai-embasar-politicas-judiciarias-voltadas-a-populacao-lgbtqia/> . Acesso em: abr. 2023.
- CNN BRASIL. Expectativa de vida da população T (homens e mulheres trans e travestis), no Brasil é equiparável a números da Idade Média. Jun/2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/expectativa-de-vida-de-trans-no-brasil-se-equipara-com-idade-media-diz-advogada/> . Acesso em: abr. 2023.
- DANTAS-BERGER, Sonia Maria, & GIFFIN, Karen. A violência nas relações de conjugalidade: invisibilidade e banalização da violência sexual? *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 21, n. 2, 2005, pp. 417-425. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2005000200008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: abr. 2023.
- FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 02 ago. 2022. p. 125-135. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15> . Acesso em: jan. 2023.
- FUNDO BRASIL. *A LGTBfobia no Brasil*: os números, a violência e a criminalização. 2020. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/blog/a-lgbtfobia-no-brasil-os-numeros-a-violencia-e-a-criminalizacao/> . Acesso em: maio 2023.
- HERRERA FLORES, Joaquin. *De habitaciones propias y otros espacios negados*: una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Spain: Universidad de Deusto, 2005.
- ILGA WORLD –The international lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association. 15 dez 2020. Disponível em: <https://ilga.org/ilga-world-releases-state-sponsored-homophobia-December-2020-update> . Acesso em: fev. 2023
- IPEA/FBSP. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Atlas da Violência 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: abr. 2023.
- LANZ, Letícia. *O corpo da roupa*: uma introdução aos estudos transgêneros. Curitiba: Movimento Transgente, 2.ed., 2017.
- LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*: história de opressão das mulheres pelos homens. Tradução Luíza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.
- MIGUEL, Luiz Felipe. Voltando à discussão sobre capitalismo e patriarcado. *Rev. Estud. Fem.* 25 (3) – Sep-Dec 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1219>. Acesso em: maio 2023.
- MIURA, Paula Orchiucci et all. Violência doméstica ou violência intrafamiliar. *Revista Psicologia & Sociedade*, 30, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/dQc8Zb4b7z68hpCkKG9cBKK/#>. Acesso em: abr. 2023.
- OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTQIA+ NO BRASIL. Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil. Relatórios de 2020 e Parcial de “Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil”



(jan/set 2021). Dez 2021. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtbrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2021/>. Acesso em: abr. 2023.

Portal UNICAP de Direitos Humanos Helder Câmara. Universidade Católica de Pernambuco. Discriminação LGBTQIA+ dentro de casa: quando a violação vem de familiares. 15 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.unicap.br/-/discrimina%>

C3%A7%C3%A3o-lgbtqia-dentro-de-casa-quando-a-viola%C3%A7%C3%A3o-vem-de-familiares . Acesso em: maio 2023.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

_____. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

STJ. Portal STJ Notícias. Sexta Turma estendeu proteção da Lei Maria da Penha para mulheres trans. 29 jan 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu-protecao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres-trans.aspx> . Acesso em: fev. 2023.

STJ. Portal STJ Notícias. Transformando o futuro: o impacto dos precedentes do STJ sobre os direitos das pessoas transgênero. 29 jan 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Transformando-o-futuro-o-impacto-dos-precedentes-do-STJ-sobre-os-direitos-das-pessoas-transgenero.aspx> . Acesso em: fev. 2023.

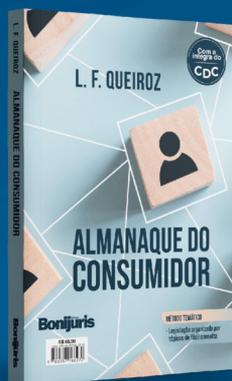
TIBURI, Márcia. *Feminismo em comum*: para todas, todes e todos. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

TGEU. TRANSGENDER EUROPE E.V. Organização em prol da comunidade trans na Europa e na Ásia Central. Disponível em: <https://transrespect.org/en/>. Acesso em: maio 2023.

ALMANAQUE DO CONSUMIDOR

L. F. QUEIROZ

A legislação consumerista explicada de forma direta e simplificada. Reúne regras da Constituição, do CDC e da legislação federal. Método temático idealizado pelo advogado L. F. Queiroz, essencial para todos os polos da relação de consumo: fornecedores, prestadores de serviço e consumidores.



Compre agora



R\$ 60,00

livrariabonjuri.com.br

O PRAZO DECADENCIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

Por **ACYR ANTUNES DAS NEVES FILHO**

*Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Campo Real*

Não é de hoje que existem discussões na doutrina brasileira e na jurisprudência quanto ao prazo para a impetração do mandado de segurança, passando pela análise da sua natureza jurídica e até pela sua inconstitucionalidade



No mês de novembro de 2020, a Câmara dos Deputados criou uma comissão de juristas presidida pelo ministro Gilmar Mendes, do STF, para avaliar e sistematizar as normas de processo constitucional, cujo objeto conforme consta no site da instituição¹ é “consolidar e harmonizar o regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários”, com destaque para a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a recente criação da comissão, a matéria já é, há muito tempo, objeto de estudos na doutrina brasileira, sendo de extrema importância destacar o anteprojeto do Código de Processo Constitucional, apresentado pelo saudoso professor Paulo Bonavides ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 21 de setembro de 2015, fruto de intensos estudos iniciados no ano de 2010 e concretizados pela Comissão Especial de Juristas para o Código de Processo Constitucional, criada em 2013 pelo então presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinícius Furtado Coelho.

A sistematização, reavaliação, aprimoramento e codificação das normas de processo constitucional exsurge não somente da necessidade da compilação da legislação

nacional hoje esparsa, de forma a proporcionar fácil acesso e unificação da legislação e de suas alterações, mas também da necessidade de se revisitar as ações constitucionais e os processos de constitucionalidade, no intuito de preencher lacunas existentes, aperfeiçoar os procedimentos e normatizar o processo constitucional como um todo, promovendo a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais.

Entre as ações constitucionais hoje existentes na Constituição Federal do Brasil que, pela sua importância e essencialidade, deverão constar obrigatoriamente no Código de Processo Constitucional, destacam-se os “remédios constitucionais”, quais sejam, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de injunção. Este estudo terá como objeto o mandado de segurança, considerado pela doutrina um dos principais instrumentos para assegurar a garantia e a eficácia dos direitos fundamentais perante excessos e desmandos praticados pelos detentores do poder público².

Não é de hoje que existem discussões acaloradas na doutrina brasileira e na própria jurisprudência quanto ao prazo para a impetração do mandado de segurança, passando pela análise da sua natureza jurídica, se decadência ou prescrição, até pela sua inconstitucionalidade, tendo em vista a limitação temporal criada pelo legislador ordinário na Lei 1.533/51, replicada na Lei 12.016/09, hoje em vigor.



Nesse sentido, o estudo traz uma análise da questão com enfoque nos principais entendimentos da doutrina nacional e internacional, bem como da jurisprudência nacional, em especial do Supremo Tribunal Federal, no intuito de carrear os fundamentos necessários à apuração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da exigência de prazo para ajuizamento de ação constitucional que visa à proteção de direitos fundamentais.

1. Evolução histórica do mandado de segurança

O mandado de segurança tem previsão no art. 5º, LXIX, da Constituição da República Federativa de 1988, enquadrando-se na categoria dos direitos e garantias fundamentais contra abuso de poder promovido por agente público, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de poder público.

É atualmente regido pela Lei 12.016/09, que teve o propósito de unificar a sua regulamentação, tendo em vista a existência de diversas alterações legislativas ocorridas tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, como também as teses fixadas pela jurisprudência brasileira.

Ocorre que a defesa da existência de um instrumento processual voltado à proteção

contra atos ilegais da administração já era objeto de defesa na doutrina brasileira nos idos de 1896, quando Rui Barbosa defendeu o cabimento do interdito possessório para afastar ato do ministro da justiça que suspendeu professores da Escola Técnica do Rio de Janeiro sem a observância do processo administrativo próprio³.

Contudo, conforme leciona o professor Paulo Dantas⁴, o mandado de segurança passou a existir pela primeira vez na legislação brasileira na Constituição de 1934, com base na legislação do direito anglo-americano e no juízo de amparo mexicano, mas, sobretudo, tendo como fonte a doutrina brasileira do *habeas corpus*, surgida na redação da primeira Constituição republicana de 1891, com objetivo de proteção do direito de locomoção e outras garantias fundamentais líquidas e certas, ligadas, por evidente, à locomoção.

Dada a referida previsão constitucional, foi editada a Lei 191/36, que disciplinou o mandado de segurança, afastando a sua impetração contra atos puramente políticos, disciplinares, contra a liberdade de locomoção e aqueles impugnáveis via recurso administrativo⁵.

Sobrevinda a Constituição Federal de 1937, deixou de inserir em seu conteúdo



O MANDADO DE SEGURANÇA TEM PREVISÃO NO ART. 5º, LXIX, DA CF/88,
ENQUADRANDO-SE NA CATEGORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CONTRA ABUSO DE PODER PROMOVIDO POR AGENTE PÚBLICO, OU AGENTE
DE PESSOA JURÍDICA NO EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÕES DE PODER PÚBLICO

o mandado de segurança, ao qual ficou atribuído o status de legislação ordinária, sendo inclusive vedada a sua impetração contra atos do presidente da república, dos ministros de estado, dos governadores e dos interventores, por meio do Decreto-lei 6/37. Foi, contudo, a última lei magna brasileira a suprimir o remédio constitucional.

Na Constituição de 1946, art. 141, § 24, tratou-se da proteção a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e na Constituição de 1967, art. 150, § 21, consou a proteção a direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*.

O Código de Processo Civil de 1939, diante da inexistência de previsão constitucional, fez constar entre os seus procedimentos especiais o do mandado de segurança, e após a retomada do seu status constitucional com a carta de 1946, o *writ* foi disciplinado totalmente pela Lei 1.533/51, que revogou os dispositivos do Código de Processo Civil.

Promulgada a Constituição Federal de 1988 e suas inovações quanto à possibilidade de impetração também contra atos de agentes de pessoas jurídicas privadas nas funções do poder público (art. 5º, LXIX); possibilidade de impetração na modalidade coletiva, além da individual (art. 5º, LXX); e possibilidade proteção a direitos individuais e coletivos, fez-se necessária nova regulamentação, a qual restou albergada pela Lei 12.016/09, que unificou as diversas inovações legislativas e jurisprudenciais.

2. Aspectos relevantes

O mandado de segurança é uma ação utilizada para amparar todos os direitos que

não sejam protegidos por *habeas corpus* e *habeas data*, e que tenham sido ilegalmente violados ou ameaçados de violação por parte de autoridades ou pessoas equiparadas à autoridade.

Possui rito especial, caracterizado pela celeridade e pela impossibilidade de dilação probatória. Está previsto nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais, e é regulamentado pela Lei 12.016/09, a Lei do Mandado de Segurança (LMS).

Existem três características principais que o diferenciam dos demais processos, quais sejam: celeridade no procedimento, prioridade de tramitação e forma de cumprimento de decisões favoráveis ao impetrante.

A celeridade do procedimento se consubstancia na tramitação rápida do processo, tendo em vista ser mais concentrado que o procedimento comum (CPC, arts. 318 a 330) e que o procedimento de ações que tramitam em juizados especiais (leis 9.099/95 e 10.259/01). Não há audiências, nem possibilidade de produção de provas que não sejam documentais, as quais deverão ser apresentadas juntamente com a primeira manifestação no processo.

Conforme disposição expressa do art. 20 da Lei 12.016/09, “os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*”, de forma que o rito do mandado de segurança, considerando-se apenas sua instância originária, será semelhante ao de uma ação que tramite pelo rito ordinário e que seja



julgada antecipadamente em razão de as questões discutidas serem exclusivamente de direito.

Quando o mandado de segurança foi criado, em 1934, sequer existia um código de processo civil e poucas eram as ações que admitiam a concessão de liminares, em contraposição à legislação atual que possibilita a concessão de liminar em qualquer ação (CPC, arts. 294 a 302), não se tratando de uma característica distintiva sua.

Tornou-se clássica a assertiva de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, de que “o mandado de segurança é, para usar de uma metáfora, o antídoto dessas medidas e por ser uma contramedida de execução é que se denomina mandado de segurança”⁶.

Outra qualidade específica é a forma de cumprimento de decisões favoráveis ao impetrante, posto que, proferida a decisão que defere a liminar ou concede a segurança, há imediato envio dessa decisão à autoridade, que deve cumpri-la imediatamente ou no prazo fixado pelo juiz⁷.

Por todas essas características distintivas do mandado de segurança e também do *habeas corpus* em relação à demais ações comuns, parte da doutrina passou a reconhecer a sua natureza de remédio constitucional.

A professora Maria Helena Diniz afirma que o significado jurídico da palavra remédio é “meio ou expediente para atingir a consecução de uma finalidade jurídica”, ou “medida para reparar prejuízo ou restabelecer a ordem ou uma situação”⁸, tanto que ganhou significado jurídico próprio no

direito brasileiro, sendo um gênero que engloba todas as medidas jurídicas, ou seja, judiciais e extrajudiciais.

Celso Agrícola Barbi leciona que a distinção entre ações e remédios remonta ao direito medieval, mas já há algum tempo encontra-se nos dicionários de língua portuguesa o significado jurídico da palavra remédio, que não coincide com o significado que lhe era atribuído na Idade Média⁹.

A despeito da grande divergência histórica a respeito da natureza jurídica do mandado de segurança, atualmente há entendimento doutrinário amplamente majoritário no sentido de reconhecer sua natureza jurídica de ação. Pontes de Miranda classifica as ações em declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais, sendo a ação mandamental “aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”, de forma que o mandado de segurança seria uma típica ação mandamental¹⁰.

Com o brilhantismo que lhe é natural, Hely Lopes Meirelles discorre sobre a natureza jurídica do mandado de segurança e conclui que se trata de uma ação civil e que, por essa razão, independentemente da origem ou natureza do ato impugnado, será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente¹¹.

Pedro Roberto Decomain ensina que:

[O] o mandado de segurança pode assumir feições combinadas de ação condenatória e mandamental ou constitutiva e mandamental, podendo também ser exclusivamente mandamental. Prepondera, todavia,



no mandado de segurança, o caráter de ação mandamental, exatamente porque lhe é inerente que a autoridade apontada como coatora, em caso de procedência do mandado de segurança, deva atender precisamente ao que na sentença lhe for determinado.¹²

Em termos práticos, a classificação do mandado de segurança como ação de natureza mandamental ou não mandamental não implica relevância, na medida em que o seu enquadramento como garantia constitucional é o que lhe confere maior efetividade.

Nesse sentido:

[O] mandado de segurança está inserido no rol das garantias constitucionais fundamentais específicas, exercendo, ao lado do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação civil pública, da ação popular, do dissídio coletivo etc. uma função extremamente importante para a proteção e efetivação dos direitos, especialmente os constitucionais, no Brasil.¹³

Segundo o professor Humberto Theodoro Júnior, o mandado de segurança não é apenas mais uma ação no universo de ações judiciais, posto que, dada a sua figura de garantia constitucional, atua como um remédio diferenciado, não só pelo rito próprio e célere, mas como pela força extraordinária que o seu provimento pode gerar como expressiva garantia contra a ilegalidade praticada pelo poder público¹⁴.

A utilização da via do mandado de segurança, por suas características de celeridade, prioridade e eficiência executiva, tem

como pressuposto fundamental a demonstração, pelo impetrante, da existência de violação a direito líquido e certo, por autoridade pública em efetivo abuso de poder.

Os conceitos de liquidez e certeza implicam condição básica para a impetração de mandado de segurança, pois os fatos devem ser comprovados, sem qualquer chance de dúvida, através de prova unicamente documental e auferível de plano.

Leonardo Greco leciona que o direito líquido e certo é pressuposto processual objetivo, ao aduzir que:

O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação ao procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a busca através da via do mandado de segurança.¹⁵

Cassio Scarpinella Bueno explica que:

Direito líquido e certo não deve ser entendido como “mérito” do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis.¹⁶



Nessa esteira, tem-se que o direito líquido e certo existirá quando os fatos alegados estiverem efetivamente demonstrados através de prova pré-constituída e não dependerem de instrução probatória. Cabe destacar que a impossibilidade de produção probatória nos autos de mandado de segurança não é absoluta, posto que há possibilidade de deferimento de produção probatória em alguns casos.

Quanto à autoridade coatora juntar documentos às suas informações, deve o magistrado analisá-los devidamente e determinar o contraditório à parte impetrante. Da mesma forma, se a parte não detém documentos quando impetra o mandado de segurança e, estando eles em mãos da administração pública, é possível a sua impetração sem prova pré-constituída, com pedido ao juízo para que a autoridade os apresente, conforme disciplina o art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 12.016/09.

Francisco Antônio de Oliveira aborda o tema sobre o aspecto da comprovação do direito líquido e certo com condição da ação mandamental ao comentar que:

[O] *mandamus* é ação dotada de peculiaridades próprias. Isso significa que não admite dilação probatória. E se a denegação da segurança tiver apoio na ausência de prova, não se formará a coisa julgada material e a parte poderá usar das vias ordinárias para discutir a matéria em sua inteireza, onde poderá produzir todas as provas que achar conveniente.¹⁷

No mesmo dispasão, a professora Berenice Soubhie Nogueira Magri afirma que:

[S]e a sentença denegatória do mandado de segurança limita-se a dizer que o im-

petrante não tem direito líquido e certo (por inexistência do exame dos fatos e da análise do direito aplicável ou mesmo insuficiência de prova), está aberto o acesso à renovação da demanda por outra via processual; e, na hipótese de a sentença denegatória da ordem considerar os fatos como provados e concluir pela inexistência de qualquer direito subjetivo do impetrante, há coisa julgada material, inviabilizando a repropositura da ação.¹⁸

Conclui-se assim que o mandado de segurança é ação constitucional de cunho mandamental, com rito próprio e célere destinado à proteção de direito líquido e certo, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a estes direitos por parte de autoridade pública ou de pessoa jurídica de direito privado no exercício de funções do poder público.

3. Do prazo para impetração do mandado de segurança

A Lei 12.016/09, que disciplina atualmente o mandado de segurança individual e coletivo, traz expressa disposição a respeito do prazo para sua propositura: “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Conforme lição do professor Humberto Theodoro Júnior, a existência de um prazo fixo para a impetração do mandado de segurança passou a constar em nossa legislação desde a entrada em vigor da Lei 191/36 que o regulamentou após a sua criação pela Constituição de 1934, prazo que foi mantido



sucessivamente pelo CPC de 1939, pela Lei 1.533/51 e pela atual Lei 12.016, publicada em 10 de agosto de 2009¹⁹.

A regra atual apenas reproduz a norma prevista no art. 18 da revogada Lei 1.533/51, que contava com a seguinte redação: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pela interessado, do ato impugnado”, bem como do art. 331 do Código de Processo Civil de 1939: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á depois de cento e vinte (120) dias contados da ciência do ato impugnado,” e do art. 3º da Lei 191/36: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se depois de 120 dias, contados da ciência do acto impugnado”.

Nos ordenamentos jurídicos de outros países, em que há instituição e regulamentação de ações de natureza mandamental, denota-se que o instituto foi introduzido na América Central e, posteriormente, foi recepcionado por diversos ordenamentos

jurídicos da América do Sul. Em sistemas jurídicos da Europa, da África e da Ásia, foi recepcionado em países como Albânia, Alemanha, Andorra, Áustria, Cabo Verde, Coreia do Sul, Croácia, Eslováquia, Espanha, Eslovênia, Geórgia, Hungria, Macedônia, Macau, Montenegro, Polônia, República Tcheca, Rússia, Sérvia, Suíça²⁰.

No México, o instituto do “*juicio de amparo*”, que surgiu na constituição estadual de Yucatán, em 1834, tem como objeto assegurar os direitos e garantias individuais garantidos pelo texto constitucional nos mesmos moldes do mandado de segurança.

O *juicio de amparo* não existe somente no México, mas em diversas repúblicas da América Central, como El Salvador, Nicarágua, Honduras e Guatemala, tendo também sido introduzido na Constituição Espanhola de 1931. Por meio da Constituição de 1976, a Espanha reviveu o “*recurso de amparo*”, para socorrer os direitos constitucionalmente protegidos e que sofressem transgressões.

Em **2024** a Bonnjur comemora **70** anos de muitas histórias. Uma delas você ajudou a escrever.

O JUÍZIO DE AMPARO NÃO EXISTE SOMENTE NO MÉXICO, MAS EM DIVERSAS REPÚBLICAS DA AMÉRICA CENTRAL. POR MEIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976, A ESPANHA REVIVEU O “RECURSO DE AMPARO”, PARA SOCORRER OS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS E QUE SOFRESSEM TRANSGRESSÕES

Diferentemente da norma brasileira, no México, o prazo para impetração do “amparo”, como regra geral, é de 15 dias, salvo quando: a) for reclamada regra geral autoaplicável, ou o procedimento de extração, em que será de trinta dias; b) quando a sentença condenatória definitiva for reivindicada em processo penal, que imponha pena de prisão, o prazo é de até oito anos; c) quando a proteção for promovida contra atos que tenham ou possam ter por efeito de privação total ou parcial, temporária ou definitiva, da propriedade, posse ou gozo de seus direitos fundiários, o prazo é de sete anos; e d) quando o ato atacado implique perigo de privação da vida, atentado à liberdade pessoal, deportação ou expulsão incomunicável, proscricção ou exílio, desaparecimento forçado de pessoas e incorporação forçada ao Exército, Marinha ou Aeronáutica nacionais, o “amparo” poderá ser ajuizado a qualquer tempo²¹.

Na Espanha, o prazo para intentar o “*recurso de amparo*” varia de acordo com o ato vulnerador do direito fundamental invocado: a) se os atos (ou omissões) forem oriundos do Executivo, desde que esgotadas as vias ordinárias, poderá ser manejado no prazo de 20 dias, contados da notificação da decisão prolatada no processo judicial prévio, ou nos termos do art. 43, 2, LOTC; b) se as violações forem originadas imediata e diretamente de um ato (ou omissão) judicial, a interposição do recurso deverá ocorrer no prazo de 30 dias, contados, igualmente, da notificação da decisão proferida no processo judicial, conforme delineado no art. 44, LOTC; ou c) se o ato atacado sem valor de lei for emanado do Parlamento, poderá ser impugnado pela via do amparo em até três meses, computados a partir do momento em que se tornam permanentes, nos termos dos regramentos internos da respectiva casa legislativa (art. 42, LOTC)²².

Na Argentina, os constituintes de 1994 acrescentaram no art. 43 da Lei 16.986 a alínea “e” que prevê que a “*acción de amparo*” deverá ser intentada no prazo de 15 dias da data em que o ato foi executado ou deveria ter ocorrido: “e) *La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse*”²³.

No Chile, o “*recurso de amparo*” tem previsão expressa no art. 21 da constituição política da república e pode ser impetrado pelo indivíduo preso, detido ou preso com violação das disposições da constituição ou das leis do país, bem como a favor de



qualquer pessoa que sofre ilegalmente qualquer outra privação, perturbação ou ameaça ao seu direito de liberdade pessoal e segurança individual. Não há prazo fixado, de forma que pode ser intentado enquanto perdurar a privação, ameaça ou perturbação da liberdade²⁴.

No Paraguai, também há previsão expressa na constituição do país da possibilidade de impetração da ação de amparo nas situações em que qualquer pessoa que, por ato ou omissão manifestamente ilegítima de autoridade ou pessoa, se considere gravemente lesada, ou em perigo iminente de sê-lo, em direitos ou garantias consagrados na constituição e na lei, e que pela urgência do caso não possa ser sanado por meios ordinários, poderá requerer amparo perante o magistrado competente. O procedimento será breve, sumário, gratuito e de ação popular para os casos previstos em lei e a petição deverá ser ajuizada dentro de 60 dias úteis a contar da data em que o prejudicado tomou conhecimento do ato ou omissão ilegítima, conforme previsão do art. 4º da Lei 340/17, que regulamenta o “*amparo*” definido no art. 134 da constitucional nacional daquele país²⁵.

No Peru, a ação que se assemelha ao mandado de segurança é a demanda de amparo, prevista no código de processo constitucional do Peru e que dispõe sobre o prazo de ajuizamento no art. 44 com a seguinte redação:

Artículo 44. – Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días há-

biles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Nos Estados Unidos, conforme informações disponíveis no site do departamento de justiça americano, o *mandamus* – ação semelhante ao mandado de segurança brasileiro – é recurso extraordinário que só deve ser interposto em circunstâncias excepcionais de emergência peculiar ou importância pública, que não substitui outros remédios, mas só é cabível quando inexistam outras ações passíveis de ajuizamento. Segundo julgamento do caso *CMH Homes v. Perez*, 340 SW3d 444, 454, não há previsão de prazo fixo para a impetração do mandado de segurança²⁶.

Na Alemanha, existe o instrumento da “reclamação constitucional”, ação extraordinária que pode se valer qualquer pessoa submetida ao poder público alemão para suspender medida estatal que represente violações de direitos fundamentais, dos quais seja titular, previstos nos arts. 20, IV, 33, 38, 101, 103 e 104 da constituição do país.

Segundo Leonardo Martins, a reclamação constitucional na Alemanha deve ser proposta



e fundamentada dentro de 30 dias, caso seja intentada contra decisão proferida pelos órgãos do poder judiciário daquele país. Caso a reclamação constitucional se dirija contra lei ou contra determinado ato estatal, ou contra a não abertura do acesso à via jurisdicional, deve ser proposta somente dentro de um ano a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato estatal²⁷.

Conforme leciona o professor Humberto Theodoro Júnior, na doutrina brasileira há muita discussão a respeito da natureza jurídica do prazo para impetração o mandado de segurança previsto na legislação atual. Para parte dos doutrinadores, se trata de prazo preclusivo, para outros, prazo simplesmente extintivo, alguns considerando se tratar de prazo prescricional e a maioria reconhece a natureza de prazo decadencial.

Pontes de Miranda adota uma posição singular, afirmando que se trata de prazo preclusivo de direito especial²⁸. Já Alfredo Buzaid defende que o prazo é extintivo de uma faculdade²⁹.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles sustenta a natureza decadencial do prazo previsto na legislação brasileira ao abordar que “este prazo é de decadência do direito à impetração – e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado³⁰”.

No mesmo sentido, Celso Agrícola Barbi, referindo-se ao prazo em questão, diz que “esse prazo tem em vista a forma processual e não a relação jurídica substancial; por isso, não é considerado pela doutrina, acertadamente, como prazo de prescrição mas sim como de decadência, insuscetível,

portanto, de interrupção ou suspensão”³¹.

Ainda segundo ensina o professor Theodoro Júnior, a natureza preclusiva defendida pela doutrina tem fundamento no fato de que tal prazo não afeta o direito subjetivo material da parte, enquanto a natureza de prazo extintivo se estrutura na circunstância da perda da faculdade operada internamente em processo já existente. Contudo, se trata de uma “perda” ou “extinção” de direito, verificável antes da existência da relação processual, situação que se aproxima da decadência³².

Tem-se, nessa esteira, que a doutrina predominante qualifica o dito prazo como decadencial, entendimento espelhado na jurisprudência pátria, em especial pelo Supremo Tribunal Federal que consolidou a matéria por meio da Súmula 632/STF: “*É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança*”.

No que diz respeito à contagem do prazo decadencial, o art. 23 da Lei 12.016/09 dispõe que o prazo legal para ajuizamento do mandado de segurança será contado da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Em que pese transpareça clara a norma posta, na prática o dia de início da contagem do prazo decadencial de 120 dias não é de fácil constatação, de forma que a análise deve ser feita conforme o caso concreto.

Isso porque os atos de autoridades passíveis de impugnação pelo *mandamus* podem ocorrer em diversas situações e momentos. Muitas vezes são emitidos dentro de processos administrativos, nos quais há



variados mecanismos de intimação pessoal. Em outras situações são atos omissivos, nos quais não há intimação ou notícia ao interessado. Há que se observar ainda a possibilidade de impetração de forma preventiva, na qual sequer o impetrante sofreu violação em seu direito líquido e certo, de modo que, enquanto persistir a situação de perigo, poderá se valer da segurança.

O que se pode concluir, por consequência, é que nos casos em que há divulgação oficial, como edital de concurso público, publicação de lei ou outro ato normativo, o prazo se inicia na respectiva publicação. Em caso diverso, é necessária a análise do mundo fático, de forma a se verificar o momento em que houve o inequívoco conhecimento do ato pelo interessado.

Segundo Sérgio Ferraz, supõe-se o conhecimento do ato se este é publicado em órgão oficial, por força do princípio da publicidade dos atos da administração; doutra parte, publicado o ato, sua comunicação pessoal superveniente ao interessado não reabre o prazo nem o faz renascer se já exaurido³³.

Outra situação que foge à regra geral é a hipótese de ato de trato sucessivo, no qual o prazo decadencial renova-se mês a mês, tendo em conta que os seus efeitos se prolongam no tempo, de forma periódica e reiterada, alcançando tempo presente e futuro. Enquadra-se, nessa espécie, o ato omissivo. Nesses casos, o prazo decadencial tem início a cada lesão ao direito líquido e certo ocorrida.

Contudo, quando há previsão legal de prazo para a prática do ato considerado omissivo,

o termo inicial do prazo decadencial começa a contar do momento em que se esgotou o prazo estabelecido na norma³⁴.

O Superior Tribunal de Justiça tem distinguido em seus julgamentos a ocorrência de ato administrativo concreto de efeitos permanentes e atos administrativos sucessivos e autônomos.

Segundo o professor Humberto Theodoro Júnior, o ato jurídico de efeito permanente é de ato único, mas com efeitos que persistem de maneira permanente, contra o qual se inicia a contagem do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança na data do conhecimento do ato. A exemplo, cita o caso de indeferimento de pagamento de vantagem salarial a servidor. Por outro lado, os atos sucessivos autônomos são aqueles decorrentes de interpretação equivocada da lei, como a redução a menor dos vencimentos do servidor ocorrida mês a mês, que faz reabrir, a cada lesão, o prazo decadencial³⁵.

OUTRA SITUAÇÃO QUE FOGUE À REGRA GERAL É A HIPÓTESE DE ATO DE TRATO SUCESSIVO, NO QUAL O PRAZO DECADENCIAL RENOVA-SE MÊS A MÊS, TENDO EM CONTA QUE OS SEUS EFEITOS SE PROLONGAM NO TEMPO, DE FORMA PERIÓDICA E REITERADA, ALCANÇANDO TEMPO PRESENTE E FUTURO



O prazo decadencial, diferentemente do prazo prescricional, não está sujeito a suspensões ou interrupções após iniciado, posto que a ação e o direito partilham da mesma origem. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 430 com a seguinte redação: “Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança”.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo para impetração do mandado de segurança é decadencial e não se suspende durante o recesso judicial, dando-se somente a prorrogação para que seja protocolado no primeiro dia útil após o recesso³⁶. No mesmo sentido, a corte firmou entendimento de que o prazo decadencial deve ser contado da data da impetração, mesmo quando tenha sido apresentado perante juízo incompetente³⁷.

Ainda quanto ao início do prazo decadencial, a redação do art. 6º, § 6º, da Lei 12.016/09 determina que a extinção do mandado de segurança, sem resolução do mérito, não restabelece o prazo o de 120 dias, de forma que a sua impetração só poderá ocorrer dentro do prazo decadencial.

4. Da ausência de justificativa constitucional para a fixação de prazo para impetração do mandado de segurança

Conforme já abordado nos itens anteriores, o mandado de segurança tem natureza jurídica de ação constitucional mandamental, prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição da República Federativa de

1988, enquadrando-se na categoria dos direitos e garantias fundamentais, que versa sobre normas com acentuado caráter principiológico, tratando-se de evidente remédio constitucional que, de forma célere e prioritária, garante a proteção contra violações de direitos líquidos por atos da administração pública.

Do texto da Constituição Federal de 1988 não se encontra assentado de forma expressa, ou sequer tácita, qualquer limitação temporal à possibilidade de exercício do mandado de segurança. Da mesma forma, não se verifica qualquer limitação temporal no art. 150, § 21, da Constituição Federal de 1967 ou no art. 141, § 24, da Constituição de 1946.

Inexistente qualquer previsão constitucional de fixação de prazo para impetração do *mandamus*, conclui-se que as limitações existentes no ordenamento jurídico brasileiro sempre tiveram e têm, atualmente, previsão única e exclusivamente em leis ordinárias, quais sejam: a) art. 18 da revogada Lei 1.533/51; b) art. 331 do Código de Processo Civil de 1939 e c) art. 3º da Lei 191/36.

Diante deste cenário, eclodiu, na doutrina brasileira, ampla discussão a respeito da constitucionalidade das normas infraconstitucionais que limitam a possibilidade de impetração do mandado de segurança a prazo fixo, decadencial, não sujeito a qualquer suspensão ou interrupção, senão apenas quanto à prorrogação do prazo tal para impetração para o dia útil seguinte após o recesso forense.

Existem vozes que defendem a legalidade e a constitucionalidade do prazo e outros a sua inconstitucionalidade por impor



restrição a uma garantia fundamental deferida pela Constituição sem qualquer previsão de limitação de prazo para exercício.

A Ordem dos Advogados do Brasil arguiu em 14 de setembro de 2009 a inconstitucionalidade de seis disposições da Lei 12.016/09, entre elas o art. 23, que fixa o prazo de decadencial de 120 dias, sob o argumento de que tal normal limita o acesso ao Poder Judiciário.

No julgamento da referida ADI em 9 de junho de 2021, que restou autuada sob n. 4.296³⁸, o relator originário, ministro Marco Aurélio, votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo por entender que “o cidadão conta com o quinquênio para acionar a Administração Pública. Não é razoável estabelecer-se, para a impetração, período diverso, estranho à ordem jurídica, à disciplina constitucional”.

Apesar do entendimento do ministro Marco Aurélio, o mesmo restou vencido nesse ponto pela divergência apresentada pelo ministro Alexandre de Moraes e acompanhada pelos demais ministros no sentido de que:

[É] razoável e condizente com a via do “writ” constitucional, voltada para atender a direito líquido e certo do impetrante, a fixação do prazo de 120 (cento e vinte) dias para a extinção do direito de requerer a prestação jurisdicional especificamente a partir do mandado de segurança, remanescendo a possibilidade de ajuizamento de outras ações judiciais.

Na verdade, o STF apenas manteve o entendimento já consolidado na corte através da Súmula 632, aprovada na sessão plenária

de 24 de setembro de 2003, com o seguinte enunciado: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”.

Na doutrina, pela constitucionalidade do prazo fixo, o professor Humberto Theodoro Júnior sustenta ser necessário aceitar a existência da limitação temporal, posto que

não seria razoável (justo) que o ofendido ou ameaçado ficasse liberado para usar um procedimento que foge, em boa parte, dos padrões gerais do devido processo legal e da garantia plena do contraditório e ampla defesa por um tempo indeterminado ou muito longo.

Continua o professor afirmando que

chega-se a uma proporcional e razoável harmonização entre todos os princípios constitucionais incidentes sobre o caso, evitando a indesejável supremacia absoluta de uma garantia constitucional sobre as demais que com ela concorrem, dentro do âmbito do acesso à justiça, segundo o devido e justo processo idealizado pela Lei Maior.”³⁹

Segundo Paulo Roberto de Gouvêa Medina, o acolhimento de inconstitucionalidade do prazo decadencial previsto em norma ordinária poderia prejudicar o ordenamento jurídico, posto que

a prevalecer, todos os prazos extintivos, especialmente os de decadência, seriam questionáveis, em vista da abrangência do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição, certamente por isso, a jurisprudência não acolhe tal objeção.



Em defesa da inconstitucionalidade do prazo decadencial, o doutrinador Cassio Scarpinella defende que embora tenha fixado vários pressupostos e requisitos para sua impetração, a Constituição ficou silente quanto a seu exercício vincular-se ou poder vincular-se a um prazo certo e determinou, no § 1º do art. 5º, que as normas que definem direitos e garantias têm aplicação imediata, têm eficácia plena, e, portanto, independem de regulamentação infraconstitucional⁴⁰.

Nas palavras do constitucionalista Georges Abboud, a exigência de limitação temporal é inconstitucional pois “as restrições do MS são dadas pela CF 5º, LXIX, de modo que é defeso à lei infraconstitucional dispensar requisitos exigidos pela CF ou acrescentar outros, não previstos na CF, como é o caso do prazo”.

Sérgio Ferraz manifesta-se sobre o assunto, afirmando que:

Quando, por exemplo, afirma-se que o mandado de segurança deve ser impetrado no prazo de cento e vinte dias a partir do cometimento do ato coator, está-se dizendo alguma coisa que o constituinte não disse porque não quis.

Caso o constituinte quisesse dizer que a utilização do mandado de segurança deve passar necessariamente por algum critério de tempo, algum sinal ele teria lançado. Mas não o fez. E é bom que se diga que ele assim também procedeu com referência ao *habeas corpus*, ao *habeas data*, ao mandado de injunção e à ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Em nenhum destes outros instrumentos processuais existe qualquer direção ou sinal do constituinte, mínimo que seja, no sentido de que devem ser balizados por um critério de tempo para sua utilização.⁴¹

Segundo os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, os requisitos e limites do mandado de segurança estão estabelecidos apenas no texto constitucional (CF 5º, LXIX e LXX), que não remeteu seu regime jurídico à lei federal, cabendo ao legislador ordinário apenas o poder regulamentar de fixar contornos procedimentais para seu exercício⁴².

Denota-se, nesta esteira, que a discussão acerca da autorização constitucional para fixação, por meio de legislação ordinária, de limitação temporal para propositura do mandado de segurança não resta ultrapassada, conforme parte da doutrina entende, mas ainda se encontra viva e pertinente, principalmente neste momento em que é criada a “Comissão de Juristas para elaboração do Código de Processo Constitucional”.

De fato, a limitação temporal imposta pelo legislador infraconstitucional não impede o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, posto que a ausência de impetração do mandado de segurança no prazo decadencial não limita o direito subjetivo do impetrante, uma vez que é possível o ajuizamento de outras ações próprias dentro do prazo prescricional previsto no Código de Processo Civil.

A própria Lei 12.016/09 prevê expressamente em seu art. 19 que mesmo após impetrada ação mandamental e denegada



a segurança, sem decidir o mérito, não há impedimento para que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Contudo, se a análise do tema se pautar apenas nesta premissa, a qual inclusive é o fundamento do voto do ministro Alexandre de Moraes, que conduziu o resultado do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.296 e manteve o teor do art. 23 da Lei 12.016/09, seria opor ao mandado de segurança a simples natureza de ação subsidiária das demais, sem a devida proeminência que a Constituição lhe confere ao criá-lo como remédio de proteção contra abusos de poder de agentes da administração pública ao lado do *habeas corpus* e de outras ações constitucionais.

Oportuno refletir que o decurso do tempo não modifica a liquidez e certeza do direito, nem tampouco os efeitos que o ato coator da administração pública produz sobre a esfera jurídica do cidadão afetado, de forma que a celeridade e prioridade na tramitação do mandado de segurança são de extrema importância enquanto perdure a lesão, e não apenas no prazo de 120 dias previsto na normal infraconstitucional.

Conforme já mencionado no tópico anterior, países como México e Alemanha, apesar de preverem em suas legislações prazo para impetração de ações semelhantes ao mandado de segurança brasileiro, reconhecem a necessidade prazos superiores a um ano, conforme o direito violado. Países como Estados Unidos e Chile sequer têm previsão de prazo, podendo ser utilizado o remédio enquanto perdurar a lesão.

Como já abordado supra, o Código de Processo Civil previu uma série de medidas que buscam a proteção, de forma célere, contra abusos de direito, como a tutela de urgência e a tutela de evidência previstas nos arts. 300 e 311. Contudo, o procedimento previsto para ambos os casos não alcança a proteção célere, prioritária e de execução rápida, características do mandado de segurança, não se tratando, portanto, de procedimentos similares ou substitutos conforme entende a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais.

Na leitura da doutrina e da jurisprudência que defendem e reconhecem a constitucionalidade da norma ordinária, não há menção a qualquer estudo de cunho científico que embase ou justifique a necessidade preeminente da estipulação de prazo para impetração da ação mandamental, nem tampouco que a inexistência de prazo ou a aplicação do prazo prescricional possam, de alguma forma, tumultuar ou desnaturar a ação.

Entre as ações constitucionais, o mandado de segurança é o único que tem previsão, mediante lei infraconstitucional, de aplicação do prazo decadencial e em período inferior a um ano. A ação popular deve ser proposta dentro do prazo de cinco anos previsto no art. 21 da Lei 4.717/65, e a ação direta de inconstitucionalidade se submete ao prazo previsto no Decreto-lei 20.910/32, ou seja, ao prazo prescricional de cinco anos.

Dentro de tal perspectiva, indaga-se qual seria a razão para a manutenção de um prazo fixo decadencial de 120 dias, que não permite suspensão ou interrupção, que não tem qualquer previsão constitucional, que



não tem qualquer embasamento científico e que não está em consonância com a regulamentação de outras ações constitucionais?

E mais: qual seria a razão para privar o cidadão de se valer de remédio constitucional efetivo e eficaz para promover a defesa de seu direito líquido e certo violado por ato do Estado, o qual, com toda a sua supremacia jurídica, econômica e legal, se sobrepõe indevidamente à vontade individual, impondo ao mesmo o uso de outro instrumento de menor efetividade pelo mero transcurso de tempo?

Nesse prisma, há que se priorizar a efetividade, a instrumentalidade, a economia processual e o devido processo legal, além de observar o texto da Emenda Constitucional 45/04, que inseriu, na Constituição Federal, a garantia de 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”, ou seja, se há instrumento constitucional de maior efetividade e celeridade na proteção do direito reivindicado, deve este, por excelência, estar à disposição do cidadão, sem qualquer limitação.

O silêncio constitucional quanto à regulamentação do prazo para impetração do *mandamus* deve ser interpretado como o é, inexistente, e não como indefinição que indica necessidade de limitação ou cerceamento de direito ao uso do remédio. Vale dizer: a regulamentação das garantias constitucionais presta-se para ampliar, nunca para diminuir tais garantias, principalmente contra atos ilegais ou inconstitucionais cometidos pela administração pública. ■

Notas

1. Disponível em: www.camara.leg.br
2. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 7.
3. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159.
4. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3. ed. São Paulo: 2012, p. 345.
5. Art. 4º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I – de liberdade de locomoção, exclusivamente; II – de acto de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito; III – de questão puramente política; IV – de acto disciplinar.
6. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno Vidigal. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1965 p. 199.
7. Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.
8. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 126/127.
9. BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 11. ed. revista e atualizada por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.
10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações, tomo VI – ações mandamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.
11. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. atualizada e complementada de acordo



- com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35.
12. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança* (o tradicional e o polêmico na Lei 12.016/09). São Paulo: Dialética, 2009, p. 16.
13. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.
14. THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 13.
15. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.
16. BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 13 e 14.
17. OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de segurança e controle judicial – Mandado de segurança coletivo – enfoques trabalhistas e jurisprudenciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 155.
18. MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. Sentença denegatória de Mandado de Segurança. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo* nº 64, outubro de 2001, p. 17. Apud CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 207.
19. THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 415.
20. Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madri: Marcial Pons.
21. Art. 17 da Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. (www.diputados.gob.mx)
22. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (www.tribunalconstitucional.es)
23. Ley nº 16.986 – Acción de Amparo. (<http://servicios.infoleg.gob.ar>).
24. Constitución Política de la República de Chile (<https://www.camara.cl>).
25. Ley nº 340 que reglamenta el amparo (<https://www.bacn.gov.py>).
26. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/civil-resource-manual-215-mandamus>.
27. MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Editora Konrad-Adenauer-Stiftung. Uruguai, 2005.
28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, Tomo V (arts. 302-370)*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 212.
29. BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 103.
30. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 35. ed., atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.
31. BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 135.
32. THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 418.
33. FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.
34. STF. RMS 24119, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30/04/2002, DJ 14-06-2002 PP-00159 EMENT VOL-02073-02 PP-00291.
35. THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 424-425.
36. STJ. RESP 1.322.277/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, publicado em 8/5/2013.
37. STJ. MS n. 20.052/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 10/10/2016.
38. STF. ADI 4296, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 08-10-2021 PUBLIC 11-10-2021.
39. THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 418.
40. BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.
41. FERRAZ, Sérgio. Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord.). 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138.
42. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1644.



A PRÉ-CONFIGURAÇÃO DOS RISCOS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por **LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA**¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo



As vantagens da adoção da matriz de alocação de riscos podem ser avaliadas à vista de acontecimento ocorrido em São Paulo em 2023, no qual as chuvas deixaram milhões de unidades consumidoras sem energia elétrica durante três dias

Pretendo discutir brevemente a prévia definição e repartição de riscos nos contratos administrativos, à luz dos imperativos constitucionais da eficiência, moralidade e impessoalidade, que balizam a atuação do poder público, chamando a atenção para aspectos de relevância, com repercussões de ordem prática e ética, da chamada matriz de risco, construto largamente utilizado nas ciências aplicadas, a exemplo da engenharia e da administração de empresas, e que se incorporou ao direito, do ponto de vista normativo, por meio da lei que trata da parceria público-privada (arts. 4º, VI, e 5º, da Lei 11.079/04) e da lei que instituiu o regime de contratação diferenciada (art. 9º, § 5º, da Lei 12.462/11), encontrando definição e maior detalhamento, contudo, Lei 14.133/21, que cuida das licitações e dos contratos administrativos.

Risco pode ser definido como probabilidade de perigo, para o homem ou para o meio em que vive, de insucesso ou malogro em determinada empreitada, fatos decorrentes de acontecimento eventual, incerto, previsível ou imprevisível, cuja ocorrência independe da vontade exclusiva dos envolvidos. A previsibilidade de um evento importa para o direito em geral, particularmente no que diz respeito ao cumprimento das obrigações, tanto assim que os civilistas construíram uma teoria específica, acenando que, no limite, a imprevisão pode dar margem até mesmo à resolução do

contrato. Na esfera do direito administrativo, o conceito também assume um relevante papel porque a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (pensando-se aqui na figura do contrato administrativo), considerado o momento da celebração do contrato e o momento de sua execução, depende não só da anormalidade do evento que gerou a onerosidade excessiva, como também do fato de se ter ou não previsto o que seria previsível.

A ideia de previsibilidade, recorrendo-se ao campo da filosofia, remete à experiência que se tem numa determinada esfera de atividade. Esta relação pode ser justificada na base de uma indução por enumeração, que é a forma mais simples de argumento indutivo: a partir de casos particulares, constrói-se um enunciado geral, que vale não só para aqueles casos, mas para a generalidade deles. A propósito da experiência acumulada em diversos segmentos da administração pública, indicativa da presunção de risco, veja-se o art. 103, § 6º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que doravante tratarei por LLC:

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados. § 6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e pa-



drões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários à sua identificação, alocação e quantificação financeira.

A onerosidade excessiva é ocorrência que pode ser demonstrada por simples cálculo contábil, na base de elementos da engenharia. Isto não se passa com a anormalidade do evento e com a previsibilidade do evento, cuja aferição envolve certo grau de subjetividade. Bem por isto, a LLC inova ao definir de maneira detalhada e operacional a matriz de risco, conceito que reporta a práticas já existentes nas empresas que trabalham com gerenciamento de riscos, incorporando aquilo que já vinham fazendo, inclusive, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, às quais não se aplica – pelo menos diretamente – a Lei 14.133/21.

A análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação, tanto quanto a boa execução contratual (art. 18, X, da LLC), e a distribuição da responsabilidade por estes riscos, que o legislador trata por “alocação”, há de ser feita, pois, de maneira objetiva, clara e precisa, na base de alguns critérios que a própria LLC estabelece (art. 22, §§ 1º e 2º). Desta expressão, corrente na economia, lá empregada com outro sentido, não precisaria ter se valido o legislador, é certo, porque o direito tem designação apropriada para transmitir o sentido com que está sendo utilizada no texto legal. De qualquer forma, a adequação de um instituto jurídico não se vê comprometida pelo emprego de denominação imprópria.

A matriz de riscos, conforme o significado estabelecido na norma, é cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes, por meio da qual se busca manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, à vista da possibilidade de eventos supervenientes à contratação (art. 6º, XXVII, da LLC). É necessário que esses riscos sejam contemplados na fase preparatória da licitação, na qual se elabora a minuta do contrato (art. 18, V, VI, X, da LLC), etapa que envolve precisamente (a) planejamento; (b) estudo técnico; (c) definição do objeto; (d) definição das condições de execução; (e) orçamento estimado; (f) modalidade de licitação, atividades imprescindíveis à formulação do edital, peça que inaugura o certame, propriamente dito, e em que se acha a matriz de alocação de riscos (art. 22, caput, da LLC).

A matriz de riscos não é obrigatória (art. 22, caput, da LLC), exceção feita à contratação de obras e serviços de grande vulto (cujo valor estimado supere R\$ 200 milhões – art. 6º, XXII, da LLC), às hipóteses em que for adotado regime de contratação integrada (obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver projetos básico e executivo – art. 6º, XXXII, da LLC) ou o regime de contratação semi-integrada (obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver projeto executivo – art. 6º, XXXIII, da LLC), em ambos os casos, com fornecimento de bens ou prestação de serviços especiais (art. 22, § 3º, da LLC).

Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos



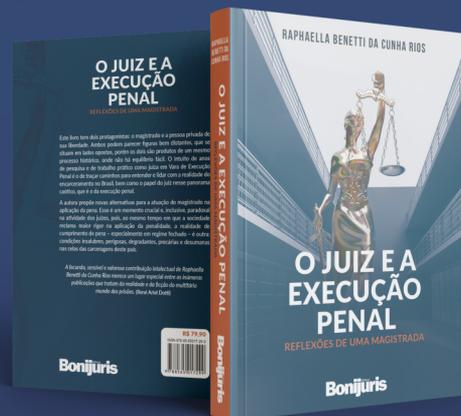
supervenientes deverão ser alocados, na matriz de riscos, ao contratado (art. 22, § 4º, da LLC), com possibilidade de remuneração do risco (art. 23, § 5º, da LLC), o que é decorrência do fato de que, nestes regimes de contratação, a escolha das soluções constantes do projeto básico é do contratado. Acrescente-se que, se houver necessidade de desapropriação, a diferença de valor entre o custo efetivo dela e a estimativa também deverá ser objeto de distribuição objetiva dos riscos (art. 46, § 4º, IV, da LLC).

A expressa previsão de obrigatoriedade da matriz de alocação de riscos no edital relativo a obras e serviços de grande vulto e a

contratos integrados e semi-integrados (art. 22, § 3º, da LLC) não é indicativa de que esteja a administração pública, nos demais casos, dispensada da definição de riscos e responsabilidades, pois, se houver, segundo a análise de riscos, integrante da fase preparatória da licitação (art. 18, caput, da LLC), probabilidade da ocorrência de eventos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução do contrato, a alocação deverá constar do edital e, por via de consequência, do contrato. É o que se retira da interpretação da regra do art. 92, IX, da LLC. Enfim, todo e qualquer contrato haverá de refletir a alocação feita na análise de risco.

O JUIZ E A EXECUÇÃO PENAL

RAPHAELLA BENETTI DA CUNHA RIOS



A sociedade reclama maior rigor na aplicação da pena, em contraste às condições insalubres, degradantes e desumanas encontradas nas carceragens do país. A autora, após anos de pesquisa e trabalho como juíza, traça caminhos para entender essa realidade, propondo novas alternativas para a atuação do magistrado.

ADQUIRA AGORA

Clique aqui

Daí por que, a meu juízo, a norma do art. 103, caput, da LLC não pode ser interpretada como faculdade de os contratantes contemplarem matriz de risco. Esta é obrigatória, se assim indicar o planejamento feito na fase preparatória da licitação. E nada impede que, mesmo inexistindo indicação na fase de planejamento, o contrato, cuja minuta integra o edital, adote matriz de riscos, compartilhando-os entre os contratantes, ou indicando se haverão de ser assumidos pelo poder público ou pelo setor privado, tudo conforme a natureza do risco, o exame da condição de beneficiário das prestações e da capacidade do setor para melhor gerenciar o risco (art. 103, caput e § 1º, da LLC). Isto definirá o equilíbrio econômico-financeiro (art. 103, § 4º, da LLC).

Poderão também os riscos ser objeto de contrato feito com seguradora, hipótese em que, preferencialmente, serão alocados ao contratado (art. 103, § 2º, da LLC). Se se entender que a assunção do risco pelo contratado, exista ou não seguro, interferirá no custo do valor estimado da contratação, o particular será remunerado pelo fato de tê-lo assumido (art. 103, § 3º; 22, caput; e 23, § 5º, da LLC). Em decorrência da regra do art. 103, § 5º, da LLC – que se tem de ler em consonância com o § 4º –, sempre que mantidas forem as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, haverá presunção *juris et de*

jure (absoluta, pois) de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, exceção feita a fatos da administração que o legislador especifica (art. 103, § 5º, I e II).

As vantagens da adoção da matriz de alocação de riscos podem ser avaliadas à vista de acontecimentos que se deram no período de feriado prolongado (02.11.23 a 05.11.23), no qual as chuvas, com rajadas de vento que atingiram boa parte do estado, deixaram milhões de unidades consumidoras sem energia elétrica durante três dias consecutivos ou mais, o que prejudicou o atendimento de hospitais, interferindo na realização do Enem, na atividade dos postos de combustível e do comércio em geral, tanto quanto no abastecimento de água da cidade de São Paulo, pois a falta de energia elétrica comprometeu o regular funcionamento das estações elevatórias da Sabesp.

A esta altura, a alguém ocorreria argumentar com a ocorrência de força maior. Mais ainda, uma centena de árvores caiu no interior do Parque Ibirapuera, sem que houvesse prejuízo ao fornecimento de energia, porque ali inexistia fiação aérea – diriam. Mas a questão não é essa. A modelagem dos contratos de concessão dos serviços de energia elétrica é inadequada, como se passa com contratos relativos a outros segmentos, objeto de concessão do serviço



NA CIDADE DE SÃO PAULO, A LEI 14.023/05 DETERMINA QUE AS OBRAS NECESSÁRIAS À PASSAGEM SUBTERRÂNEA SEJAM REALIZADAS PELA PRÓPRIA DISTRIBUIDORA DE ENERGIA, MAS SEM QUE O LEGISLADOR DISPONHA ACERCA DA FONTE DE CUSTEIO. O DECRETO 47.817/06, A SUA VEZ, ATRIBUIU O CUSTO INTEIRAMENTE À CONCESSIONÁRIA

público, mercê de legislação defasada, como se retira não só da Lei 8.987/95 – que rege a concessão de serviço público –, como também da Lei 8.666/93, cuja revogação integral se dará decorridos dois anos da publicação da Lei 14.133/21, que trata das licitações e contratos administrativos, com destaque para a concorrência, modalidade a que estão submetidas as licitações do setor.

Decerto, o fato de a Lei 8.987/95 haver consignado que a concessão está sujeita a “cláusulas indispensáveis ao contrato” não garante por si só a adequada prestação do serviço público, porquanto, embora necessárias, não se revelam suficientes, objetivo que parece ter inspirado a atual Lei de Licitação e Contratos, na formulação da ideia da matriz de alocação de riscos ou de matriz de riscos, cabendo lembrar que esse regime legal se aplica supletivamente à Lei 8.987/95, diante de expressa previsão (arts. 14 e 18, caput, ambos da Lei 8.987/95). Em decorrência, a matriz de riscos, nos contratos de concessão cuja natureza e particularidade permitam inferir a superveniência de fatos que possam interferir no sucesso da licitação e na boa execução contratual, é cláusula necessária (art. 92, IX, da LLC); ao mesmo tempo, como na matriz de risco se faz a prévia distribuição das responsabilidades (alocação), nisto se revelam, o quanto possível, as cláusulas suficientes para que o contrato seja executado sem contratempos.

No caso da concessionária dos serviços de energia elétrica, uma formulação adequada (v. a definição de serviço adequado na norma do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95) seria a alocação dos riscos meteorológicos e climáticos ao setor privado, pois faz parte de seu poder

de perito, que se põe no campo da eletrostática. Com isto, estar-se-ia aplicando a regra do art. 103, § 1º, da LLC (a alocação do risco deve ter em conta: a) a natureza do risco; b) o beneficiário das prestações a que se vincula; c) a capacidade de cada setor para gerenciar o risco). Também assim estaria contemplada a mitigação dos efeitos do risco, o que atende à norma do art. 22, § 1º, da LLC.

A este ponto, argumentaria a concessionária dizendo que os riscos são agravados pela existência de árvores. Ocorre que elas fazem parte da paisagem urbana, objeto de regulações que instrumentalizam o plano diretor de uso e ocupação do solo do município. O que não se consente, por certo, é com o plantio de árvores debaixo dos fios e cabos de energia elétrica. De qualquer sorte, esta situação (que concorre para o colapso da cobertura vegetal da cidade, porque a poda se faz em formato de forquilha, debilitando a árvore em razão do desenvolvimento excessivo de ramos epicórmicos) poderia ser resolvida com a adequada ordenação da arborização do município, o que envolve a passagem subterrânea dos fios.

Na cidade de São Paulo, a Lei 14.023/05 determina que as obras necessárias à passagem subterrânea sejam realizadas pela própria distribuidora de energia, mas sem que o legislador disponha acerca da fonte de custeio. O Decreto 47.817/06, a sua vez, atribuiu o custo inteiramente à concessionária, o que inclui o refazimento de calçadas. Entretanto, claro está que isto interfere no equilíbrio econômico-financeiro, a exigir recomposição, ocorrendo dizer, também, que diversas leis municipais, ao dispor sobre a obrigatoriedade de tornar subterrâneo o cabeamento



de energia elétrica, foram declaradas inconstitucionais pelo órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI 2137161-23.2020.8.26.0000, rel. Moacir Peres, j. 07.04.21; ADI 2167708-80.2019.8.26.0000, rel. João Carlos Saletti, j. 03.03.21). No Supremo Tribunal Federal, há julgamento, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que a questão está afeta à competência do município para legislar sobre a política ambiental e urbana, não se tratando de estabelecer diretrizes às concessionárias, isto sim, competência privativa da União (RE 764.029-RJ, j. 10.12.09).

É controversa, como se vê, a possibilidade de o município, invocando seu peculiar interesse, disciplinar a ocupação do espaço público urbano no que tange à instalação de equipamentos destinados à prestação dos serviços de energia elétrica, dissensão também presente na doutrina².

Enfim, o que falta não é a adequação dos termos da concessão dos serviços de energia elétrica ao fato da administração (determinação que incide diretamente sobre o contrato, retardando ou impedindo sua execução), já que é polêmica a competência dos municípios para determinar à concessionária a realização do cabeamento subterrâneo, sobretudo às próprias expensas, mas o ajustamento da concessão à regra do art. 37, caput, da CF (que consagra a eficiência como um dos princípios que norteiam a administração pública), chamando-se a atenção para o fato de que a eficiência, ou a efetiva persecução dela, nas contratações, há de ser levada em conta na aplicação da LLC (art. 5º e 11, par. único). A ser assim, a administração pública, na fase preparatória, deverá cuidar para que

sejam levados em conta os riscos envolvidos no contrato, os quais, à falta de adequado tratamento, poderão comprometer a boa execução contratual (art. 18, X e XIII, da LLC). Neste sentido é que se diz (como lembrado há pouco) que, em tese, não a matriz de risco, mas antes, a análise de risco é obrigatória (art. 92, IX, da LLC).

No caso que tomei como paradigma – concessão dos serviços de energia elétrica –, não só o “fato da administração” e o “fato do príncipe” podem interferir na execução do contrato, desfazendo o equilíbrio econômico-financeiro, mas também a força maior. E como se trata de “contrato de serviço de grande vulto” – a justificar a obrigatoriedade da matriz de risco –, razoável que sejam levados na devida conta eventos climáticos e atmosféricos, para a pré-configuração daquele equilíbrio, inclusive com a obrigatoriedade de contratação de seguro por parte da concessionária (art. 22, § 2º, III, e 103, § 2º, da LLC).

Conquanto fatos como aqueles ocorridos no feriado estendido não sejam propriamente anormais, e muito menos imprevisíveis (todos sabem que chove nos meses de setembro a março; todos sabem que, nas últimas décadas, em decorrência do aquecimento global, da degradação e impermeabilização do solo, da poluição dos rios, do desmatamento e da falta de adequada gestão dos resíduos sólidos, tem-se agravado crescentemente o cenário dos desastres e catástrofes ambientais, com repercussão na qualidade de vida e integridade da população), e ainda que a atuação da concessionária dos serviços de energia elétrica, na mitigação das consequências do evento, não tenha sido adequada, concorrem para as dificuldades na execução do contrato



de concessão dos serviços de energia elétrica a ausência de uma eficiente política de arborização, em grande parte dos municípios brasileiros, tanto quanto a inexistência de efetiva discriminação de competências entre o município e a União, o que envolve a atuação da agência reguladora do setor e do Ministério das Cidades.

Bem por isto, a inserção, na alocação de riscos e na matriz de riscos, de fatos jurídicos que possam repercutir no correto cumprimento do contrato administrativo servirá, quando menos, para prevenir controvérsias acerca de causa superveniente, ligada a fenômenos da natureza, que excluiria, em tese, a responsabilidade da contratada. Isto constitui os agentes públicos, nos limites de suas atribuições, no dever da correta elaboração da matriz de risco, em conformidade com a natureza e a dimensão do contrato – facultada a previsão de taxa de risco no valor estimado da contratação –, com o que se estará, de antemão, afastando causa de extinção de contrato (art. 137, V, da LLC), que só se justifica se os eventos e suas “consequências incalculáveis” (expressão cujo sentido não se reduz a fatos de alcance imprevisível), passíveis de inviabilizar

a execução contratual, não estiverem contemplados na matriz de riscos (art. 124, II, d, e 22, § 2º, II, da LLC). Tais aspectos são de fundamental importância, diante do que dispõe a regra do art. 103, § 5º, da LLC:

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II – ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato. ■

Notas

1. Coordenador da Área de Metodologia e Lógica Jurídica da EPM. Mestre e doutor em Direito pela USP. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC/SP.

2. A propósito, v. Letícia Martins Tanaka, *Expansão das redes de distribuição elétrica subterrânea como instrumento de mitigação de impactos socioambientais no centro expandido de São Paulo*. Fonte: Site do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em <[http://www.iea.usp.br/](http://www.iea.usp.br/pesquisa/projetos-institucionais/usp-cidades-globais/artigos-digitais/impacto-social-de-programas-de-pos-graduacao-no-brasil-com-interfaces-na-area-de-sustentabilidade-urbana)

<<https://www.editorajc.com.br/leis-invasoras-da-competencia-da-uniao-em-energia-eletrica/>> Acesso em 29 nov. 2023.



HERANÇA DIGITAL: O DIREITO SUCESSÓRIO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Por **TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO**

Doutoranda em Direito¹

Com **Jorge Shiguemitsu Fujita**

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo²

A sociedade evoluiu de uma economia industrial e, finalmente, para uma economia informacional, cujo processo de modificação é provocado pelo impacto das transformações tecnológicas sobre o conhecimento e o saber



A evolução dos eventos históricos nacionais e internacionais que marcam as últimas décadas, identificada como pós-modernidade³ ou modernidade líquida⁴, é reflexo do complexo e incessante fenômeno da globalização, instrumentalizado pela troca acelerada de informações por meio de novas mídias digitais que encurtaram distâncias e modificaram as percepções do tempo pela sociedade, dada a rapidez desse novo mundo digital.

Note-se que as grandes revoluções, verificadas a partir de novas formas de perceber o mundo, desencadearam profundas alterações nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos. Nesse contexto, a sociedade evoluiu de uma economia agrícola para uma economia industrial, que marcou a transição da força muscular para energia mecânica, e, finalmente, para uma economia informacional, cujo processo de modificação é provocado pelo impacto das transformações tecnológicas sobre o conhecimento e o saber, frente ao surgimento de novas tecnologias digitais e de comunicação.

Esse cenário essencialmente cibernético e informacional é caracterizado por Jean-François Lyotard como pós-moderno⁵, tendo a informação se tornado insumo básico do desenvolvimento. Tanto é assim que o autor acredita que a competição econômico-política entre as nações se dará, neste contexto pós-moderno, não mais em função da quantidade de matéria-prima ou de manufaturados que possam eventualmente pro-

duzir, mas sim em função da quantidade de informação técnico-científica que forem capazes de produzir, armazenar e fazer circular como mercadoria; com isso, o domínio da informação se torna recurso estratégico.

Daí a designação de sociedade da informação, resultado de uma revolução tecnológica projetada pelo impacto direto do uso da informação e das “tecnologias da informação e comunicação” (TICs), que envolvem aquisição, armazenamento, processamento e distribuição da informação por meios eletrônicos, responsáveis pela remodelação da sociedade contemporânea, notadamente quanto às relações sociais, econômicas e jurídicas, impulsionada pela rede mundial de computadores, que se apresenta como uma importante ferramenta facilitadora da supressão do tempo e superação do espaço.

Essa supressão do tempo e superação do espaço justifica o termo modernidade líquida cunhado por Zygmunt Bauman, que, utilizando a metáfora da fluidez dos líquidos, mostra a capacidade de mutabilidade e rapidez da atual sociedade, ante a irrelevância do espaço e aniquilação do tempo pela capacidade de se alcançar qualquer espaço instantaneamente com o uso das novas tecnologias, notadamente a partir da popularização do acesso à internet, matriz da sociedade da informação.

A internet foi um marco na história da humanidade que provocou inúmeras mudanças, como a maneira das pessoas se relacionarem, cada vez mais marcada por interações digitais.



Prova disso são as diversas redes sociais, as trocas de correios eletrônicos (e-mails) e aplicativos de mensagens instantâneas, pelos quais é possível adicionar ao círculo de convívio digital amigos reais, do mundo físico, e estreitar ou esgarçar laços afetivos reais.

Soma-se a isso o surgimento de bancos digitais (internet banking, fintechs), contas online, cartões digitais e criptomoedas, que viabilizam a realização de transações bancárias, financeiras e comerciais.

O desenvolvimento tecnológico também alterou o modo de representação e armazenamento dos bens, uma vez que outrora era comum a guarda de fotos, vídeos, músicas, escritos, livros, documentos em meios físicos, primordialmente o papel, agora possíveis de armazenamentos e trocas eletrônicas e magnéticas. Atualmente, boa parte dessas coisas é armazenada em

meio digital, seja no computador ou em dispositivos de armazenamento, como HD externo ou na nuvem (modo de armazenagem em servidores compartilhados e interligados pela internet), ou até mesmo em redes sociais⁶.

A partir da imersão coletiva nesse ciberespaço, ou seja, nesse espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial de computadores e suas memórias, tornaram-se inúmeras as formas e modos de interação, transformando o ciberespaço no principal canal de comunicação e suporte de memórias da própria humanidade⁷.

A vida vai se passando também no ciberespaço e, assim, os bens corpóreos vão ganhando representações e possibilidades de câmbios digitais, como também surgem novas situações, dignas de proteção jurídica e também quantificação econômica. Vislumbra-se o surgimento de uma nova gama de situações que começam a se delinear como se bens fossem, nos moldes considerados pelo direito civil.

Enquanto vivos e presente a personalidade dos responsáveis por essas interações cibernéticas, parece fácil identificar a conta em uma rede social de um determinado influenciador digital, com milhares ou milhões de seguidores, como parte do seu patrimônio. Porém, tendo ele falecido, qual qualificação teria essa conta digital? Sabendo que a noção de patrimônio clama pela personalidade, poderia essa conta em uma rede social de um influenciador digital ser considerada um bem que integra sua herança? Teriam seus sucessores direitos a ela?

ENQUANTO VIVOS E PRESENTE A
PERSONALIDADE DOS RESPONSÁVEIS
POR ESSAS INTERAÇÕES
CIBERNÉTICAS, PARECE FÁCIL
IDENTIFICAR A CONTA EM UMA
REDE SOCIAL DE UM DETERMINADO
INFLUENCIADOR DIGITAL, COM
MILHARES OU MILHÕES DE
SEGUIDORES, COMO PARTE DO SEU
PATRIMÔNIO. PORÉM, TENDO ELE
FALECIDO, QUAL QUALIFICAÇÃO
TERIA ESSA CONTA DIGITAL?



O direito sucessório como direito fundamental de garantia do patrimônio

John Gilissen⁸, ao esboçar uma história universal do direito, principia pelos povos sem escrita, organizados em grupos relativamente extensos chamados clãs, revelando como se dava o processo de captura dos objetos em geral por seus membros, os quais lhes imprimiam sua “individualidade” mágica. O objeto era uma extensão encantada do próprio corpo. Extinta a vida, o objeto deveria seguir o corpo. É sintomático o vocábulo “pertença”, usado por Gilissen, ao se referir a esses objetos, mesmo se invocarmos o termo tal qual ainda cristalizado no Código Civil (art. 93⁹). Pertencas são bens que não constituem parte de outro, apenas se destinam ao uso, serviço ou aformoseamento de outro, e isso, por tempo duradouro. Não há, pois, propriedade individual, tampouco sucessão:

Tal como o homem está misticamente ligado aos membros do seu clã, ele sente-se ligado do mesmo modo a certos objetos. De resto, a sua individualidade ultrapassa o seu corpo físico; tudo o que faz parte do seu corpo e que dele foi separado fisicamente continua a identificar-se com ele; a prática mágica pode exercer-se tanto sobre cabelos cortados, unhas, excrementos, como sobre a própria pessoa. Do mesmo modo, tudo o que se vai identificar com o corpo pertence-lhe já; por exemplo, o fruto que ele colheu para comer e, por extensão, a arma que ele fabricou para se defender, ou a canoa de que se serve para a pesca.

Assim, as formas de propriedade pessoal apresentam-se como pertencas sob o aspecto da participação mística das coisas no ser humano. Por outro lado, esta pertença não diz respeito ao indivíduo mas à linhagem, ou mesmo ao clã de que faz parte; pois tudo entra na comunidade de linhagem clânica. Esta pertença tem um caráter sagrado; ela é inviolável, sob pena de sanções sobrenaturais; os bens são em princípio inalienáveis. Basta, por vezes, marcar com um sinal exterior (por exemplo, um traço, um pau) a sua intenção de se apropriar de uma coisa para a tornar “tabu”, ou seja, interdita aos outros.

Com a morte do chefe do clã, o que lhe pertence é muitas vezes enterrado ou incinerado com ele, em virtude da lei da participação.¹⁰

Ocorre que “as necessidades econômicas obrigam muitas vezes a se deixar subsistir certos objetos (armas, reservas de alimentos etc.) em favor dos sobreviventes, fazendo, assim, aparecer as primeiras formas de sucessão de bens”¹¹.

Parte-se de um cenário onde todos os objetos seguiam o morto em sua morte para outro em que parte deles passa a subsistir. Como esses objetos remanescentes integram a comunhão de bens do clã, como anota Clóvis Beviláqua¹², pouca preocupação há no tocante à sua destinação.

Assim, o grupo não morria com o falecimento de um dos seus integrantes e a morte de qualquer um deles gerava a imediata transmissão do que lhe tocava como parte ideal aos demais. Por isso, onde não há a noção de propriedade privada, não há sucessão *causa mortis*¹³.



Os objetos, com o tempo, passam a não mais seguir o morto em sua incógnita jornada, eles passam a representar sua vida para depois de sua morte. Os objetos passam a vivificar os mortos perante os vivos. Daí Fustel de Coulanges¹⁴ dissertar que o direito de propriedade foi estabelecido para o cumprimento de um culto hereditário, não podendo, assim, extinguir-se ao cabo da curta vida do indivíduo. Dizendo de outra forma, como fez Demolombe (*apud* Carlos Roberto Gonçalves): “a propriedade não existiria se não fosse perpétua, e a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*”¹⁵.

A propriedade serve ao vivo e assim o mantém para depois de seu passamento. Ganha ela importância para além da econômica, espiritual. A vida neste e, quiçá, noutros mundos depende da propriedade adquirida e mantida na família, não mais no clã.

A transmissão sucessória complementa o direito de propriedade, pois se projeta para além da morte do autor da herança. Caso a propriedade se extinguisse com a morte de seu titular e não se operasse a transmissão ao seu sucessor, então não seria propriedade, mas sim mero usufruto¹⁶.

Ou seja, sem o direito sucessório, incompleto se tornaria o direito de propriedade, mas não apenas ele. Todo o sistema obrigacional decorrente da *Lex Poetelia-Papiria*, que extinguiu a servidão por dívida, vinculando o patrimônio, e não mais a pessoa, estaria prejudicado.

Note-se que o grande avanço da *Lex Poetelia-Papiria* repousa justamente na aboli-

ção da resposta pela dívida com o próprio corpo e sua substituição pelo patrimônio, o qual passou a responder pelo débito¹⁷. Ou seja, o vínculo pessoal que era puramente material, no qual o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo, a partir da *Lei Poetelia-Papiria* (326 a.C.), passou a ser um vínculo jurídico, isto é, imaterial, respondendo, então, pelo débito, não mais o corpo do devedor, mas o seu patrimônio¹⁸. Houve, assim, a passagem da responsabilidade pessoal para a responsabilidade patrimonial.

Percebe-se, com isso, que o direito sucessório é um reforço à noção jurídica de patrimônio. San Tiago Dantas¹⁹ destaca que três são os elementos caracterizadores do patrimônio: a imputabilidade, uma só pessoa e a constituição dele como uma relação jurídica. Ainda segundo ele, é fundamental lembrar que o patrimônio, no direito civil, abrange ativo e passivo, devendo-se observar a “íntima e indissolúvel relação que existe entre a personalidade e o patrimônio”. Prossegue:

Para bem a compreender-se, precisa-se indagar: pode alguém transferir a outrem o seu patrimônio? Pode certa pessoa despojar-se do seu patrimônio, transferindo-o em bloco a um estranho e apresentando-se daí por diante como uma pessoa sem patrimônio?

Semelhante operação é impossível. [...] [...]

Só uma coisa permite que o patrimônio se separe do homem e esta é, para a pessoa física, a morte.

Para a pessoa jurídica é extinção.



Vê-se, portanto, que a relação entre a personalidade e o patrimônio é uma relação íntima e indissolúvel de patrimônio e de aderência à pessoa, para o qual patrimônio somente pode ser considerado como um todo autônomo quando a pessoa desaparece.²⁰

Portanto, propriedades, direitos, créditos e débitos, amalgamados como patrimônio pela argamassa da personalidade da pessoa (que assim só existe no direito quando viva), são assim, *in totum*, intransmissíveis durante sua vida. Extinta a personalidade pelo passamento, a lei mantém o patrimônio, sua existência, em vez de diluí-lo imediatamente. Ela o transforma em herança, para que se resolva o patrimônio entre credores e herdeiros, legais ou testamentários, do finado, o que ocorrerá segundo o direito sucessório.

Perpetua-se, assim, pela própria sucessão, o patrimônio, evitando-se desordenada dispersão da riqueza. Percebeu-se que a proteção da transmissibilidade dos bens e direitos, para além da morte, estimulava a produção e acumulação de riquezas, o que, de modo geral, coincidia com o próprio interesse social.

Por isso, ao lado da propriedade privada, é, pois, o direito sucessório um dos pilares da organização econômica humana,

potencializado pelo capitalismo. Não por outro motivo, quando se tentou “superar” o capitalismo pelas vias socialistas e comunistas, ao lado do direito de propriedade, extinguiu-se o direito de herança. Em contraponto, é justamente por essas razões basilares que a Constituição Federal de 1988, com nítida opção ideológica por uma economia capitalista, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa (art. 170 da CF/88), enuncia os direitos de propriedade e à herança como sendo fundamentais (incs. XXII e XXX do art. 5º da CF/88).

Do patrimônio à herança

Vimos que o patrimônio é uma noção que vai além da soma de propriedades. Ele não é um prosaico amontoado de bens. Ele avoca uma dimensão pessoal, implica nas obrigações. Na verdade, é ele, e não a pessoa, que responde pelas obrigações desta. Liga-se, pois, o patrimônio à pessoa, que assim só existe para o direito enquanto viva, mas que dele assim não pode se desfazer. Pode o titular de um direito de crédito cedê-lo. Pode o proprietário de uma propriedade de um bem móvel, ou imóvel não gravado ou que não esteja fora do comércio, aliená-lo. Claro que, ao assim fazer, esses bens e direitos integrarão o patrimônio de outrem.

CURIOSO QUE É JUSTAMENTE QUANDO SE EXTINGUE A PESSOA QUE SEUS BENS, DIREITOS E OBRIGAÇÕES SE REVELARÃO MAIS CLARAMENTE COMO PATRIMÔNIO, E NÃO APENAS COMO BENS CONSIDERADOS EM SI PRÓPRIOS



Em suma, embora possamos dispor de nossas propriedades e direitos, igual liberdade não dispomos no tocante ao patrimônio. Sua transferência, pela pessoa natural, só ocorre pela morte, justamente pela extinção da personalidade.

Curioso que é justamente quando se extingue a pessoa que seus bens, direitos e obrigações (ressalvadas as personalíssimas) se revelarão mais claramente como patrimônio, e não apenas como bens considerados em si próprios, somados a outros, ao se transformarem em herança.

Lembre-se que o princípio da *saisine*, expressamente albergado pelo Código Civil brasileiro (art. 1.784), não transmite os bens singularmente aos herdeiros por ocasião da abertura da sucessão. Contudo, a herança é, conforme redação do art. 1.791, do mesmo Código, “um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”. Assim, ela perdura até a última divisão da partilha, quanto à propriedade e posse, indivisível e, por isso, regulada pelas normas relativas ao condomínio, conforme dicção do parágrafo único do já citado art. 1.791. Acresce: são reguladas pelas normas do condomínio *pro indiviso*, tanto que o art. 1.794 do Código Civil reza que o coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto.

Não nos olvidamos que o art. 1.793, também do CC/2002, permite a cessão do direito à sucessão aberta e do quinhão de que disponha o coerdeiro. Todavia, lembremos de que o que ocorre nessa operação é a cessão do direito em parte do patrimônio, da herança. O cessionário sub-roga-se ao herdeiro, de modo que engano grosseiro comete quem pensa que essa cessão se equipara à alienação de um bem individualizado da herança.

Essa lógica geral do sistema não se subverte pela possibilidade defendida por alguns juristas, entre eles o saudoso Zeno Veloso²¹, da cessão de direitos hereditários de bens singulares, sob o argumento de que o § 2º do art. 1.793 do CC/2002 comina apenas de ineficácia a cessão de direito hereditário pelo coerdeiro sobre um bem da herança considerado singularmente. Segundo o autor:

[A] cessão de um bem individuado, entre os que compõem o espólio, não é negócio jurídico inválido. Não é nulo, nem anulável. A censura da lei está no plano da eficácia. A cessão, neste caso, é ineficaz, não produz efeito, é inoponível aos demais herdeiros, dado que a herança é uma universalidade, e até a partilha, indivisível.²²

Embora essa prática seja relativamente comum na realidade nacional, um negócio

A CESSÃO DE UM BEM INDIVIDUADO, ENTRE OS QUE COMPÕEM O ESPÓLIO, NÃO É NEGÓCIO JURÍDICO INVÁLIDO. NÃO É NULO, NEM ANULÁVEL. A CENSURA DA LEI ESTÁ NO PLANO DA EFICÁCIA



feito dessa forma não equivale àquele de compra e venda. Assim, embora, no final de toda sua escrituração notarial e registral, e se não houver nenhum percalço (e as chances de eles existirem são altas), ele possa produzir resultado parelho, faz ele, antes, que o pretense “adquirente”, na verdade cessionário, submeta-se às normas sucessórias do autor da herança, que ingressará em seu inventário ou poderá promovê-lo a depender do caso concreto.

Arnaldo Rizzardo indica exatamente esse caminho ao comentar a cessão dos direitos hereditários, em que, para ele, “há a alienação, pela qual os direitos hereditários passam para outra pessoa, que pode integrar a relação de herdeiros ou ser um estranho”²³.

No direito, muitas vezes o caminho importa mais que o ponto de chegada e estão-lhe atrelados riscos econômicos e jurídicos. Quanto mais longo o caminho, maiores esses riscos.

Resta, pois, examinar com atenção quais são os componentes da herança.

A composição da herança: dos bens, direitos e obrigações analógicos aos digitais

Já vimos que a herança é o patrimônio que a lei mantém aglutinado ainda que perecida a personalidade daquele que o detinha.

É, pois, a herança um patrimônio transitoriamente sem pessoa. Transitoriamente, pois, como herança, permanecerá *in totum* aglutinada só até serem computadas e saldadas eventuais dívidas do finado e parti-

lhada, transferida, já como cota de propriedade ao patrimônio dos vivos, herdeiros do finado, para ao patrimônio deles crescer.

A herança compõe-se, assim, dos bens de propriedade do autor da herança por ocasião do seu passamento, além dos direitos e obrigações que detinha enquanto vivo.

Mas, o que são bens?

Sílvio Venosa explica que:

Entende-se por bens tudo o que pode proporcionar utilidade aos homens. Não deve o termo ser confundido com coisas, embora a doutrina longe esteja de ser uníssona. Bem, numa concepção ampla, é tudo que corresponde a nossos desejos, nosso afeto em uma visão não jurídica. No campo jurídico, bem deve ser considerado aquilo que tem valor, abstraindo-se daí a noção pecuniária do termo. Para o direito, bem é uma utilidade econômica ou não econômica.

O termo bem é uma espécie de coisa, embora por vezes seja utilizado indiferentemente. Coisas são os bens apropriáveis pelo homem. Como assevera Serpa Lopes (1962, v. 1: 354): ‘sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém, com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação’.

Assim, todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas merecem ser denominadas bens. O sol, o mar, a lua são coisas, mas não são bens, porque não podem ser apropriados pelo homem.²⁴



A lei civil brasileira (arts. 79 a 103 do CC/2002) classifica os bens a partir de diferentes critérios, a saber: (a) quando considerados em si mesmos, entre bens imóveis e móveis; fungíveis e consumíveis; divisíveis e indivisíveis; e singulares e coletivos; (b) reciprocamente considerados, entre principais e acessórios, benfeitorias, perdas, frutos; (c) públicos e particulares.

Os bens dividem-se em corpóreos e incorpóreos. Os bens corpóreos são aqueles que têm existência física, material, e podem ser tangidos pelo homem, podendo ser móveis ou imóveis. Já os bens incorpóreos não têm existência tangível, eles têm uma existência abstrata ou ideal, mas podem possuir valor econômico.

Ressalte-se que não é apenas a tangibilidade que oferece o elemento diferenciador, pois há coisas corpóreas naturalmente intangíveis, e há coisas incorpóreas que abrangem bens tangíveis, como é o caso da herança, por exemplo, considerada em seu conjunto como bem incorpóreo, apesar de se poder integrar de coisas corpóreas²⁵.

Essa diferenciação e classificação são de suma relevância, pelos regimes jurídicos próprios que conferem aos bens, a depender de sua classificação, titularidade ou estado.

Uma de especial relevo é a distinção entre o regime de bens móveis e imóveis, pois, no Brasil, ressalvada a usucapião, a transferência intervivos dos bens não ocorre pelo contrato, mas pela tradição em relação aos móveis (arts. 1.266 e 1.267 do CC/2002) e pelo registro no cartório de registro de imóveis, em relação aos imóveis (art. 1.227 do CC/2002).

Lembre-se: ainda que a herança seja composta apenas por bens móveis ou mesmo por direitos, o inc. II do art. 80 do Código Civil brasileiro determina que se consideram imóveis para os efeitos legais o direito à sucessão aberta.

Ocorre que mesmo a tradição, que, via de regra, é a própria entrega física da coisa com a intenção de aliená-la, precisou, pela natureza de muitas das coisas compreendidas como bem pelo direito, ser representada ora de modo simbólico, ora ficto.

Veja-se, a tradição, ainda que ficta ou simbólica, torna real a transmissão.

Isso, pois, no fundo, como argutamente observou o economista peruano Hernando de Soto, citado por Marcelo Salaroli de Oliveira²⁶, a riqueza está não na coisa em si mesma, mas na sua representação como riqueza em títulos seguros de propriedade, pois é por eles que os bens se tornam ativos econômicos, com vida paralela à sua existência material.

Ora, se assim não fosse, como poderíamos admitir que a mera alteração escritural de nomes, em uma ficha arquivada no cartório de registro de imóveis, alteraria a propriedade de um bem imóvel? Ou, como se manteria e justificaria o direito cambiário? Ou ainda, como se daria curso à própria moeda?

Pois bem, chegamos aí no ponto de relevo: tanto os bens quanto os direitos e débitos que compõem a herança demandam, no sistema jurídico econômico ao qual o Brasil sempre pertenceu, uma representação, uma documentação. Desde priscas eras, isso foi



feito no suporte do papel, mas modificou-se drasticamente, sobretudo a partir da segunda metade do século 20, com o avanço tecnológico, notadamente da informática e das telecomunicações.

Surgiram os meios telemáticos de transmissão e arquivamento de informações, ao ponto de hoje falarmos em documentos nativamente digitais.

A alteração do substrato de retenção de uma informação não lhe pode retirar a validade que dispunha quando lançada no suporte físico do papel.

Tanto assim que o próprio direito cambiário, fortemente ligado ao princípio da cartularidade, já prevê a possibilidade da duplicata eletrônica, emitida sob a forma escritural, mediante lançamento em sistema eletrônico de escrituração gerido por quaisquer das entidades que exerçam a atividade de escrituração de duplicatas, conforme art. 3º da Lei 13.775, de 20 de dezembro de 2018.

Ou seja, a riqueza, corpórea ou incorpórea, demanda uma representação documental, antes feita no papel, quase invariavelmente de forma verbal, agora possível pela digitalização. Sobre tornar a realidade física em digital, invocamos as pertinentes palavras de Esther Morón, citada por Newton de Lucca:

Para poder apreciar as vantagens e consequências de ‘ser digital’, deve aconselhar-se refletir sobre a diferença entre átomos e bits. Como já se afirmou, a maior parte da informação nos chega em forma de átomos: livros, periódicos, revistas. O mundo é feito de átomos. Um bit não tem

O PRÓPRIO DIREITO CAMBIÁRIO,
FORTEMENTE LIGADO AO PRINCÍPIO
DA CARTULARIDADE, JÁ PREVÊ
A POSSIBILIDADE DA DUPLICATA
ELETRÔNICA, EMITIDA SOB A
FORMA ESCRITURAL, MEDIANTE
LANÇAMENTO EM SISTEMA
ELETRÔNICO DE ESCRITURAÇÃO
GERIDO POR QUAISQUER DAS
ENTIDADES QUE EXERÇAM A
ATIVIDADE DE ESCRITURAÇÃO

cor, tamanho nem peso. É o DNA da informação. É tão somente um número, cuja representação mais elementar é uma sequência de zeros e uns. Os bits sempre foram o elemento básico da informação, mas nos últimos vinte e cinco anos tem-se conseguido digitalizar cada vez mais tipos de informação, auditiva e visual, por exemplo, reduzindo-os de igual maneira a números.

Digitalizar significa converter em números o que se quer transmitir. A digitalização permite que distintos tipos de dados e de informação, como textos, voz e imagens, possam converter-se em números, serem tratados do mesmo modo e transmitidos pelas mesmas linhas. O fenômeno multimídia, ou hipermídia, é o resultado da digitalização de todos os tipos de sinais.

A digitalização da informação é um conceito chave para entender as novas tecnologias e sua generalização tem operado uma divisão radical entre o analógico e o



digital. O mundo digital é o mundo da informação convertida em dígitos e o mundo analógico é o restante.²⁷

Ora, a tecnologia atual permite a digitalização e também a operação reversa, de quase tudo.

Não por outra razão é que Manuel Castells, embora não empregue o termo digitalização, mas virtualização, para descrever a transformação da realidade em símbolos comunicáveis, sustenta existir uma virtualidade real, como:

[...] um sistema em que a própria realidade (ou seja, a experiência simbólica/material das pessoas) é inteiramente capturada, totalmente imersa em uma composição de imagens virtuais no mundo do faz de conta, no qual as aparências não apenas se encontram na tela comunicadora da experiência, mas se transformam na experiência. Todas as mensagens de todos os tipos são incluídas no meio porque este fica tão abrangente, tão diversificado, tão maleável, que absorve no mesmo texto de multimídia toda a experiência humana, passado, presente e futuro, como naquele ponto único do Universo que Jorge Luís Borges chamou de ‘Aleph’.²⁸

Nessa nova realidade, tornada possível pelo atual estágio da tecnologia que não cessa de avançar, Pietro Perlingieri²⁹ destaca que os bens não patrimoniais também merecem tutela independente de sua eventual relevância econômica, defendendo, com isso, que a informação, como coisa incorpórea, deve ser tratada como um bem jurídico, assim como os bens compreendidos no ambiente virtual, principalmente nesse contexto de sociedade da informação, onde impera a desmaterialização das atividades humanas influenciadas

pelos avanços tecnológicos que mudaram a forma de produção de bens.

É nessa perspectiva que os bens digitais se assemelham aos bens jurídicos considerados incorpóreos, por serem intangíveis fisicamente e dotados de utilidade, com ou sem caráter econômico, emocional e/ou informacional.

Lembra Bruno Torquato Zampier Lacerda³⁰ que os bens digitais são bens incorpóreos que são progressivamente inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tendo ou não conteúdo econômico.

Esses bens são fruto das inovações tecnológicas vivenciadas pela sociedade nas últimas décadas, por isso devem ser definidos de forma ampla e não exclusiva, para que se possa incluir uma gama de bens informacionais intangíveis associados ao mundo online ou digital, incluindo perfis em redes sociais (por exemplo, Facebook, Twitter, Google+, LinkedIn), e-mails, tweets, dados virtuais de jogos (por exemplo, Second Life, World of Warcraft, Lineage), textos digitalizados, e-books, imagens, fotos, músicas, senhas de contas associadas à comercialização de bens e serviços digitais, seja como comprador, usuário ou comerciante (por exemplo, eBay, Amazon, Youtube), nomes de domínio, entre outros³¹.

Percebe-se, pois, que os bens digitais abrangem os mais variados conteúdos, como fotos, vídeos, músicas, livros, mensagens, documentos, informações e dados pessoais postados e compartilhados no ciberespaço. Daí a necessidade de classificá-los como



bens digitais patrimoniais, com valor econômico, e bens digitais existenciais, sem valor econômico, mas com valor pessoal, ligados aos direitos da personalidade.

Os bens jurídicos patrimoniais são aqueles apreciáveis economicamente, isto é, avaliáveis em dinheiro, enquanto os não patrimoniais são aqueles que não possuem valor econômico, fruto de relações afetivas ou direitos da personalidade.

No que se refere ao valor econômico dos bens digitais, vale mencionar os nomes de domínio, necessários à manutenção de uma marca; as contas de comerciantes que operam nos mercados virtuais, como Amazon, Mercado Livre e eBay; os dados virtuais de jogos eletrônicos; as bibliotecas digitais de livros (e-books), músicas, filmes; as moedas virtuais; as milhas aéreas; as fotos, vídeos e mensagens postadas por pessoas famosas, incluídos aqui os chamados influenciadores digitais, que são pessoas formadoras de opinião que influenciam milhares de seguidores por meio de conteúdo publicado em suas redes sociais, como Ins-

tagram e Youtube; entre outros.

Já na categoria dos bens digitais existenciais inserem-se, por exemplo, as fotos, vídeos e mensagens postadas nas redes sociais ou e-mails com fins pessoais, íntimos e privativos do indivíduo, que não dispõem de valor econômico para toda e qualquer pessoa, mas têm valores inestimáveis para seu titular e familiares pela perspectiva emocional que possuem, vinculados, assim, à própria personalidade do titular do bem. Não se olvide, ainda, que o conjunto de informações e dados extraídos dos perfis das redes sociais ou buscas pode tornar-se um bem digital com valor econômico para o provedor, já que com essas informações ele pode traçar perfis de consumidores.

Evidente, portanto, que, no decorrer de uma vida, essas inúmeras informações e arquivos, de conteúdo econômico ou emocional, são depositadas diariamente na rede pelos usuários, e essa rede, numa sociedade da informação, ou numa sociedade em rede, como definida por Manuel Castells³², acaba por ser uma nova realidade.

Atuação centrada em entregar
resultados aos clientes,
de forma ética, transparente e segura.

Contencioso Tributário, Administrativo
e Judicial e Consultivo Tributário.

www.queirozmiotto.adv.br
49 3533 7701


QUEIROZ MIOTTO
A D V O G A D O S

Desse modo, os bens assim conformados, numa realidade digital, não são irreais. Podem ser imateriais, mas não intangíveis. Formam uma manifestação da existência de interesses de seus titulares no ambiente virtual, podendo ser ativos e passivos, daí a necessidade de o direito de propriedade alcançar o mundo virtual, permitindo o uso, gozo, fruição e disposição desses bens digitais.

Esse imenso acervo digital formado ao longo da vida, assim como os créditos, débitos e propriedades de bens móveis ou imóveis, enquanto viva a pessoa, compõem seu patrimônio. Formam, aliás, um verdadeiro patrimônio digital.

Como tal, após seu passamento, deverão, a nosso ver, igualmente compor sua herança. O usuário poderia exercer sua faculdade de dispor, deletando sua conta e/ou perfil. Deveria poder fornecer um bem digital em garantia para um credor; poderia aliená-lo gratuitamente através da doação do perfil de um influenciador digital, por exemplo.

E, afirmando essa possibilidade do exercício de direito de propriedade sobre os bens digitais, devem naturalmente estar sujeitos à sucessão. Nessa perspectiva, a questão que se coloca é: qual será a destinação dos bens digitais da pessoa falecida?

Para demonstrar a complexidade da questão que se coloca, é essencial analisar alguns casos emblemáticos que levaram às cortes a discussão sobre a possibilidade de herdeiros acessarem um bem digital do falecido.

Um dos primeiros casos em que se discutiu a possibilidade de acesso dos herdeiros a um bem digital de um falecido ocorreu

em 2004, nos Estados Unidos da América, quando um pai (John Ellsworth) requereu acesso à conta de e-mail Yahoo! de seu filho, Justin Ellsworth, militar falecido na explosão de uma bomba no Iraque. Enquanto estava em solo iraquiano, Justin se comunicava com a família e amigos por meio de sua conta de e-mail Yahoo! e nela mantinha uma espécie de diário. Justin morreu sem passar para ninguém seu login da conta de e-mail³³.

O Yahoo! negou o pedido de John para que liberasse o acesso aos e-mails de seu filho, sob a alegação de ser obrigado a garantir a privacidade e confidencialidade, bem como pelos termos de uso e serviço, aceitos por Justin, que dispunham claramente que a conta era intransferível e que terminava com a morte do usuário³⁴.

Em 20 de abril de 2005, o tribunal de sucessões do condado de Oakland, Michigan, onde o caso foi processado, ordenou que o Yahoo! enviasse ao pai cópia de todo o conteúdo do e-mail do filho falecido em formato digital (gravado em CD-ROM) e em formato impresso.

Quanto à rede social, mais especificamente o Facebook, a primeira vez que este impasse de acesso externo à conta de um usuário falecido ocorreu foi nos Estados Unidos da América, no estado de Oregon, em 2007, quando uma mãe (Karen Williams) buscou acesso à conta de seu filho falecido, Loren Williams. Karen havia obtido a senha de acesso à rede social de seu filho por meio de um amigo de Loren e entrou em contato com o Facebook solicitando que não fosse excluída a conta. Todavia, após algum



tempo, a senha foi alterada ou desativada pelo Facebook, impedindo-a de acessar a conta. Após um período de negociações, foi determinada judicialmente a permissão de Karen acessar a conta do filho, mas apenas por um período de dez meses, quando a conta seria, então, desativada³⁵.

Outro caso envolvendo o Facebook ocorreu em Manchester, na Inglaterra, em 2008, no qual os parentes de Sahar Daftary, falecida após cair do décimo segundo andar de um prédio, solicitaram acesso e divulgação do conteúdo de sua conta dos vinte dias antes de sua morte, para instruir o inquérito policial inglês, uma vez que temiam que pudesse ser um caso de suicídio e queriam investigar seu estado mental nos dias que antecederam sua morte.

O pedido foi feito sob uma lei federal dos Estados Unidos, a Stored Communications Act (SCA), que permite litigantes estrangeiros a buscarem uma ordem judicial para obrigar a produção/veiculação de documentos para uso em processos estrangeiros, bem como sob o argumento de que, como mãe e representante legal de sua filha, ela poderia autorizar essa divulgação³⁶.

O pedido foi negado pelo Facebook sob o argumento de que sua política de privacidade não permitia que terceiros fizessem login em conta de terceiros, ainda que fossem seus herdeiros. A decisão judicial do caso estabeleceu que o Facebook, apenas voluntariamente, poderia dar acesso à conta de um usuário falecido, em razão da necessidade legal de proteção de dados pessoais³⁷.

Também há casos em sentido contrário, no qual o pleito não é pelo acesso à con-

A IMPRENSA ECOOU QUE O ATOR BRUCE WILLIS DESEJAVA OBTER O DIREITO DE LEGAR ÀS SUAS FILHAS SUA BIBLIOTECA MUSICAL DO ITUNES. A INFORMAÇÃO TROUXE À TONA A DISCUSSÃO SOBRE A PROPRIEDADE DE MÚSICAS COMPRADAS EM MEIO DIGITAL

ta do falecido, mas sim por sua exclusão. Como, por exemplo, no caso ocorrido no Mato Grosso do Sul, Brasil, em 2012, no qual uma mãe solicitou a exclusão da conta de sua filha falecida ao Facebook, por meio das ferramentas disponibilizadas pelo próprio site, mas não obteve êxito, recebendo como resposta que o perfil da filha seria transformado em um memorial *post mortem*, de acordo com as diretrizes da política da empresa para usuários falecidos³⁸. Todavia, a mãe alegava ser doloroso conviver com o perfil de sua filha e as mensagens de lamentações dos amigos. Assim, após diversas tentativas administrativas, em 2013 a mãe ingressou com esse pedido na Justiça, que foi concedido liminarmente³⁹.

No mesmo ano, nos Estados Unidos, a imprensa ecoou que o ator Bruce Willis desejava processar a Apple para obter o direito de legar às suas filhas sua biblioteca musical do iTunes. A informação foi posteriormente negada, mas trouxe à tona a discussão sobre a propriedade de músicas compradas em meio digital, bem como de e-books, não se tratando, na verdade, de



propriedade, e sim de uma licença que permite acesso ao conteúdo digital e termina com a morte do usuário⁴⁰.

Assentados nas premissas anteriormente aduzidas e nos casos apresentados, percebe-se nitidamente que o direito positivo não conseguiu acompanhar a eminente digitalização da sociedade, tornando-se um empecilho advindo dessa modernização.

Acreditamos que, como o direito brasileiro adotou a regra da transmissão imediata das titularidades de quem morreu (princípio de *saisine*), não admitindo que os direitos restem sem sujeito, dessa forma, os sucessores (legítimos ou testamentários) investem-se imediatamente nas titularidades, assim como que os bens digitais acumulados em vida pelo *de cuius* deveriam fazer parte deste todo unitário que se transfere aos herdeiros.

Quanto aos bens digitais passíveis de valoração econômica, não há dúvida que esses compõem o acervo do falecido e serão automaticamente sucedidos pelos herdeiros ou legatários, uma vez que se encaixam perfeitamente no clássico conceito de patrimônio transmissível.

Já quanto aos bens digitais de caráter existencial, que carecem de valoração econômica, a questão tende a ser um pouco mais complexa e controversa. Isso porque

há doutrinadores que entendem que esses bens não podem ser incluídos na herança, uma vez que se confundem com os direitos personalíssimos que são extintos quando da morte do seu titular. Além dos direitos de personalidade, pode-se mencionar também o direito de privacidade e intimidade, tanto do falecido como dos terceiros que com ele mantiveram relações nos meios digitais e estariam, de certa forma, entrelaçados pelo conteúdo.

Dessa forma, esses bens não integrariam a categoria de interesse sucessório, mas poderiam ser objeto de disposições de última vontade, em codicilo ou testamento; no caso, testamento digital.

Alguns defensores dessa corrente sustentam que nem mesmo o titular desses conteúdos de caráter existencial poderia optar pela destinação de seus bens para herdeiros quando esses puderem comprometer a personalidade de outrem, o que ocorre, por exemplo, com as conversas do aplicativo WhatsApp, e-mails e redes sociais, que dispõem de espaços reservados para conversas privadas, como as *direct messages* do Facebook e do Instagram⁴¹.

Em contrapartida, para outra parte da doutrina, seguida por nós, esses bens digitais existenciais, insuscetíveis de valoração econômica, também devem fazer parte do patri-



JÁ QUANTO AOS BENS DIGITAIS DE CARÁTER EXISTENCIAL, A QUESTÃO TENDE A SER UM POUCO MAIS COMPLEXA E CONTROVERSA. ISSO PORQUE HÁ DOUTRINADORES QUE ENTENDEM QUE ESSES BENS NÃO PODEM SER INCLUÍDOS NA HERANÇA

mônio do falecido, compondo, assim, a herança, por serem dotados de inestimável valor sentimental ao *de cuius* e seus herdeiros.

Assim, a transmissão de todos os bens digitais, passíveis ou não de valoração econômica e sentimental, haveria de ser a regra, excetuada apenas nos casos em que houvesse manifestação de vontade do próprio titular em vida em sentido contrário.

Tal entendimento passou a reverberar com maior intensidade após o julgamento, em 2018, de um caso ocorrido na Alemanha, no qual os pais de uma adolescente de 15 anos, falecida em um acidente no metrô de Berlim, em 2012, entraram com uma ação contra o Facebook, pleiteando acesso à conta da filha. De acordo com o casal, o acesso lhes permitiria esclarecer as circunstâncias da morte da filha, se advinda de suicídio ou acidente, bem como para obter provas a serem utilizadas na defesa dos pais em ação judicial de reparação moral movida pelo condutor do transporte público, que alegava ter sofrido abalo emocional em decorrência do envolvimento no suposto suicídio⁴².

Os pais já haviam tentado, sem êxito, acessar a conta da filha menor, que havia sido criada com o consentimento de ambos, no ano anterior ao do falecimento, quando ainda tinha 14 anos de idade – a partir dos dados de acesso fornecidos pela própria filha. No entanto, não tiveram sucesso, pois o Facebook havia transformado a conta da usuária em um “memorial” virtual, após ter sido notificado por um terceiro sobre o falecimento, sob o argumento de proteção aos direitos da usuária falecida e de terceiros com quem, porventura, tivesse trocado

mensagens privadas⁴³. Defendeu, a rede social, que “o conteúdo das mensagens deveria permanecer em sigilo mesmo após a morte do usuário, uma vez que eventual acesso dos herdeiros violaria a sua privacidade e a de seus interlocutores”⁴⁴, bem como alegou que “os adolescentes costumam trocar detalhes íntimos nas redes sociais, que, muitas vezes, desejam manter longe do conhecimento dos pais”⁴⁵.

Após longa disputa judicial, a corte federal alemã, Bundesgerichtshof, reconheceu a pretensão dos pais, herdeiros únicos da menor, de ter acesso à conta e a todo o conteúdo nela existente, uma vez que essa pretensão decorre do contrato de consumo (contrato de utilização) existente entre a adolescente e o Facebook, o qual é transmissível aos herdeiros com a morte. Para a corte, o direito sucessório à herança digital não se opõe aos direitos de personalidade *post mortem* da falecida, ao direito geral de personalidade do *de cuius* ou dos terceiros interlocutores, ao sigilo das comunicações, nem tampouco às regras sobre proteção de dados pessoais⁴⁶.

Essa corrente é reforçada, ainda, pela compreensão de que, quando o que se pretende proteger é o caráter existencial do conteúdo, a fim de preservar a privacidade, intimidade e personalidade do falecido e de terceiros, essa tutela há de ser reconhecida independentemente do meio no qual esse conteúdo se materializa, seja em meio físico, como escritos em papel, cartas, diários, ou em meio digital, como as redes sociais, e-mails, nuvem de armazenamento de dados, entre outros, pois o caráter existencial não resulta da forma como as informações



estão corporificadas ou salvas, mas sim de seu próprio conteúdo. Dessa forma, “os valores e princípios subjacentes ao direito das sucessões garantem também a transmissibilidade da herança existencial, encontre-se ela em meios digitais ou analógicos”⁴⁷.

Conclusão

Desde as épocas mais remotas, o direito sucessório delineou-se como meio de assegurar e transmitir para além da morte os bens de alguém, mas, mais do que isso, com a marcha da história, esse direito se mostrou indissociável da própria noção de patrimônio, que, pela vinculação à personalidade de seu titular, pereniza-se pelo direito sucessório após a extinção dela pela morte, transformando-se em herança.

O patrimônio e a herança são um todo indivisível, composto não apenas pelas propriedades, mas por créditos e débitos, de seu titular ou do seu autor, e como tal permanecerão, até que, ultimada a partilha, integrem o patrimônio dos herdeiros do autor da herança. Esse patrimônio e, subsequentemente, a herança devem albergar tudo aquilo que comporta proteção jurídica do direito. E como tal, as novas realidades digitais, por se aproximarem da definição de bens predicada pelo direito civil, podem ser identificadas como bens digitais e, como tais, parte integrante do patrimônio e da herança do seu autor.

Como examinado neste artigo, tal entendimento não é unânime. Há defensores que sustentam que apenas os bens digitais de caráter patrimonial estariam sujeitos à transmissibilidade, enquanto os bens digitais de caráter existencial não estariam in-

cluídos na herança, uma vez que se confundem com os direitos personalíssimos que são extintos quando da morte do seu titular.

Contudo, como debatido nas linhas pretéritas deste artigo, entendemos que os bens digitais existenciais, sejam eles suscetíveis ou não de valoração econômica, devem integrar o patrimônio do falecido, compondo, assim, a herança, por serem dotados de inestimável valor sentimental ao *de cuius* e a seus herdeiros.

Reforçando nosso entendimento, ao fazeremos uma comparação entre as comunicações realizadas por e-mails, whatsapp, redes sociais, entre outras, e as comunicações realizadas por meios físicos, como cartas, livros, diários, fotos impressas, enfim, sabemos que estas, quando do falecimento de seu titular, ficam à disposição dos seus herdeiros e podem ser por eles acessadas, uma vez que não há no ordenamento jurídico qualquer vedação ao acesso a esses bens físicos acumulados no mundo analógico, mesmo quando dotados de conteúdo íntimo e sigiloso do falecido. Daí por que nos parece no mínimo incoerente permitir a transmissibilidade desses bens analógicos e em contrapartida vedar a transmissão daqueles armazenados em meios digitais, pois o caráter existencial é o mesmo em ambas as situações.

Frise-se que o caráter existencial do bem não deve estar no suporte em que as informações estão armazenadas e corporificadas, mas sim no seu próprio conteúdo. Por isso, há a necessidade de se assegurar a transmissibilidade dos bens digitais, tanto aqueles que detêm conteúdo patrimonial como os de caráter existencial. ■



Notas

1. Doutoranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em Processos Didático-Pedagógicos para Cursos na Modalidade à Distância pela Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Assessora jurídica de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça. Coautora em obras jurídicas.
2. Professor Titular e Emérito do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordenador do Curso de Pós-graduação lato sensu em Direito da Família e Sucessões do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Civil e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito de Família e das Sucessões da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seção de São Paulo. Advogado, consultor jurídico e parecerista.
3. LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, *passim*.
4. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, *passim*.
5. LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, *passim*.
6. ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *Testamento digital: como se dá a sucessão dos bens digitais*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 20.
7. LÉVY, Pierre. A emergência do Cyberspace e as mudanças culturais. In: *Ciberespaço: um hipertexto com Pierre Levy*. Nize Maria Campos Pellanda; Eduardo Campos Pellanda (orgs.). Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2000, p. 13.
8. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 42-44.
9. Art. 93 do Código Civil: São pertencas os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.
10. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 43-44.
11. *Ibidem*.
12. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932, p. 67.
13. LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 4. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 14.
14. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 78.
15. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 11. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20.
16. MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 37. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.
17. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 417.
18. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 422.
19. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942 – 1945)*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 241.
20. *Ibidem*.
21. VELOSO, Zeno. *Cessão de direitos hereditários de bens singulares: sim ou não?* 2010. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=1472>. Acesso em: 30 mai. 2021.
22. *Ibidem*.



23. RIZZARDO, Arnaldo. *Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 100.
24. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 7. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2007, p. 283-284.
25. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 348.
26. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.
27. LUCCA, Newton de. Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. v. II. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (orgs.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 36-37.
28. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 459.
29. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 963.
30. LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *A tutela dos bens tecnodigitais*: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 73.
31. EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting post-mortem privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. 2013, p. 105. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/29852098.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2021.
32. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, *passim*.
33. CUMMINGS, Rebecca G. The case against access to decedents' e-mail: password protection as an exercise of the right to destroy. 2014, p. 898. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=mjlst>. Acesso em: 10 abr. 2021.
34. Os Termos de Uso e Serviço do Yahoo! dispuñham: “No Right of Survivorship and Non-Transferability. You agree that your Yahoo account is non-transferable and any rights to your Yahoo ID or contents within your account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate, your account may be terminated and all contents therein permanently deleted” (CUMMINGS, 2014, p. 899).
35. McCALLIG, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. In: *International Journal of Law and Information Technology*. v. 22. n. 2. p. 107-140. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263568477_Facebook_after_death_An_evolutionary_policy_in_a_social_network. Acesso em: 10 abr. 2021.
36. *Ibidem*.
37. *Ibidem*.
38. 36 QUEIROZ, Tatiane. Mãe pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. In: G1. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html#:~:text=M%C3%A3e%20pede%20na%20Justi%C3%A7a%20que,Mato%20Grosso%20do%20Sul%207C%20G1&text=Juliana%20Ribeiro%20morreu%20em%20maio,que%20n%C3%A3o%20comenta%20casos%20espec%C3%ADficos>. Acesso em: 10 abr. 2021.
39. CARDOZO, Elverson. Após processo e apelo de mãe à mídia, Facebook exclui perfil de jovem morta. In: Campo Grande News. 2013. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/lado-b/comportamento-23-08-2011-08/apos-processo-e-apelo-de-mae-a-midia-facebook-exclui-perfil-de-jovem-morta>. Acesso em: 10 abr. 2021.
40. CHEVALLIER, Marc. Qui héritera de votre bibliothèque iTunes? In: *Alternatives Économiques*. n. 318. 2012. Disponível em: <https://www.cairn.info/magazine-alternatives-economiques-2012-11-page-50.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.
41. HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 23. p. 155-173. Belo Horizonte. p. 163. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523>. Acesso em: 19 mai. 2023.
42. TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: *Herança digital*: controvérsias e alternativas. Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal (Coord.). 2. Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 68.
43. TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: *Herança digital*: controvérsias e alternativas. Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal (Coord.). 2. Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 69.



44. TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal (Coord.). 2. Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 69.
45. MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. In: *RDU*. v. 15. Porto Alegre, 2019. p. 193. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf>. Acesso em: 19 mai. 2023.
46. MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. In: *RDU*. v. 15. Porto Alegre, 2019. p. 194. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf>. Acesso em: 19 mai. 2023.
47. MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. In: *RDU*. v. 15. Porto Alegre, 2019. p. 202. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf>. Acesso em: 19 mai. 2023.

Referências

- ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *Testamento digital: como se dá a sucessão dos bens digitais*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.
- BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.
- CARDOZO, Elverson. Após processo e apelo de mãe à mídia, Facebook exclui perfil de jovem morta. In: Campo Grande News. 2013. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/lado-b/comportamento-23-08-2011-08/apos-processo-e-apelo-de-mae-a-midia-facebook-exclui-perfil-de-jovem-morta>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. CHEVALLIER, Marc. Qui héritera de votre bibliothèque iTunes? In: *Alternatives Économiques*. n. 318. 2012. Disponível em: <https://www.caim.info/magazine-alternatives-economiques-2012-11-page-50.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- CUMMINGS, Rebecca G. The case against access to decedents' e-mail: password protection as an exercise of the right to destroy. 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=mjlst>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942 – 1945)*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting post-mortem privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/29852098.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2021.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.



- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 7. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 23. p. 155-173. Belo Horizonte. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523>. Acesso em: 19 mai. 2023.
- LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.
- LÉVY, Pierre. A emergência do Cyberspace e as mutações culturais. In: *Ciberespaço: um hipertexto com Pierre Levy*. Nize Maria Campos Pellanda; Eduardo Campos Pellanda (orgs.). Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2000.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.
- LUCCA, Newton de. Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. v. II. LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (orgs.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. *Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital*. In: *RDU*. v. 15. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf>. Acesso em: 19 maio 2023.
- MCCALLIG, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. In: *International Journal of Law and Information Technology*. v. 22. n. 2. p. 107–140. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263568477_Facebook_after_death_An_evolutionary_policy_in_a_social_network. Acesso em: 10 abr. 2021.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. v. 6. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- QUEIROZ, Tatiane. Mãe pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. In: G1. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html#:~:text=M%C3%A3e%20pede%20na%20Justi%C3%A7a%20que,Mato%20Grosso%20do%20Sul%20%7C%20G1&text=Juliana%20Ribeiro%20morreu%20em%20maio,que%20n%C3%A3o%20comenta%20casos%20espec%C3%ADficos>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Ana Carolina Brochado Teixeira; Livia Teixeira Leal (coord.). 2. Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.
- VELOSO, Zeno. Cessão de direitos hereditários de bens singulares: sim ou não? 2010. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=1472>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.



30 ANOS

UMA HISTÓRIA
CONSTRUÍDA
DESDE 1991,
SOBRE 4 PILARES
FUNDAMENTAIS:

1
Garantia
de receita

2
Segurança
financeira

3
Confiança
no trabalho

4
Respeito ao
condômino



DUPLIQUE
condomínios

SC

Balneário
Camboriú
Campeche
Canasvieiras
Chapécó
Criciúma
Estreito
Florianópolis
Joinville
Palhoça
São José

PR

Curitiba
Desembargador
Executiva
Generoso
Nova

RJ

Atlântica
Carioca
Predial
Rio

SP

Desembargador
Do Vale
Guarulhos
Sampa
Solution
Sorocaba

MG

Triângulo

MULTIPARENTALIDADE JUDICIAL E O JULGAMENTO DO RE 898.060

Por **DANIELA BRAGA PAIANO**¹

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)



A possibilidade jurídica de uma pessoa ter mais de dois genitores em seu registro é denominada multiparentalidade. Ela é admitida tanto judicialmente como de forma extrajudicial. Objetiva-se, aqui, analisar a multiparentalidade judicial em recorte específico

O direito de família, sensível às alterações sociais, vem sendo modificado à medida que o comportamento das pessoas se adequa às suas novas realidades de vida. Um dos efeitos dessa transformação reflete-se no reconhecimento da filiação, que historicamente parte de um reconhecimento de filhos advindos apenas por vínculos matrimoniais, para os filhos que tiveram um reconhecimento fora dessas uniões. Hoje, tem-se a igualdade jurídica de todos os filhos, dissociando-se do estado civil de seus genitores.

Os padrões até então existentes eram a monoparentalidade (apenas um genitor no registro) e a biparentalidade (dois genitores no registro). Como dito, com as mudanças de comportamento social, a possibilidade jurídica do divórcio e a busca pela realização plena dos componentes de uma entidade familiar, os modelos de família vão se alterando (a exemplo da homoafetiva). Nessas remodelagens, novas famílias vão se formando e é muito comum que muitas advenham de uma família anterior, sendo comum que padrastos ou madrastas exerçam o papel de pai ou mãe na vida de seus enteados.

Nasce, assim, um novo modelo de reconhecimento de filiação – a de inserção de um novo pai ou mãe ao registro desses filhos, possibilitando três ou mais genitores, ou seja, a multiparentalidade.

1. Da multiparentalidade judicial

A possibilidade jurídica de uma pessoa ter mais de dois genitores em seu registro é denominada multiparentalidade. Ela é admitida tanto judicialmente como de forma extrajudicial. Objetiva-se, aqui, analisar a multiparentalidade judicial, em especial após o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060. Para tanto, em um primeiro momento, será mostrado o que é a multiparentalidade, quais os primeiros casos que ocorreram no Brasil e sua evolução temática até a chegada no Supremo Tribunal Federal com o RE 898.060, ou seja, os antecedentes da fixação do Tema 622.

1.1 Os antecedentes da tese

Preceitua o Código Civil, em seu art. 1.593, que o parentesco é natural (biológico) ou civil (de outra espécie, como a adoção) – cabe aqui a observação se a afinidade seria uma forma de parentesco ou não; este artigo entende que não, já que não existe, por exemplo, um efeito patrimonial dessa relação.

Seguindo uma “tradição” civilista, o parentesco, para o Código Civil, é visto de forma excludente (já que o artigo acima mencionado informa que ele é natural ou civil, por consequência, não pode ocorrer de forma concomitante, embasado em vínculos distintos) e, por consequência, a filiação também o é: ou a filiação advém de laços biológicos ou da lei. Essa “tradição civilista” é fruto de uma sociedade patriarcal, na qual



apenas os filhos advindos de uma relação matrimonial é que poderiam ser reconhecidos. Os demais não tinham nenhum direito e ficavam marginalizados. Aos poucos, a legislação avança (como, por exemplo, a lei de investigação de paternidade, lei de alimentos) e começa-se a permitir o reconhecimento de filhos de relações extramatrimoniais. Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 6º, essa desigualdade é rechaçada, dando lugar à igualdade jurídica dos filhos.

Nesse contexto, o matrimônio dava ensejo a uma presunção de que os filhos advindos dessa relação seriam filhos do marido da mãe - *“pater is est quem nuptiae demonstrant”*. Ocorre que nem sempre isso é verdade. Por vezes, esse filho pode ser filho biológico de outra pessoa. Desse modo, o pai registral é diferente do pai biológico, de modo que, de tal divergência, apenas um poderia constar no registro na qualidade de pai – ou o registral ou o biológico.

Nascia, então, um conflito entre o pai biológico não registral e o pai socioafetivo registral – ou o contrário. A jurisprudência, por sua vez, ora optava em manter um, ora outro. Quando do surgimento do exame de DNA, a prevalência tendia a ocorrer pelo pai biológico, retirando-se o socioafetivo do registro.

Todavia, com o passar do tempo, com a remodelagem das famílias, em especial pelo papel exercido pelo padrasto ou madrasta, retirar o pai registral, que criou a criança, nutrido afeto por ela, poderia ferir o melhor interesse desse filho ou filha. Em determinadas decisões, havia a prevalência do pai socioafetivo em detrimento do biológico no registro.

Ocorre que essa escolha sobre qual pai deveria ser mantido na certidão de nascimento, o biológico ou o socioafetivo, é algo muito difícil, já que suprime um lado da história de vida da pessoa. Mas, até então, “o melhor dos mundos” não existia, que é a possibilidade de se manter os dois genitores no registro.

Foi, então, que, com a remodelagem das famílias, isso passou a afetar diretamente a convivência com os filhos. Os filhos, que até então tinham apenas um pai e uma mãe, passam a conviver com pessoas que ocupam e desempenham papéis de pais nesse novo modelo familiar. Sobre essa evolução que afeta a estrutura da filiação, afirma Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2021, p. 39) que esse conceito se modifica em especial pelos “avanços científicos alcançados na área biológica e na evolução das técnicas médicas”, em decorrência da filiação advinda das técnicas de reprodução assistida.



PRECEITUA O CÓDIGO CIVIL, EM SEU ART. 1.593, QUE O PARENTESCO É NATURAL (BIOLÓGICO) OU CIVIL (DE OUTRA ESPÉCIE, COMO A ADOÇÃO). CABE AQUI A OBSERVAÇÃO SE A AFINIDADE SERIA UMA FORMA DE PARENTESCO OU NÃO: ESTE ARTIGO ENTENDE QUE NÃO, JÁ QUE NÃO EXISTE, POR EXEMPLO, UM EFEITO PATRIMONIAL DESSA RELAÇÃO

Com isso, passou-se a perceber que, em determinados casos, em especial de recomposições familiares, havia genitores biológicos e socioafetivos exercendo papéis de pais e mães de modo concomitante. Quando tais casos começaram a chegar até o Poder Judiciário, a prevalência e a escolha de antes não mais caberiam para essas novas situações. Dessa busca, nasce a possibilidade jurídica da multiparentalidade, dando lugar a um parentesco e filiação inclusivos e não excludentes, admitindo-se pais biológicos e socioafetivos ao mesmo tempo. Permite-se, dessa forma, que o parentesco deixe de ser excludente, podendo, a depender do caso concreto, coexistir (PAIANO, 2016, p. 24).

A multiparentalidade vem aperfeiçoar a compreensão do parentesco e filiação, permitindo que o parentesco seja natural e civil, cabendo, inclusive, uma proposta legislativa de inclusão de um parágrafo primeiro no art. 1593, de forma a constar que “§ 1º O parentesco poderá ser natural e civil quando resultar de multiparentalidade” (PAIANO, 2016, p. 219).

O modelo até então existente, de se ter apenas um genitor no registro (monoparentalidade) ou dois (biparentalidade), modificou-se e é ampliado, para poder permitir que o filho tenha três ou até quatro genitores, em situações de multiparentalidade.

Como dito, a multiparentalidade é a possibilidade jurídica de se ter mais de dois genitores no registro, com vínculos biológico e socioafetivo (ou um duplo vínculo socioafetivo). Pode ser dividida em multimaternidade ou multipaternidade (PAIANO, 2016, p. 186-198). Casos de multimaterni-

dade podem ocorrer com duas mães (biológica e socioafetiva) e um pai (cita-se como exemplo casos de recomposições familiares, seja por viuvez e separação, ou também inseminações artificiais, caseiras ou não, em que o doador do material genético não seja anônimo), ou até mesmo três mães (casos de adoção por casal homoafetivo feminino com manutenção da mãe biológica em razão de grupos de irmãos). Os casos de multipaternidade de dois pais e uma mãe ocorrem também pelas recomposições familiares (novas uniões) ou em situações de traição (o marido/companheiro registra o filho e depois descobre que não é o pai biológico).

Em 2016, a doutrina já apontava outras ocorrências que poderiam gerar multiparentalidade: adoção; inseminação heteróloga por casais homoafetivos, mantendo-se o doador como não anônimo; adoção à brasileira, em que posteriormente o filho busca a inserção do genitor biológico; posse de estado de filhos dos filhos de criação (PAIANO, 2016, p. 177). Essas são circunstâncias exemplificativas das quais a multiparentalidade pode advir.

As ações em que se discutem os vínculos de filiação são muitas (em especial as de investigação de paternidade), mas foi no ano de 2012 que a multiparentalidade começou a ter seu reconhecimento por meio de decisões judiciais. Não existe nenhum impedimento legal para tal reconhecimento, e o fenômeno “vem reconhecer juridicamente situações que já existem de forma fática” (PAIANO, 2016, p. 176). Com isso, foi “possível vislumbrar-se a coexistência



de parentalidades, flexibilizando a certeza de que apenas uma é exclusiva e certa” (PAIANO, 2016, p. 172).

Três foram as ações ocorridas no ano de 2012 que desencadearam o reconhecimento da multiparentalidade no Brasil. A primeira delas ocorreu em Ariquemes (Rondônia), com a investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil em face do pai biológico e do pai registral. No caso, percebeu-se que a filha tinha como pai tanto o biológico como o socioafetivo, motivo pelo qual a multiparentalidade foi a melhor solução (RONDÔNIA, 2012).

No mesmo ano, na cidade de Itu, também ocorreu uma situação de multiparentalidade: a mãe da criança faleceu no parto, o pai casou-se novamente e a criança foi criada pela madrasta, que exercia o papel de mãe. Com isso, houve a possibilidade do reconhecimento (PAIANO, 2016, p. 188).

Ainda no ano de 2012, em Cascavel, no Paraná, em uma ação de adoção unilateral, prevaleceu a não destituição do poder familiar do pai biológico, mantendo-o ao lado do padrasto, reconhecido como pai socioafetivo (PARANÁ, 2013).

Em pesquisa realizada em 2016, apurou-se que, à época, 12 estados do Brasil já tinham decisões de multiparentalidade em seus tribunais, contando com 18 ações (PAIANO, 2016, p. 174-175). Hoje, conforme se mostrará adiante, as demandas de multiparentalidade são muitas e seu reconhecimento é algo mais aceito, em especial após o julgamento com repercussão geral da temática pelo Supremo Tribunal Federal, favorável ao reconhecimento.

Esclarece a doutrina que “a multiparentalidade é um fenômeno jurisprudencial e doutrinário, advindo de uma interpretação conforme, integrativa e expansiva, que permite o reconhecimento de mais de um pai ou mãe a uma mesma pessoa, de modo que conste em seu registro de nascimento as consequências desse reconhecimento” (PAIANO, 2016, p. 174 – 175) – as de ordem patrimonial e extrapatrimonial.

Com esse enfrentamento, os casos passaram a surgir em primeiro grau de jurisdição, chegaram aos tribunais estaduais, ao Superior Tribunal de Justiça e, finalmente, ao Supremo Tribunal Federal.

Como já dito, em decisões de primeiro grau de jurisdição, não havia abertura para a possibilidade de sair dos modelos tidos como padrões de monoparentalidade ou biparentalidade. Apenas com o amadurecimento do tema, a partir dessas decisões acima mencionadas, de 2012, que teve início, de forma ainda tímida, a multiparentalidade.

A título de exemplo, em uma busca livre em consulta ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o termo “multiparentalidade”, o primeiro julgado é de 8 de maio de 2017 (SÃO PAULO, 2017). No ano de 2018, os casos encontrados foram três. Em 2019 (busca em 4 de abril de 2022), 28 demandas estão relacionadas ao tema. Verifica-se, com essa pequena amostragem, que os antecedentes da tese praticamente não mencionavam a multiparentalidade.

No STJ, dois são os casos contrários à multiparentalidade. O primeiro foi julgado antes da fixação da tese pelo STF. Nesse julgado,



o STJ manteve apenas a filiação biológica (BRASIL, 2015)¹. Possivelmente, se o julgamento tivesse ocorrido após 2016, a multiparentalidade poderia ter sido admitida.

O segundo caso também não foi favorável e manteve o pai socioafetivo. No Recurso Especial 1674849/RS (BRASIL, 2018), o STJ refutou a possibilidade de se estabelecer a multiparentalidade tão somente pelo desejo da mãe, resguardando direito futuro da criança em investigar a paternidade e incluir o pai biológico².

Quando do julgamento do segundo caso no STJ, o STF já havia se posicionado favoravelmente à fixação da tese, mas o STJ não observou o preceito do Tema 622. Isto porque, ao mencionar que o pai biológico não tinha o desejo de figurar como pai e com isso não se deveria inseri-lo como tal, é como se a corte estivesse prestigiando uma conduta irresponsável de pais que não assumem seu papel. De tal sorte, ao permitir que apenas com a maioria o filho ingresse novamente com outra ação para inserir seu pai biológico no registro, afastam-se pai e filha por 18 anos ou mais. Quando o STF admitiu a inserção do pai biológico no registro do filho, com a admissão da duplicidade de vínculos, não foi estabelecida a inserção de vínculos biológicos desde que o afeto fosse demonstrado. Não houve ali nenhuma condição para tal ato. Discorda-se da decisão desse julgamento porque impediu a filha de ter reconhecida, desde o início da demanda, a inserção da filiação biológica.

Em termos gerais, Claudio Luiz Bueno de Godoy (2018, p. 618), analisando julgados do STJ, traz à baila a situação dos “filhos

JÁ ESCLARECIDAS AS ESPÉCIES
DE FILIAÇÃO E O CONTEXTO DO
SURGIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE
NO BRASIL, REITERA-SE, AQUI,
QUE A MULTIPARENTALIDADE É
A POSSIBILIDADE DE SE MANTER
TANTO A FILIAÇÃO BIOLÓGICA
COMO SOCIOAFETIVA NO
REGISTRO, SEM EXCLUSÃO OU
“ESCOLHA” DE ALGUMA DELAS

privados da ciência e contato com quem os gerou, por isso defendendo-se lhes deva depois ser assegurado não só o conhecimento dessa origem genética, mas, ainda, os efeitos patrimoniais que daí se extraem, próprios da filiação”. Essa reflexão trazida por Godoy encaixa-se no julgado acima, em que melhor sorte teria o filho se pudesse ter o reconhecimento do pai biológico e eventual convívio com este.

Por isso, acredita-se, aqui, que essa decisão, contrária ao estabelecido pelo STF, tenha sido assim por falta de um amadurecimento do significado da multiparentalidade na comunidade jurídica. Todos os demais casos (cinco) reconheceram os vínculos plurais de filiação. Percebe-se, assim, que, à medida que o assunto foi se sedimentando no âmbito jurídico, as decisões seguiram a determinação fixada no Tema 622.

O caso que levou o Supremo ao julgamento da temática teve origem em Santa Catarina



e, em resumo, era uma situação de filha com pai registral socioafetivo que pretendia sua substituição pelo biológico, com pedido de alimentos (SANTA CATARINA, 2011)³.

Enfim, como inúmeros eram os casos semelhantes em julgamento, havia um clamor social para uma definição sobre o assunto, em especial dos institutos de direito de família (IBDFAM e ADFAS – fosse pela sua permissão ou proibição). Assim, diante dos princípios constitucionais familiares previstos no art. 226 e seguintes da Constituição Federal, como o da paternidade responsável, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, a esse caso foi dada repercussão geral, gerando o Tema 622, autuando-o como Recurso Extraordinário 898.060. Na sequência, analisar-se-á criticamente o julgamento pelo STF com relação ao tema, observando os principais fundamentos dos votos, bem como seus aspectos doutrinários.

CABE LEMBRAR QUE A MULTIPARENTALIDADE É ESTABELECIDA PELA ANÁLISE DO CASO CONCRETO, EM QUE SE TEM UM GENITOR BIOLÓGICO E OUTRO, AO MESMO TEMPO, SOCIOAFETIVO (OU AMBOS SOCIOAFETIVOS). ENQUANTO O VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRA-SE PELO ELO AFETIVO ENTRE PAI/MÃE E FILHO, O VÍNCULO BIOLÓGICO COMPROVA-SE COM O EXAME DE DNA

2. A fixação da tese (STF, RE 898.060)⁴

Já esclarecidas as espécies de filiação e o contexto do surgimento da multiparentalidade no Brasil, reitera-se, aqui, que a multiparentalidade é a possibilidade de se manter tanto a filiação biológica como socioafetiva no registro, sem exclusão ou “escolha” de alguma delas. Essas demandas, estampando as novas e atuais relações familiares, começaram a ter procedência para inclusão de ambos os genitores no ano de 2012. Deu-se início, pela via jurisprudencial, à possibilidade jurídica da multiparentalidade, mudando, assim, os padrões até então estabelecidos (monoparentalidade ou biparentalidade).

Cabe lembrar que a multiparentalidade é estabelecida pela análise do caso concreto, em que se tem um genitor biológico e outro, ao mesmo tempo, socioafetivo (ou ambos socioafetivos). Enquanto o vínculo socioafetivo demonstra-se pelo elo afetivo entre pai/mãe e filho (que precisa ser construído ao longo do tempo), o vínculo biológico comprova-se com o exame de DNA.

No início, o tema sofreu resistência por parte da doutrina, gerando, inclusive, certa confusão, questionando se não seria o caso de apenas se conhecer a origem genética (art. 48 do ECA) como um direito da personalidade, sem inserir a paternidade/maternidade com suas consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais, ou se seria mesmo a situação de ser mantida a filiação com múltiplos vínculos parentais.

Foi, então, que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do caso



julgado em Santa Catarina, autuando-se o procedimento como Recurso Extraordinário 898.060. Entendeu-se pela afronta ao dispositivo constitucional – art. 226 e 227 da CF (princípio da paternidade responsável, igualdade jurídica dos filhos e pela violação do princípio da dignidade da pessoa humana). Existe no Brasil um número muito grande de ações que discutem a paternidade. Por isso, havia uma necessidade de analisar esse recurso com um olhar para esses novos núcleos familiares, remodelados, para que se tivesse uma tutela jurídica ampla, com o reconhecimento ou não de ambas as espécies.

Dito isso, passa-se, então, a analisar o entendimento prevalecente e os votos vencidos em seus principais aspectos, apontando em que medida tal decisão foi acertada ou não, quais os avanços dela decorrentes, para, finalmente, aferir a resistência doutrinária sobre o tema.

Os votos dos ministros não estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal e as considerações que serão mencionadas foram extraídas do inteiro teor do recurso extraordinário, disponível no site do STF, bem como do vídeo da votação disponível no site YouTube (PLENO..., 2016).

2.1 Do entendimento prevalecente

Do julgamento do RE 898.060, a tese fixada foi de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de

filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016).

A tese é inovadora porque rompe com o modelo tradicional de filiação e desvincula-se das amarras do passado, que foram calcadas em uma sociedade patriarcal excludente.

Decorre da tese que o reconhecimento da filiação biológica não é tão somente o conhecimento da origem genética, mas é também o estabelecimento do vínculo de filiação com esse genitor. Não cabe, a partir de então, escolher, a critério do julgador ou das partes, se o pai biológico deve substituir, excluindo o registral, ou se o pai biológico não deve ser inserido, já que se tem um pai registral. Com o Tema 622, abriu-se o caminho para que as inúmeras decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição, como também do STJ, sigam o padrão estabelecido, permitindo-se a inclusão do genitor que não conste no registro. Por consequência do reconhecimento, garantindo a igualdade jurídica dos filhos e a não hierarquização entre as espécies de filiação, os efeitos jurídicos são inatos: uma vez reconhecido como pai, surge para ele deveres dessa qualidade, de ordem patrimonial e extrapatrimonial.

Cabe aqui destacar quais premissas serviram de base para a fixação da tese: igualdade jurídica dos filhos; reformulações e expansão nos modelos familiares estipulados pelo legislador; pleno desenvolvimento das famílias em suas relações afetivas interpessoais; direito à busca pela felicidade (implícito no art. 1º, III, da Constituição Fe-



deral); necessidade de ampliação da tutela normativa a todas as formas de parentalidade com o acolhimento dos vínculos de filiação – afetivos e biológicos, sem necessidade de se decidir por um ou por outro; melhor interesse do descendente; possibilidade da pluriparentalidade no direito estrangeiro; e a premissa de que os arranjos familiares que não foram regulados pelo legislador não podem ficar desprotegidos por essa omissão legislativa, merecendo tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito (BRASIL, 2016).

O relator, ministro Luiz Fux, entendeu pela possibilidade das duas espécies de paternidade, nos termos da fixação da tese (BRASIL, 2016). Acompanharam o voto do relator os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello.

A tese da multiparentalidade não havia sido pedida pelas partes no processo, não era objeto da demanda. Na verdade, o pai biológico não queria figurar como tal – pretendia que o pai socioafetivo permanecesse no registro. A filha, por sua vez, queria a substituição da filiação socioafetiva pela biológica, e não a dupla paternidade. Todavia, conforme se pode aferir do acórdão da decisão já aqui colacionado, pai (socioafetivo) e filha “continuarão a se manter como pai e filha independentemente do resultado do processo judicial” (SANTA CATARINA, 2011).

Mesmo não tendo sido postulada a dupla paternidade, em seu voto, o relator, ministro Luiz Fux, entendeu pelo seu cabimento. Nesse sentido, afirma Fabíola Albuquerque

Lobo (2021, p. 80): “Foi dessa maneira que a multiparentalidade ingressou no sistema jurídico brasileiro, de modo surpreendente e inesperado, não só pelas incipientes doutrina e jurisprudência brasileiras, mas também por não ter sido objeto do pedido e dos recursos nesse caso paradigma”.

Sobre os votos favoráveis, salientam-se os seguintes pontos: a paternidade responsável⁵ e o dever de cuidado⁶, o contexto das famílias atuais, a possibilidade da dupla paternidade⁷, a importância do afeto e o direito à felicidade, o que valorizou esse novo paradigma de núcleo formador do conceito de família.

Os argumentos trazidos pelos ministros tiveram por base princípios constitucionais explícitos e implícitos, deveres legais decorrentes da paternidade e as características das famílias atuais que buscam a realização dos membros que a constituem.

Da síntese dos votos aqui referidos, os ministros foram favoráveis à tese do reconhecimento da multiparentalidade, evocando o princípio constitucional da paternidade responsável, não podendo o pai biológico fazer a escolha de querer ou não ser pai. Na verdade, as pessoas têm esse direito de ser ou não pais antes da concepção do filho. Mas, uma vez nascido, aí não se tem escolha, está-se diante de uma consequência jurídica desse nascimento – que é o dever de cuidado, assistência material e moral. No mais, quando se referem ao direito da felicidade, trazem à baila a discussão do contexto das famílias atuais, inclusiva e plural, que almejam sua realização plena.



A igualdade jurídica dos filhos está prevista no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, reproduzido no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no art. 1.596 do Código Civil. A categorização de filhos, a distinção de direitos e o não reconhecimento jurídico estão vedados legalmente em nosso ordenamento há tempos, sendo tal princípio reiterado em diversos dispositivos legais. Analisando o art. 227, § 6º, da Constituição, Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2021, p. 43) afirma que o dispositivo “põe fim à longa história de discriminações encontrada na legislação brasileira” e que “não se pode, neste momento da legislação pátria, permitir, ainda, discriminações e tratamento diferenciado que costumavam acontecer em outras épocas”.

Como já mencionado, serviu também de base para a decisão prevalente o princípio da paternidade responsável – art. 226, § 7º, da Constituição Federal, também previsto no Código Civil como consequência da proteção dos filhos (art. 1583 e seguintes) e do poder familiar (art. 1630 e seguintes). Ter filhos é um ato de escolha dos genitores (salvo exceções, como casos de violência sexual), inclusive o planejamento familiar é algo que cabe ao casal, de forma livre. Mas, uma vez que esses filhos são coloca-

dos no mundo, eles devem ter o reconhecimento (espontâneo ou não) dos pais, e isso já não é um ato de escolha, e sim uma obrigação que, se descumprida, possui consequências jurídicas. Por isso, defende-se aqui, da análise do caso levado ao STF, que a inserção do pai biológico no registro da filha não é uma faculdade, mas um dever, já que biologicamente o vínculo entre eles estava comprovado pelo exame de DNA. E como tal, decorre da paternidade responsável o dever de cuidado para com os filhos.

O que foi levado ao Supremo Tribunal Federal é se a corte continuaria a manter o embate entre a filiação biológica e a socioafetiva, tendo uma delas como preferencial, ou se avançaria na temática, permitindo o reflexo dessa concomitância para tantos outros casos que chegariam ao poder judiciário e trariam a mesma situação.

Pretende-se demonstrar que a família (e por consequência a paternidade/maternidade) precisa ser analisada não apenas sob o viés legalista, apenas por critérios biológicos, já que a família e a filiação são mais que isso. Existe o viés sociológico permeando as relações familiares e, na dinamicidade dessas relações, o direito estaria cometendo injustiças se tivesse que escolher uma das formas de parentalidade, razão pela qual o te-

O QUE FOI LEVADO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É SE A CORTE CONTINUARIA A MANTER O EMBATE ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA, TENDO UMA DELAS COMO PREFERENCIAL, OU SE AVANÇARIA NA TEMÁTICA, PERMITINDO O REFLEXO DESSA CONCOMITÂNCIA PARA TANTOS OUTROS CASOS QUE CHEGARIAM AO PODER JUDICIÁRIO E TRARIAM A MESMA SITUAÇÃO



EXISTE O VIÉS SOCIOLÓGICO
PERMEANDO AS RELAÇÕES
FAMILIARES E, NA DINAMICIDADE
DESSAS RELAÇÕES, O DIREITO
ESTARIA COMETENDO INJUSTIÇAS
SE TIVESSE QUE ESCOLHER UMA
DAS FORMAS DE PARENTALIDADE,
RAZÃO PELA QUAL O TEMA
NECESSITA DE AVANÇO, MESMO NÃO
TENDO SIDO O PEDIDO ESPECÍFICO
DAS PARTES NO CASO EM ANÁLISE

ma necessita de avanço, mesmo não tendo sido o pedido específico das partes no caso em análise. Por isso, há a defesa aqui sobre o fato de a tese vencedora ter sido acertada e merecer elogios diante de seu progresso, já que, no que concerne à filiação, permitiu avançar, pela via jurisprudencial, para o reconhecimento do que de fato já existia.

Anderson Schreiber (2021, p. 2126-2127), ao comentar a decisão do STF, afirma que essa foi “corajosa e ousada, na medida em que exprimiu clara ruptura com o dogma antiquíssimo, segundo o qual cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe”. Entende que o Supremo, ao adotar um modelo oposto ao da dualidade parental, calcado na “verdade” biológica, foi claro e objetivo em seu posicionamento (SCHREIBER, 2021, p. 2127). Segundo o autor, em um campo tão delicado como o da família, cercado de “pré-conceitos” de origem religiosa, social e moral (por vezes, moralista), o

STF adotou um posicionamento claro e objetivo, em sentido diametralmente oposto ao modelo da dualidade parental, consolidado na tradição civilista e construído à luz da chamada “verdade biológica” (LUSTOSA; SCHREIBER, 2016, p. 849).

Desse modo, diante das novas realidades familiares, não se trata de escolhas, mas sim de possibilidades de trazer, para o registro do filho, sua realidade de vida, sem suprimir parte de sua história, mas acrescentando-lhe um novo capítulo. Por isso, há a defesa da multiparentalidade como instrumento garantidor do direito de múltiplos vínculos parentais.

O STF deixou de lado uma análise superficial do problema e enfrentou a questão, trazendo uma abertura para o conflito de embates entre as espécies de filiação, de não mais uma prevalecer sobre a outra, mas sim pela sua coexistência. Porém, tudo o que muda radicalmente os padrões existentes por vezes incomoda, acarretando, como consequência, duras críticas da doutrina, conforme se verá adiante.

Sobre a análise da tese prevalecente, defende-se que, com sua fixação, permitiu-se evoluir no campo das filiações. Seu acerto não foi o de analisar o pedido posto pelas partes, mas de abrir os olhos da Justiça para as realidades familiares atuais, trazendo consequências jurídicas ao reconhecimento da multiparentalidade. Tanto é verdade que, em decorrência da sua possibilidade jurídica, mostrando o avanço da tese, providimentos foram editados pelo CNJ a fim de se permitir, inclusive, o reconhecimento espontâneo, em cartório, da multiparenta-



lidade. Tudo isso só foi possível porque o STF, como dito, enxergou as atuais modelagens familiares, reconhecendo a concomitância das formas de parentalidade.

2.2 Dos votos vencidos

Foram vencidas em parte as teses do ministro Luiz Edson Fachin (acompanhado pelo ministro Teori Zavascki) e a do ministro Marco Aurélio (STF. RE 898.060/SC). A tese defendida pelo ministro Fachin (STF. RE 898.060/SC) pretendia a prevalência da paternidade socioafetiva. Já a do ministro Marco Aurélio suscitou a prevalência do liame biológico (STF. RE 898.060/SC).

Primeiramente, será feita a análise do voto vencido do ministro Marco Aurélio. Afirmou que houve um erro substancial no registro da pessoa natural e que, por uma ficção jurídica, o pai afetivo passaria a ser pai biológico (PLENO..., 2016). Postulou pela prevalência do vínculo biológico.

Percebe-se, da exposição do voto do ministro, que, para ele, pai é o pai biológico. Em sua fala final, afirma: “por uma ficção jurídica, pai afetivo passa a ser pai biológico”. Assim, está na contramão de toda a evolução vivida no direito de família. A família, na atualidade, também está calcada em laços afetivos, construídos em seu cotidiano. Afirmar que pai afetivo passa a ser pai biológico é ir contra o próprio dispositivo legal que reconhece que o parentesco é natural ou civil. Muito se avançou e se construiu para que as amarras do passado, em que se reconheciam filhos apenas advindos de uma relação matrimonial, fossem rompidas. A igualdade jurídica dos filhos, prevista no texto constitucional, requer es-

sa concepção de pluralidade. E é por essa pluralidade que, na atualidade, não se pode mencionar que “pai socioafetivo passa a ser pai biológico”. São figuras distintas, mas que podem exercer o mesmo papel, a mesma função, a de pai. Mas, mesmo com suas origens distintas, tanto um quanto outro podem ser considerados pais. Por isso, hoje, dentro dessa concepção pluralista de família, ambas as origens de paternidade podem ser reconhecidas e admitidas, sem exclusão – como outrora acontecia, quando prevalecia a filiação biológica ou socioafetiva. Ou seja, atualmente, dá-se de modo concomitante e de acordo com a realidade vivida por determinadas famílias. Não se pode mais admitir o pensamento de que filiação está apenas relacionada aos laços biológicos. Por isso, a não prevalência do voto do ministro Marco Aurélio ocorreu de forma acertada.

A segunda tese vencida foi a do ministro Luiz Edson Fachin (acompanhado por Teori Zavascki). Pretendia estabelecer a prevalência da paternidade socioafetiva. Para Fachin, não era o caso de um conflito de paternidades, mas sim o direito de revelar a ascendência genética (sem o estabelecimento da filiação biológica) (PLENO..., 2016).

Chama-se aqui a atenção para dois pontos levantados pelo ministro: a prevalência da paternidade socioafetiva e a revelação do ascendente genético, de modo que o parentesco biológico pode ser estabelecido desde que inexista uma relação que a ele se sobreponha, podendo, apenas, ser estabelecida a multiparentalidade quando o pai biológico quer ser o pai e o pai socioafetivo não quer deixar de sê-lo.



Fazendo a análise desses pontos aqui levantados, percebe-se que o que a autora da demanda pretendia não era o conhecimento da origem genética. Foi além. A pretensão era o reconhecimento e inserção da paternidade biológica em seu registro, em substituição ao pai registral socioafetivo, em especial porque ela precisava de ajuda financeira para seguir com seus estudos. Mesmo porque, com o exame de DNA, a autora já sabia que o réu era seu pai biológico.

Não se tratava de fazer um paralelo com o direito de se conhecer a ancestralidade, previsto no art. 48 do ECA. O direito de saber a ascendência genética permite que o filho tenha revelada sua ancestralidade sem criar vínculos de parentesco. Esse direito realmente foi estabelecido para casos específicos de adoção que rompem os laços biológicos e não permitem uma reconstrução de parentesco com a família biológica. Para essas situações, então, o filho pode vindicar sua origem genética. Todavia, não era esse o objetivo da autora, que queria, sim, ter sua paternidade biológica descoberta para criação do vínculo de parentesco.

Enquanto o estado de filiação traz a qualidade de pai ao filho, o direito à ancestralidade, ou conhecimento da origem genética, permite que o filho tome conhecimento de quem é seu genitor, porém sem impor efeitos jurídicos ao pai biológico. Como dito, previsto no art. 48 do ECA, ele existe para que não se restabeleçam vínculos de parentesco com os pais biológicos. Inserir estado de filiação é trazer um pai para quem o vindica e, obviamente, suas consequências jurídicas.

Refuta-se aqui que o parentesco biológico possa ser estabelecido desde que inexistia uma relação que a ele se sobreponha. Não é o caso de sobreposições de vínculos parentais. Conforme dito anteriormente, diante da realidade plural de determinadas famílias, esses vínculos não são mais de sobreposições ou exclusões. São casos, sim, de reconhecimentos concomitantes. Primeiro porque desfazer o vínculo socioafetivo seria como apagar uma parte da história vivida por pai e filha, o que seria desleal tanto com um quanto com outra. Por outro lado, a filha buscava o estabelecimento da paternidade biológica por necessidade financeira, para poder custear seus estudos, e não permitir isso seria também negar dois direitos: o da paternidade e o dos alimentos.

Por isso, afasta-se o argumento levantado pela tese vencida de que a multiparentalidade só possa ser estabelecida quando o pai biológico quer ser o pai e o pai socioafetivo não quer deixar de sê-lo. Isso porque a grande realidade do Brasil, no que se refere às ações de investigação de paternidade, é a de que os pais biológicos não reconhecem espontaneamente seus filhos, necessitando das ações de investigação. Se a multiparentalidade fosse reconhecida apenas quando o pai biológico assim o desejasse, estar-se-ia prestigiando uma conduta de irresponsabilidade, ferindo o princípio da paternidade responsável. Durante período em que o pai biológico deixa de reconhecer seu filho, ele se exime de suas condutas de pai, sejam elas patrimoniais ou extrapatrimoniais, o que é muito cômodo.



De acordo com o ministro Fachin, fica a critério do pai esse estabelecimento ou não, por conta da existência de um vínculo socioafetivo já firmado. Cabe aqui lembrar uma observação feita por José Luiz Gavião de Almeida, sobre desigualdades fáticas e os filhos ainda não reconhecidos, com relação aos seus efeitos jurídicos. Afirma Gavião que, em casos de desigualdade fática, seria impossível sua extinção, uma vez que, por exemplo, filhos não vindos de casamento não podem ter o reconhecimento automaticamente estabelecido, necessitando de perfilhação voluntária ou judicial (PAIANO, 2016). Os efeitos jurídicos da paternidade só têm início com o reconhecimento estampado em registro.

Assim, a tese por ele proposta, a qual é a de que “diante da existência de vínculo socioafetivo com um pai e vínculo apenas biológico com outro genitor, ambos devidamente comprovados, somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente, gerando vínculo parental e os direitos dele decorrentes, assegurado o direito personalíssimo à revelação da ascendência genética” (PLENO..., 2016), foi vencida, sendo acompanhada apenas pelo ministro Teori Zavascki.

Para os adeptos dessa teoria, explica Michele Camacho (2020, p. 142) que “o ascendente genético não pode ser considerado como pai, já que não exerceu a paternidade em sua plenitude, com todo ofício que lhe é inerente”. Se assim o fosse, não se teria mais pai, mas muitos “ascendentes genéticos” se eximindo de suas responsabilidades.

Admitir tal tese seria, novamente, retroceder às formas de exclusão de filiação. Já que não existe hierarquia entre as espécies

de filiação, também não pode haver hierarquia entre as espécies de paternidade. O vínculo socioafetivo não é mais ou menos importante que o biológico. Sua imposição jurídica em detrimento do biológico é negar parte da história de vida da autora e deixá-la no esquecimento. Por isso, entende-se que a melhor decisão nesses casos de dupla paternidade seja o reconhecimento de ambas, espelhando a história de vida desse filho que vivencia tal situação.

3. Dos efeitos do julgamento

A filiação tem por base o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, os quais não podem ser discriminados, independentemente do vínculo que os une aos seus genitores. A base legal está prevista no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1596 do atual Código Civil.

NÃO EXISTINDO HIERARQUIA ENTRE AS ESPÉCIES DE FILIAÇÃO, TAMBÉM NÃO PODE Haver HIERARQUIA ENTRE AS ESPÉCIES DE PATERNIDADE. O VÍNCULO SOCIOAFETIVO NÃO É MAIS OU MENOS IMPORTANTE QUE O BIOLÓGICO. SUA IMPOSIÇÃO JURÍDICA EM DETRIMENTO DO BIOLÓGICO NEGA PARTE DA HISTÓRIA DE VIDA. POR ISSO, ENTENDE-SE QUE A MELHOR DECISÃO NESSES CASOS DE DUPLA PATERNIDADE SEJA O RECONHECIMENTO DE AMBAS



Trata-se de um avanço na aproximação entre o direito e a realidade social, concretizando o princípio da igualdade jurídica entre os filhos e vedando a hierarquização entre os critérios de filiação (SCHREIBER, 2016). Sobre a impossibilidade de hierarquização entre as espécies de filiação, afirma Godoy (2018, p. 616) que filhos são filhos, quer tenham ou não vínculo genético com seus pais.

Percebe-se, na atualidade, uma grande remodelação dos modelos familiares, em que as pessoas buscam a realização plena. Nesse contexto, a multiparentalidade emerge dessas situações, de filhos ou pais que querem trazer isso às suas vidas. Com ela, passou-se a admitir, por meio de uma circunstância fática, que alguém tenha laços biológicos e socioafetivos de filiação ao mesmo tempo, demandando seu reconhecimento jurídico – seja judicial ou extrajudicial. Pode-se afirmar que “as novas formas de família possibilitaram um novo rumo nas relações de parentalidade e filiação, passando-se de um modelo estritamente estanque para uma visão multiplicadora, onde se tenta adequar as novas formas de filiação à realidade contemporânea” (LOUZADA, 2019, p. 30).

Em decorrência disso, esses filhos poderão ter inserido em suas certidões “o nome daquelas que elas reconhecem como pais, que as criaram, sem que isso importe na reti-

rada da filiação de sua genitora biológica ou na perda dos vínculos com os parentes desta” (CORREIA, 2020, p. 99).

A filiação agora não mais admite uma escolha preferencial pela biológica ou socioafetiva. É cabível que ambas sejam reconhecidas ao mesmo tempo, sem a hierarquização de outrora. Por isso, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, com tese de Repercussão Geral (Tema 622), reconhecendo-se sua possibilidade jurídica.

Explica Michele Camacho (2020, p. 178) que “é um instrumento encontrado pelo Estado para regulamentar a multiplicidade de relações paterno-materno-filiais já existentes, independentemente do vínculo que as formou” (em especial para formação do vínculo biológico, que não exige uma construção socioafetiva sobre ele) “e evocar àqueles que se furtam de seu dever constitucional da paternidade responsável, com o intuito de proteger o filho para que alcance seu pleno desenvolvimento físico e psicossocial” (CAMACHO, 2020, p. 178).

Embora a doutrina reconheça essa necessidade de proteção jurídica aos filhos, no que se refere à multiparentalidade, a sua possibilidade jurídica nasceu pela via doutrinária e jurisprudencial (hoje, também, na via extrajudicial), mas ainda não ingressou,

EMBORA A DOCTRINA RECONHEÇA ESSA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO JURÍDICA AOS FILHOS, NO QUE SE REFERE À MULTIPARENTALIDADE, A SUA POSSIBILIDADE JURÍDICA NASCEU PELA VIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL (HOJE, TAMBÉM, NA VIA EXTRAJUDICIAL), MAS AINDA NÃO INGRESSOU, POR LEI, NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO



por lei, no ordenamento jurídico pátrio. É pertinente a observação de que a multiparentalidade “é uma realidade de vida, cuja complexidade o direito não conseguiu lidar satisfatoriamente até agora, em nenhum país do mundo” (LÔBO, 2021).

Verifica-se que o direito de família, sensível às alterações de comportamentos e valores sociais, também se altera à medida que essas relações vão sendo modificadas. Na esteira desse pensamento, afirma Maria Rita de Holanda Oliveira (2015) que, “na atualidade, identificamos dois fatos jurídicos que podem dar ensejo à relação entre os sujeitos do liame do parentesco de filiação: o fato biológico do nascimento e o fato social da convivência familiar”, além da adoção e das técnicas de reprodução assistida, de modo que “tal complexidade implicará na necessidade de novas qualificações normativas, máxime com relação à paternidade e maternidade, não apenas qualitativamente como também quantitativamente” (OLIVEIRA, 2015).

Uma vez que esses vínculos foram reconhecidos, efeitos jurídicos são produzidos – patrimoniais e extrapatrimoniais. Nesse sentido, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2018, p. 945-946) afirmam que a multiparentalidade é “a possibilidade de o filho possuir dois pais ou duas mães reconhecidos pelo Direito, o biológico e o socioafetivo”, produzindo efeitos jurídicos com relação a todos eles.

Assim, a doutrina se divide entre os que são favoráveis à multiparentalidade (por todo argumento aqui já lançado) e os que a criticam, em especial com relação aos efei-

tos patrimoniais. É exatamente no ponto dos efeitos jurídicos que existe uma preocupação exacerbada por parte da doutrina, tentando trazer requisitos para configuração da multiparentalidade ou, então, uma tentativa de negar seus efeitos jurídicos.

Para a configuração do vínculo socioafetivo, é necessário, no decorrer do tempo, mostrar-se presente na vida das partes. Com relação a essa caracterização, não se vislumbram maiores problemas. Todavia, no que se refere à configuração do vínculo biológico, alguns entendem a necessidade de não apenas demonstrar o parentesco pelo DNA, mas também por algo a mais, como um estreitamento de laços.

Esse poderia ser o primeiro contraponto entre a doutrina e a jurisprudência. No caso anteriormente mencionado, julgado pelo STF, o pai biológico não queria ser reconhecido porque a filha já tinha um pai registral socioafetivo, e o Supremo entendeu que, uma vez pai, deve-se arcar com as consequências jurídicas do ato, assumindo suas responsabilidades. Não se exigiu nada além do exame pericial para a configuração do vínculo biológico. Por isso, na atualidade, qualquer exigência a mais para a formação do parentesco biológico vai contra o entendimento fixado pelo STF e, conseqüentemente, sua admissão ensinaria em estímulo a uma paternidade irresponsável, o que feriria o melhor interesse do filho.

Certamente, a multiparentalidade é uma quebra de paradigma no que se refere aos padrões de filiação. Sair da monoparentalidade ou biparentalidade para a multiparentalidade muitas vezes gera desconfianças por parte da



sociedade. É claro que, quanto mais pessoas participarem de um núcleo familiar, poderá haver mais desentendimentos. Todavia, não se pode, por esse motivo, permitir que filhos que não foram reconhecidos por seus pais permaneçam por eles desamparados por conta de eventuais problemas práticos.

Discorda-se do entendimento de que caberia, na multiparentalidade, um cuidado pelo intérprete quando da aplicação do enunciado jurisprudencial.

Mais uma vez, aqui, essa ressalva ou cuidado, ao se aplicar a multiparentalidade, é colocar requisitos que o julgador não impôs. Alguns exigem cuidado para que a multiparentalidade não seja apenas requerida para efeitos patrimoniais, pois seu reconhecimento pode não ser benéfico ao filho e à sociedade, questionam se esse seria o modelo ideal de parentalidade e filiação (MALUF; MALUF, 2018, p.947-948).

Este trabalho defende que, mesmo para efeitos meramente patrimoniais, nos casos de busca pelo reconhecimento do vínculo biológico, este deve sim ser formado. Negá-lo é negar a realidade de quem o vindica e, conseqüentemente, seus efeitos.

Uma das principais resistências à aceitação da multiparentalidade é a questão sucessória. Para muitos, parece injusto que o filho possa receber herança de mais de dois genitores. Nesse aspecto, cabe apenas tomar cuidado para o reconhecimento socioafetivo *post mortem*, já que o suposto pai falecido não fez o reconhecimento em vida. No mais, no que concerne ao estabelecimento do vínculo biológico, não há por que não se permitir tal direito, mesmo que o intuito

do reconhecimento seja meramente patrimonial. Afinal, é filho.

Outra discussão que a doutrina traz é com relação à guarda, visitas e alimentos. Observam Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2018, p. 949-950) que os problemas poderiam ser duplicados. Assim, questionam se isso atenderia ou não ao melhor interesse do filho, se a possibilidade de pensão alimentícia duplicada não estimularia o ócio, entre outras coisas. Refletem ainda sobre possível emancipação voluntária, exercício do poder familiar, administração de bens do filho e reparação civil por atos praticados pelo filho.

Realmente, conforme mencionado, diante da existência de vínculos parentais plúrimos, essas questões podem surgir, porque quanto mais pessoas envolvidas em uma discussão familiar, maior pode ser o conflito.

A doutrina já antecipa os problemas que podem surgir das situações de multiparentalidade, conforme se pode aferir da pesquisa jurisprudencial levantada e da leitura da bibliografia até então realizada. Todavia, em termos jurisprudenciais, a discussão ainda está em uma etapa inicial, qual seja a inserção do pai biológico no registro, em sua maior parte.

Concorda-se que, após o estabelecimento do vínculo parental, essas questões atinentes à guarda, visita, alimentos, poder familiar e herança serão, sim, um desdobramento natural da multiparentalidade. No entanto, essas questões não podem ser uma barreira ao seu reconhecimento. Conflitos de natureza existencial ou patrimonial podem surgir, tenham os filhos multiparentalidade ou não. Não é a multiparentalidade em si o proble-



ma. Negar o seu reconhecimento por conta de discussões futuras é negar a realidade de vida de algumas pessoas, acarretando um retrocesso no campo do direito de família.

Feitas essas considerações sobre a evolução do tema tanto na via doutrinária como na jurisprudencial, pretende-se, em próximo artigo, analisar a multiparentalidade na via extrajudicial, examinando os provimentos concernentes ao tema e dados estatísticos, mostrando o avanço do tema para a esfera extrajudicial e a utilidade prática do instituto.

Conclusão

Pode-se concluir que as mudanças sociais refletem diretamente no direito, em sua evolução. Um desses reflexos foi o de novas remodelagens familiares, que alterou a forma de se reconhecer filhos, permitindo que, hoje, os filhos possam ter três ou mais genitores, ou seja, a denominada multiparentalidade.

O caminhar desse novo instituto teve início no ano de 2012 com os três primeiros casos aqui já mencionados. Aos poucos, outras situações ensejaram seu reconhecimento, até que, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o tema em repercussão geral (RE 898.060).

Na situação em concreto, permitiu-se a inclusão do genitor biológico sem a exclusão do

pai registral (socioafetivo) e, por consequência desse reconhecimento, os efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais dele advindos.

Nos votos, a tese vencedora acolheu os argumentos aqui trazidos. Uma das teses vencidas postulava pela prevalência de conhecimento da origem genética (que não era o caso) e a outra, de que se mantivesse apenas o pai biológico.

Trata-se de um avanço porque, até então, prevalecia a manutenção de apenas um genitor – fosse o biológico ou o socioafetivo. Uma parte da história de vida do filho restaria prejudicada com a exclusão ou não inclusão de um dos genitores.

De início, a temática sofreu críticas pelo seu reconhecimento, em especial por conta de aspectos patrimoniais – sucessórios e de direito aos alimentos. Mas, defende-se aqui uma real evolução do tema, de maneira a acolher novas realidades e modelos familiares, sem prejudicar e afastar um lado da história de vida desses filhos.

Que o direito possa servir, cada vez mais, para ser instrumento de proteção de filhos, alargando e tutelando novas roupagens de filiação, sem categorizações, dissociando-se do estado civil dos pais e da maneira de como esses filhos serão gerados. ■

PODE-SE CONCLUIR QUE AS MUTAÇÕES SOCIAIS REFLETEM DIRETAMENTE NO DIREITO, EM SUA EVOLUÇÃO. UM DESSES REFLEXOS FOI O DE NOVAS REMODELAGENS FAMILIARES, QUE ALTEROU A FORMA DE SE RECONHECER FILHOS, PERMITINDO QUE, HOJE, OS FILHOS POSSAM TER TRÊS OU MAIS GENITORES, OU SEJA, A DENOMINADA MULTIPARENTALIDADE



Notas

1. Daniela Braga Paiano. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora convidada na Pós-Graduação da Universidade Estadual de Londrina – Civil e Processo Civil.

O caso retrata uma filha que pretendia anular o registro civil para excluir o pai socioafetivo e incluir o biológico. Porém, como não teve a manifestação do pai socioafetivo, o STJ entendeu pela sua exclusão e inclusão do biológico, não possibilitando a multiparentalidade.

2. Questionava-se a filiação de um filho havido de uma relação extraconjugal, se deveria ser mantida a filiação registral (socioafetiva) ou a biológica. Ação de investigação de paternidade cumulada com retificação de registro de nascimento.

3. Ver Apelação Cível 2011.027498-4, TJSC.

4. Ementa do RE 890.060/SC: Ementa: Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito civil e constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do direito de família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico – político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos preconcebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hie-

rarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.

5. Para o ministro Gilmar Mendes, o pedido do pai biológico em reconhecer-se como tal, mas negar os efeitos jurídicos, é uma “dose de cinismo manifesta”, estimulando o que é recorrente: pais não querem assumir suas responsabilidades. [...] A concordância prática da multiparentalidade leva a uma maior proteção do filho, e assim o ministro destacou a importância do estudo feito em 1978 pelo professor João Baptista Villela sobre a desbiologização da paternidade.

6. Cármen Lúcia explicou que o que se busca, além da felicidade, é o afeto em todas as relações, levando o Direito a trabalhar com categorias como a paternidade responsável.

7. Ressaltou que o ministro relator trouxe o direito comparado e que isso já havia sido decidido nos Estados Unidos desde 1989, na Louisiana. Desde 2005, o Estado da Louisiana foi o primeiro Estado da Federação americana a reconhecer a dupla paternidade. Para ele, a dupla paternidade garante a concretude do que está expresso nesse dispositivo constitucional e encontra respaldo no art. 229 da Constituição Federal, ao mencionar o dever dos pais com relação aos filhos, a paternidade responsável. Não faz a Constituição nenhuma distinção entre pai afetivo ou biológico, mas menciona apenas “pai”.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal da Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1333086/RO. Ação declaratória de inexistência de filiação e anulatória de registro público. Duplo registro de paternidade. Multiparentalidade. Pai socioafetivo. Ausência de manifestação nos autos. Demonstração de interesse em figurar na certidão de nascimento do menor. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 6 de outubro de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MULTIPARENTALIDADE&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 5 out. 2021.



BRASIL. Supremo Tribunal da Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1674849/RS. Ação de investigação de paternidade c/c retificação de registro de nascimento. Filho havido de relação extraconjugal. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MULTIPARENTALIDADE&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 5 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898060/SC. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em: 1 out. 2021.

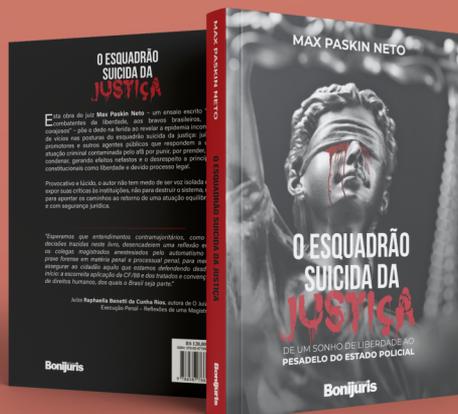
CAMACHO, Michele. Multiparentalidade e efeitos sucessórios. São Paulo: Almedina, 2020.

CORREIA, Emanuelle A. Os elementos caracterizadores da multiparentalidade. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. In: SALOMÃO, Luis Felipe. TARTUCE, Flávio (coord.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018.

O ESQUADRÃO SUICIDA DA JUSTIÇA

MAX PASKIN NETO



Max Paskin Neto põe o dedo na ferida ao revelar a epidemia incontida de vícios do esquadrão suicida da justiça: juízes, promotores e agentes públicos que respondem a uma atuação criminal contaminada pelo afã por punir, prender e condenar, gerando efeitos nefastos e o desrespeito a princípios constitucionais.

ADQUIRA AGORA

Clique aqui

- LOBO, Fabíola Albuquerque. *Multiparentalidade: efeitos no direito de família*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOUZADA, Flávio Gonçalves. *O reconhecimento da multiparentalidade pelo STF: o interesse patrimonial em detrimento do afeto?* Curitiba: CRV, 2019.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional: declínio de um instituto em razão do avanço das técnicas de gestação por substituição*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. *A multiparentalidade e seus limites*. In: ARAÚJO, Ludmila Albuquerque Douettes; TOLEDO, Iara Rodrigues de; ESCANE, Fernanda Garcia. (org.). *A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI*. 23. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015. v. 23, p. 36-63.
- PAIANO, Daniela Braga. *O direito de filiação nas famílias contemporâneas*. 2016. 292 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- PARANÁ. *Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Cascavel/Pr*. Autos n. 0038958-54.2012.8.16.0021. Vistos e examinados estes autos de ação de Adoção promovida por E. A. Z. J., brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliada na Rua XX, nº 00, bairro YY, Cascavel-PR. Juiz: Dr. Sérgio Luiz Kreuz, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: SENTENCA_DUPLA PARENTALIDADE INICIAIS.pdf (flaviotartuce.adv.br). Acesso em: 4 abr. 2022.
- PLENO: paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico. Brasília, 2016. 1 vídeo (2 horas). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0Dd-VbE>. Acesso em: 19 out. 2021.
- Rondônia. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n. 0012530-95.2010.8.22.0002. Juíza de Direito: Deisy Crithian Lorena de Oliveira Ferraz. Decisão: 13 mar. 2012. Disponível em: <http://www.tjro.jus.br/appg/servlet/docAssinado?seqProcessoDigital=137355&cdComarca=2&nrMov=39>. Acesso em: 19 jan. 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.027498-4. Apelação cível com pedido de análise preliminar de agravo retido e agravo de instrumento [...]. Relator: Luiz Fernando Boller, 22 de setembro de 2011a. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 9 fev. 2022.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Conflito de competência cível 0040236-38.2016.8.26.0000. Ação de Reconhecimento de Multiparentalidade cumulada com Alteração do Registro Civil. Vara dos Registros Públicos. Competências previstas no artigo 38 do Decreto-Lei Complementar nº 03 [...]. Relator: Ademir Benedito, 8 de maio de 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3444894/mod_resource/content/1/TJSP%20-%20estado%20das%20pessoas%20naturais%20-%20202.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022.
- SCHREIBER, Anderson. LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade*. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/issue/view/421>. Acesso em: 15 set. 2021.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.



COLEÇÃO

Helena Kolody



ADQUIRA AGORA
ATRAVÉS DO
QR CODE

CANAIS DE VENDA:



41 3323 4020



0800 645 4020



www.livrariabonijuris.com.br

MOEDA DIGITAL DO BANCO CENTRAL (*CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCY* – CBDC): ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À SUA EMISSÃO E AO DIREITO À PRIVACIDADE

Por **LUIZ EDUARDO GALVÃO MACHADO CARDOSO**¹
Procurador do Banco Central



Com **Leandro Sarai**²
Procurador do Banco Central



Um dos principais papéis do direito é traduzir as decisões democraticamente tomadas quanto a políticas públicas em normas adequadas e compatíveis com o ordenamento vigente. O direito econômico, a propósito, instrumentaliza as decisões da política econômica e monetária em termos jurídicos.

É nesse contexto que se insere o presente artigo, ao tratar dos grandes desafios jurídicos trazidos pela moeda digital do banco central (*Central Bank Digital Currency* – CBDC) – que aqui no Brasil tende a ser denominada de “real digital” –, dos quais se destacam para efeito de exame a necessidade de lei para sua emissão e a compatibilização desse instrumento com o direito à privacidade, especialmente do ponto de vista da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

O objetivo deste artigo é, essencialmente, analisar aspectos jurídicos que se relacionam com a criação e emissão de CBDC, passando, naturalmente, pela própria descrição do instituto, sem o que haveria dificuldade de compreensão das questões jurídicas neste trabalho enfrentadas.

Os aspectos jurídicos são essencialmente aqueles relacionados à eventual necessidade de mudanças legislativas para autorizar o Estado brasileiro a criar e emitir CBDC e à questão da proteção da privacidade.

Quanto a este último ponto, serão examinados que tipos de entrave a Lei 13.709, de

14 de agosto de 2018 (LGPD), opõe à existência e utilização da CBDC, se é possível a coexistência dessa moeda digital com o referido diploma legislativo e, também, a eventual conveniência de se estabelecerem normas específicas para regular a privacidade no que tange à utilização e circulação do real digital.

A CBDC é novidade que vem sendo intensamente estudada por bancos centrais de todo o mundo e que, possivelmente, e por variadas razões, representará uma tendência a ser implementada por inúmeros países.

Não há modelo único de CBDC. Os países vêm fazendo estudos, projetos-piloto e testes utilizando vários modelos³. Entre eles, pode-se citar, por exemplo, aqueles que usam instituições intermediárias para possibilitar a aquisição e utilização de CBDC pelo usuário e aqueles que preveem relacionamento diretamente entre banco central e usuário final.

1. Breve descrição e contextualização da adoção das CBDCs

Do ponto de vista jurídico, as questões legais relativas à moeda digital do banco central (CBDC) variam de país para país, mas em geral elas envolvem: (1) a classificação legal da CBDC no varejo; (2) a autoridade do Banco Central para emitir CBDC; (3) os conceitos de liquidação e finalidade de pagamento em um sistema de CBDC de vare-



jo; (4) a governança de dados, privacidade e anonimato em um sistema CBDC de varejo; (5) a eventual imposição de restrições quanto ao volume detido; (6) o acesso de não residentes a uma CBDC de varejo; (7) as responsabilidades potenciais dos participantes de um sistema de CBDC de varejo; e (8) as questões regulatórias de concorrência e relativas à prevenção à lavagem de dinheiro e ao combate ao financiamento ao terrorismo (Bank for International Settlements, 2023, p. 5-6).

Para o presente artigo, como mencionado, o foco estará na necessidade ou não de edição de lei para possibilitar a emissão da CBDC e a compatibilidade desse instrumento com o direito à privacidade, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro.

A CBDC é uma moeda exclusivamente digital, sem lastro em papel-moeda ou qualquer outro ativo, emitida por banco central, utilizando, na maior parte dos casos, tecnologia do tipo *blockchain*.

A filosofia subjacente às criptomoedas, como o bitcoin, é permitir um sistema digital de transferência de valor que opere com um mínimo de intermediação por terceiros (ANDOLFATTO, 2021, p. 346). A CBDC opera, em princípio, com essa mesma lógica, embora haja mais de um modelo em estudo.

As CBDCs, em síntese, são ativos digitais emitidos pelo Estado e garantidos pelo respectivo Banco Central, têm curso legal no país e representam um direito contra o próprio Banco Central. As CBDCs são consideradas uma resposta ao surgimento,

à popularidade e à notoriedade de moedas digitais descentralizadas, como bitcoin e ethereum (AHMAR, 2021).

No entanto, a CBDC não se confunde com o dinheiro depositado em banco por força de contratos de depósito bancário.

Muito embora a percepção corriqueira das pessoas seja a de que elas são proprietárias dos valores depositados em contas bancárias, sob a perspectiva jurídica não é isso o que acontece.

Quando o indivíduo faz um depósito bancário, ele entrega ao banco a propriedade do dinheiro e este último, por sua vez, torna-se devedor do depositante no mesmo montante depositado (podendo haver remuneração adicional, conforme previsão contratual).

Portanto, ao realizar um saque em conta-corrente, o correntista não está retirando um dinheiro seu que ficou “guardado” no banco, mas sim sendo pago, pelo banco, por uma dívida que este último assumiu quando recebeu o depósito. De fato, o contrato de conta-corrente possui em comum com o contrato de depósito o fato de o correntista poder retirar a qualquer momento o valor depositado e a possibilidade de remuneração do depositário. Todavia, possui em comum com o contrato de mútuo o fato de a propriedade do valor depositado ser transferida ao depositário, a possibilidade de remuneração do depositante e a fungibilidade do bem depositado.

Com a CBDC, o caso é diferente: independentemente do modelo que se adote, ela é sempre garantida pelo Banco Central. Essa



garantia assegura que não haverá risco de crédito, algo que nos contratos de conta-corrente pode ocorrer, caso o depositário não tenha à disposição recursos suficientes para cumprir os requerimentos de saque. A CBDC é um direito do proprietário contra o próprio Banco Central, não contra eventual instituição financeira intermediária (que pode existir ou não, a depender do modelo de moeda digital de banco central que se adote).

É preciso deixar claras as razões – ou, pelo menos, aquelas mais conhecidas até o momento – que motivam a busca pela implementação da CBDC. São elas: (1) o uso da moeda digital como meio de pagamento; (2) sem inovação contínua e competição para dar eficiência ao sistema de pagamentos de uma determinada jurisdição, os usuários poderão adotar instrumentos ou meios de pagamentos menos seguros⁴; (3) barateamento das operações de pagamento; (4) controle e fiscalização de práticas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (Bank for International Settlements, 2021, p. 2).

Veja-se, portanto, que, num cenário em que há, pode-se dizer, difusão do uso de criptomoedas (como bitcoin, ethereum e tantas outras), existe a necessidade de os Estados nacionais buscarem ocupar esse nicho tecnológico. Isso, entre outras razões, para que não percam espaço para meios alternativos privados de pagamento que possam vir a ocupar a estratégica posição do poder público como emissor de moeda⁵.

A lógica é a seguinte: com o avanço vertiginoso da tecnologia, a criação cada vez mais

numerosa de instrumentos de pagamento e a consolidação das criptomoedas privadas, as pessoas tendem a buscar os meios de pagamento que melhor atendam às suas necessidades (isso sem falar no caráter especulativo dos criptoativos, que os transformam não somente em reserva de valor, mas também em opção de investimento).

Dessa maneira, ou o poder público busca uma maneira de oferecer opção com as mesmas facilidades práticas e tecnológicas para ocupar o espaço que vem sendo conquistado por esses instrumentos e ativos privados, ou poderá suportar consequências negativas quanto à utilização dos meios de pagamento, com possíveis reflexos na economia e em outras atividades estatais relevantes (como segurança pública, prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo etc.).

Como já mencionado, há mais de um modelo de CBDC em estudo.

O primeiro é chamado de modelo de uma camada (*one-tier approach*) e consiste basicamente na manutenção de conta, pelo usuário da moeda digital, diretamente no Banco Central (Andolfatto, 2021)⁶. Ou seja, o relacionamento é estabelecido diretamente entre a autoridade monetária e a pessoa física ou jurídica que utilizará a moeda, o que não é possível atualmente aqui no Brasil com a legislação atual.

Fala-se também em um modelo de duas camadas (*two-tier approach*), no qual o “acesso direto à CBDC é restrito a um grupo de intermediários – presumivelmente bancos, mas podendo haver entidades de



outra natureza com esse papel – que irão viabilizar as comunicações entre os usuários e o Banco Central” (Andolfatto, 2021, p. 346, tradução livre)⁷.

De uma maneira ou de outra, a CBDC seria sempre uma responsabilidade do Banco Central.

2. Da necessidade de lei à criação de CBDC

Questiona-se se a criação de CBDC no Brasil demandaria a edição de lei que prevísse expressamente a emissão e circulação da referida moeda digital ou se o regramento jurídico atual já seria suficiente para esse desiderato.

Para resposta a essa pergunta, é preciso, inicialmente, perscrutar as normas brasileiras que cuidam da emissão de moeda, particularmente aquelas definidoras de competência para esse mister.

Nesse sentido, a Constituição Federal atribui à União a competência para emitir moeda⁸, sem descer a minúcias sobre o tema.

O artigo 164, caput, da carta da república, por seu turno, dispõe que a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

De particular importância para a presente análise é o artigo 10, inciso I, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964⁹, que dispõe ser competência do Banco Central a emissão de moeda-papel e moeda metálica.

Não há, como é evidente, nenhuma referência à moeda digital ou a algo que se lhe assemelhe.

Mas essa é uma conclusão bastante óbvia, uma vez que, ao tempo da edição da lei – ano de 1964 –, não se fazia a mínima ideia do futuro surgimento desses novos instrumentos digitais.

Uma alternativa a essa questão seria utilizar regras de hermenêutica para interpretar a norma de competência para emissão de papel-moeda e moeda metálica como abrangente o suficiente para abarcar também a emissão da moeda digital. Pode-se sustentar que a menção a papel-moeda e moeda metálica não teria objetivado proibir outras formas de moeda, mas abranger aquelas conhecidas e largamente utilizadas à época, que eram apenas as duas citadas.

Nesse sentido, o argumento seria no sentido de que o legislador não previu a edição de CBDC porque não lhe era possível fazer tal previsão, dado que a tecnologia disponível à época não oferecia qualquer sinal da futura implementação dessa inovação tecnológica.

Assim sendo, se o legislador pudesse vislumbrar a futura existência das moedas digitais, teria feito a previsão legal para sua emissão pelo Banco Central do Brasil.

Essa é uma linha de interpretação possível, mas que cede quando em confronto com vertente hermenêutica mais conservadora.

Primeiro, dadas as características próprias – e bem peculiares – da CBDC, não parece correto concluir simplesmente que o legislador teria autorizado sua emissão, à época, se pudesse prever o estado atual do avanço tecnológico. As particularidades da CBDC justificariam uma reflexão apartada e por-



menorizada sobre a conveniência da implementação da moeda digital, não sendo correto estender a manifestação de vontade do legislador para essa específica hipótese de emissão monetária.

Outro argumento, que se liga ao primeiro, mas dele é independente, é o seguinte: para que haja segurança jurídica quanto às diversas questões que decorrem da adoção da CBDC, é preciso tratamento jurídico específico relativamente a elas.

Usar, simplesmente, regramento genérico que nem remotamente cuida de aspectos de extrema relevância atinentes à moeda digital representaria grave insegurança jurídica, comprometendo, inclusive, os objetivos que levam à própria criação da CBDC. Sabe-se que a falta de parâmetros e regramentos jurídicos claros é um grande dissipador de eficiência de mercado, na medida em que os agentes econômicos evitarão condutas que lhes imponham riscos jurídicos ou poderão até assumir os riscos, mas irão precificá-los, aumentando os custos gerais de toda a cadeia econômica.

Por essa razão, parece bastante claro que o regramento jurídico atualmente existente no Brasil sobre emissão de moeda é insuficiente para permitir a criação de uma CBDC.

Muitas são as questões que precisam ser reguladas para essa finalidade.

Começa-se pela necessidade de se estabelecer o modelo a ser seguido, descrevendo todos os seus detalhes. Nesse sentido, deverá o legislador brasileiro decidir se haverá relação direta entre usuário e Ban-

USAR, SIMPLEMENTE,
REGRAMENTO GENÉRICO QUE
NEM REMOTAMENTE CUIDA
DE ASPECTOS DE EXTREMA
RELEVÂNCIA ATINENTES À
MOEDA DIGITAL REPRESENTARIA
GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA,
COMPROMETENDO, INCLUSIVE,
OS OBJETIVOS QUE LEVAM À
PRÓPRIA CRIAÇÃO DA CBDC

co Central (modelo de uma camada) ou se haverá instituição financeira intermediária (modelo de duas camadas), ou, ainda, de forma inovadora, se adotará um *tertium genus*, um modelo com características peculiares ainda não cogitadas.

Segundo o artigo 12 da Lei 4.595, de 1964, o Banco Central do Brasil pode manter operações diretas apenas com instituições financeiras¹⁰. Qualquer opção distinta desse esquema demandaria alteração legislativa.

Esse primeiro detalhe é vital, pois será indicador do maior ou menor risco assumido pelo Banco Central na espécie¹¹.

Muito embora a CBDC seja sempre uma responsabilidade de bancos centrais – é dizer, ela é sempre garantida pela autoridade monetária –, o fato de a referida autarquia federal manter relacionamento direto e imediato com usuários das moedas digitais poderia atrair para a sua esfera jurídica uma série de outras questões que, de outro



modo, poderiam ser demandadas apenas das instituições financeiras que mantivessem relação com seus clientes usuários de sobreditas moedas digitais.

Essas muitas questões são atinentes à condição do Banco Central de prestador de serviço público, envolvendo aspectos de responsabilidade civil contratual e extracontratual, normas de direito administrativo que regulam a relação direta entre administração e administrado – como a Lei 13.460, de 26 de junho de 2017¹² –, entre outras tantas situações que a prática não tardaria a confirmar. Fundamentalmente, a relação jurídica entre o Banco Central do Brasil e os titulares de CBDC demandará a instituição de direitos e deveres peculiares que não podem ficar a cargo de meros regulamentos, sendo necessária a edição de lei em sentido formal e material.

O modelo a ser escolhido pode ser qualquer um, mas essa escolha política está submetida ao princípio da legalidade, em razão da sua importância para a coletividade, do impacto na economia e nas finanças públicas e do exponencial risco jurídico que adviria para o Banco Central do Brasil a depender do modelo adotado.

O reconhecimento da necessidade de edição de nova regulação parece ser uma tendência mundo afora, dado o vazio normativo concernente a essa novidade, que é a moeda digital¹³.

Kristina Sajovic (2022), por seu turno, aponta que, caso se parta da premissa de que a introdução de um euro digital – a CBDC da zona do euro – corresponde a somente

um instrumento de pagamento dentro de um já existente sistema de pagamento, pode-se arguir que essa inovação estaria promovendo a operação facilitada do próprio sistema de pagamento. Esse argumento é embasado também no fato de que os sistemas privados alternativos de pagamentos parecem apresentar riscos para o sistema financeiro como um todo, de forma que, introduzindo a CBDC, o banco central manteria o sistema de pagamentos atualizado e livre dos riscos que os instrumentos privados de pagamento concorrentes pudessem apresentar para o próprio sistema de pagamentos. Nesse caso, seria possível sustentar que a atual regulação europeia é suficiente para permitir a criação do euro digital.

Ela pondera, todavia, as posições doutrinárias no sentido de que a criação de uma CBDC significaria muito mais do que a mera emissão de uma nova forma de cédulas de euro, entre outras razões, porque conferiria poderes adicionais aos bancos centrais, inclusive poderes aumentados de vigilância sobre transações e a criação de taxas de juros negativas nos depósitos de CBDCs (Sajovic, 2022).

Como se vê, considerando o caráter completamente inovador da CBDC, é possível asserir que, tanto no Brasil quanto no exterior, é generalizada a percepção sobre a necessidade de criação de marco normativo específico que permita a emissão das moedas digitais do banco central, não sendo suficientes as leis até então existentes.



3. Direito à privacidade e CBDC no contexto brasileiro: conciliação com a LGPD

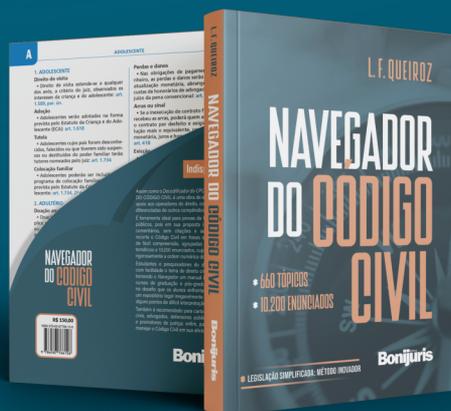
Uma das questões jurídicas candentes no que concerne à criação e difusão da CBDC (moeda digital do banco central) está relacionada à privacidade dos indivíduos.

Trata-se de uma discussão, na verdade, que permeia todo e qualquer ativo financeiro ou meio de pagamento. Há aqueles instrumentos de pagamento que permitem às instituições financeiras e às autoridades públicas com poder de investigação – e, pa-

ra certos casos, investidas de poder jurisdicional – amplo conhecimento a respeito das especificidades das transações financeiras, como o montante utilizado, o recebedor do ativo, a data e o horário da transação etc. Esse é o caso do cartão de crédito, das transferências bancárias eletrônicas (DOC, TED, Pix), entre outros meios.

O dinheiro em espécie, por sua vez, é uma alternativa de pagamento que garante elevado grau de anonimidade, porquanto seja a sua movimentação muito mais difícil de rastrear (ainda que haja certas formas, menos eficazes, de fazê-lo, como o rastreio pela numeração das cédulas, por exemplo)¹⁴.

NAVEGADOR DO CÓDIGO CIVIL L. F. QUEIROZ



Em sua proposta inovadora, recorta o Código Civil em frases simples e diretas, de fácil compreensão, agrupadas em 660 tópicos temáticos e 10.200 enunciados. Siga rigorosamente a ordem numérica dos artigos da lei.

ADQUIRA AGORA

Clique aqui

A complexidade da sociedade moderna, no seio da qual ocorre um sem-número de atividades (lícitas e ilícitas), as quais são custeadas por recursos financeiros, torna necessário que, em maior ou menor grau, seja possível rastrear os detalhes das operações financeiras. A integridade dos indivíduos relativamente ao seu comportamento econômico e social tem impacto na economia e na sociedade.

O Estado tem o dever de exercer o controle, preventivo e repressivo, sobre atividades que sejam potencialmente violadoras da lei e perturbadoras do convívio social.

É inquestionável que o sistema financeiro é utilizado também para operações ilícitas, particularmente para o financiamento de atividades criminosas ou para garantir ao autor do delito o proveito econômico que dele decorre.

Não à toa são diversos os acordos e as recomendações internacionais para combate aos crimes financeiros, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Dessas considerações, surge o debate a respeito de qual nível de privacidade ou sigilo deve guardar as operações financeiras em determinado ordenamento jurídico e, em especial, qual nível de rastreabilidade deve ser associado a tais operações, ainda que

posteriormente à sua realização e com o concurso de decisão judicial autorizadora.

Estamos a falar, portanto, do choque entre o direito à privacidade, de extração constitucional (art. 5º, incisos X, XII e LXXIX, da Constituição Federal¹⁵), e o poder-dever do Estado de atuar de forma a prevenir e punir condutas criminosas, poder-dever esse que se liga à própria defesa de direitos individuais, uma vez que o crime, por definição, é conduta violadora de direitos.

No âmbito do sistema financeiro nacional, a propósito, a proteção de dados pessoais e ao sigilo bancário não vem representando entrave às inovações financeiras, como se nota com a iniciativa do *Open Banking* (SARAI; SANTOS, 2022).

O conceito de privacidade no contexto das CBDCs vai além da tradicional noção de liberdade contra a intrusão na vida privada, vista como essencial à dignidade e ao desenvolvimento humanos, e abrange preocupações tradicionalmente inseridas no conceito de “proteção de dados”, como o controle sobre as informações pessoais e a resistência à vigilância. Há, ainda, o aspecto do controle sobre as informações do indivíduo a partir da inteligência artificial e da automação (REENIE; STEELE, 2021, p. 6-7).

É INQUESTIONÁVEL QUE O SISTEMA FINANCEIRO É UTILIZADO TAMBÉM PARA OPERAÇÕES ILÍCITAS, PARTICULARMENTE PARA O FINANCIAMENTO DE ATIVIDADES CRIMINOSAS OU PARA GARANTIR AO AUTOR DO DELITO O PROVEITO ECONÔMICO QUE DELE DECORRE. NÃO À TOA SÃO DIVERSOS OS ACORDOS E AS RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS PARA COMBATE AOS CRIMES FINANCEIROS E À LAVAGEM DE DINHEIRO



Reenie e Steele (2021, p. 10-11) categorizam os principais riscos de privacidade relacionados à CBDC em quatro perdas: perda de anonimidade, perda de liberdade, perda de controle individual e perda de controle regulatório. A perda de anonimidade é a ideia – mais intuitiva – de privacidade como resistência à intrusão, à devassa da informação por terceiros. A perda de liberdade abrange o potencial de exposição à vigilância e ao monitoramento. A perda de controle individual sobre a informação pessoal diz respeito às ideias contemporâneas de proteção de dados, incluindo proteção contra o mau uso da informação, como comercialização não autorizada, e liberdade contra tomadas de decisão automáticas. A última categoria (perda de controle regulatório) está associada ao potencial de as informações pessoais associadas à CBDC cruzarem fronteiras internacionais e aos conflitos geopolíticos emergentes sobre o controle e a transferência de informações.

Como se vê, a criação da CBDC trará significativos impactos no direito à privacidade, os quais serão sentidos em diversas manifestações do referido direito fundamental.

O Estado, potencialmente, conhecerá certos detalhes das operações financeiras com as moedas digitais emitidas por seus bancos centrais, além de poder armazenar tais dados para efeito de monitoramento dos indivíduos. Há risco, ainda, de comercialização ilícita desses dados pessoais.

A pergunta que naturalmente advém dessa análise é: “Considerando os potenciais efeitos deletérios ao direito à privacidade, que formato jurídico deve ser emprestado

à CBDC de forma a tornar legítima a sua circulação?”.

A resposta mais intuitiva sugere análise da LGPD¹⁶, uma vez que se trata exatamente do diploma legislativo que constitui o marco normativo consolidado da proteção de dados pessoais no Brasil.

A LGPD, de fato, “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º). É certo que, sendo a lei instituidora da CBDC posterior e de mesma hierarquia que a LGPD, poder-se-ia arguir que parte dos problemas de antinomia já se resolveria pelo critério cronológico, com a lei posterior derogando disposições em contrário da legislação anterior.

Ocorre, porém, que, sendo a LGPD lei específica de proteção de dados pessoais, há também o argumento de que suas disposições prevaleceriam por aplicação do critério da especialidade, principalmente se a legislação relativa à CBDC trouxer apenas normas genéricas. Ademais, sendo a proteção dos dados pessoais direito constitucionalmente assegurado, deve-se ter cuidado maior para compatibilizar, de um lado, essa proteção e, de outro, um sistema monetário, também de estatura constitucional, eficiente e adequado para o cumprimento dos objetivos constitucionalmente estabelecidos.

De todo modo, mesmo sem edição de lei sobre a CBDC e à luz das disposições atuais da LGPD, pode-se dizer que há vários me-



canismos jurídicos que permitiriam a introdução da CBDC no Brasil sem violar as disposições de proteção aos dados pessoais.

O primeiro deles seria exigir do usuário da moeda digital a assinatura de termo autorizando o tratamento dos seus dados pelas entidades cuja atuação fosse necessária à realização das diversas operações com CBDCs, nos exatos termos do artigo 7º, inciso I, da LGPD¹⁷.

Dessa forma, considerando que a utilização dos dados seria apreciada e autorizada no livre exercício da autonomia privada do indivíduo, nenhuma ilicitude haveria de ser oposta ao uso dos dados nessas circunstâncias.

Uma observação que deve ser feita quanto a esse ponto é a seguinte: o termo de consentimento há de explicitar, de forma tão detida quanto possível, os potenciais usos de dados autorizados, de maneira a resguardar o respectivo titular da possível violação do próprio termo de consentimento, facilitando a adoção das medidas judiciais que ele julgar adequadas à reparação do dano sofrido.

É possível sustentar também, e com maior razão, que o tratamento dos dados necessários às operações com CBDC considera-se autorizado por estar respaldado no cum-

primento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (art. 7º, inciso II, da LGPD), ou porque o tratamento está sendo realizado pela administração pública¹⁸, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em lei (artigo 7º, inciso III, da LGPD)¹⁹.

Quanto ao primeiro desses dois casos (cumprimento de obrigação legal), o fato é que, considerando que a emissão de moeda é atividade exclusiva de Estado e que este último, no que concerne à emissão e regulação do meio circulante, atua em cumprimento a determinação legal, parece evidente que o tratamento de dados pessoais relacionados à CBDC por esse fundamento é juridicamente hígido.

Em outros termos, como cabe ao Estado, por determinação legal, a emissão de moeda e a fiscalização da respectiva circulação, além da adoção, já na esfera da segurança pública, de medidas para prevenir a prática de ilícitos e para reprimir aqueles que tenham sido concretizados, o tratamento de dados para essas finalidades teria fundamento jurídico no referido artigo 7º, inciso II, da LGPD.

Além desse fundamento, é correto também sustentar que a administração pública está



O ESTADO, POTENCIALMENTE, CONHECERÁ CERTOS DETALHES DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS COM AS MOEDAS DIGITAIS EMITIDAS POR SEUS BANCOS CENTRAIS, ALÉM DE PODER ARMAZENAR TAIS DADOS PARA EFEITO DE MONITORAMENTO DOS INDIVÍDUOS. HÁ RISCO, AINDA, DE COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA DESSES DADOS PESSOAIS

autorizada a tratar dados particulares, no que concerne à emissão e circulação de CBDCs, em virtude de estar atendendo à execução de política pública prevista em lei. Para tanto, basta que haja previsão, em lei formal, da própria criação das moedas digitais.

Em ambos os casos, o tratamento de dados também poderia ser feito por particulares.

No primeiro deles (art. 7º, inc. II, da LGPD), porque o particular estaria cumprindo obrigação legal (atendido, naturalmente, o pressuposto de que haja lei prévia disciplinando a criação do real digital).

No segundo caso (art. 7º, inc. III, da LGPD), porque o particular seria delegatário de poderes da Administração Pública para realizar os procedimentos alusivos à emissão e circulação das moedas digitais do Banco Central.

Essas conclusões jurídicas são referentes ao modelo de proteção de dados pessoais atualmente vigente no Brasil, sem considerar possíveis alterações que venham a ser realizadas nesse regime jurídico especificamente em virtude da adoção da CBDC, hipótese tratada no subtópico seguinte.

3.1 Alterações legislativas para inserção da CBDC no ordenamento brasileiro: proteção de dados e privacidade

Malgrado seja juridicamente lícito, de acordo com as leis ora vigentes, o tratamento de dados pessoais concernentes a todo o processo de emissão e circulação de CBDCs, conforme anteriormente demonstrado, o ideal é que haja disciplina legal

específica para essas atividades quando da própria introdução desse tipo de moeda digital no Brasil.

Com efeito, considerando que a própria criação da CBDC deve ser precedida de lei disciplinadora, essa mesma lei poderá estabelecer aspectos específicos, concernentes à proteção de dados pessoais, de forma a regular tudo o que interesse a essa temática e se relacione com a citada moeda digital.

Em outros termos, haveria um regime jurídico específico para o tratamento de dados pessoais relacionados às atividades que envolvam CBDCs.

Essa solução seria mais conveniente por variadas razões.

A primeira delas é que seriam criadas regras especificamente voltadas ao real digital, atendendo a todas as particularidades que a proteção de dados nesse contexto requer. Evitar-se-iam, dessa forma, dificuldades interpretativas e questionamentos jurídicos diversos a respeito de possíveis obstáculos que a atual LGPD imponha à CBDC.

O princípio de especialidade seria outro fator importante, de modo que o intérprete da nova lei (particularmente o Poder Judiciário) tenderia a prestigiar o regramento jurídico especial²⁰ em detrimento daquele de caráter mais geral (*lex specialis derogat legi generali*), garantindo maior segurança jurídica aos envolvidos na operação.

A título de ilustração, a nova lei poderia disciplinar aspectos como a desnecessidade de consentimento expresso para tratamento de dados para aqueles que fizessem opção pelo seu uso (ou seja, aqueles que optassem pelo



uso de CBDCs estariam tacitamente consentindo com o tratamento de seus dados pessoais que interessassem às operações com a moeda digital); a possibilidade expressa de tratamento de dados pelo Estado para fins de prevenção e repressão de atividades delituosas, particularmente daquelas que se relacionem com a prevenção de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo; o dever de os operadores privados (instituições financeiras intermediárias, por exemplo) comunicarem operações suspeitas às autoridades estatais competentes (o que já acontece, por exemplo, no que tange às comunicações, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de operações que apresentem determinadas características) etc.

Em conclusão, o legislador andaria bem se conferisse ao tratamento de dados pessoais concernentes às operações com CBDCs regramento jurídico específico, dissipando, assim, as dúvidas que decerto surgiriam sobre a aplicação concreta do regramento (mais genérico) da LGPD.

Conclusões

A CBDC brasileira é moeda digital que não se confunde com mera representação digital do papel-moeda.

É uma forma completamente inovadora de expressão monetária, com características diferentes das moedas físicas até então conhecidas.

Entre suas principais características, estão a garantia pelo próprio Banco Central – algo que não ocorre com os depósitos em moeda

tradicional –, o uso intensivo de tecnologia – particularmente da tecnologia de blockchain – e a possibilidade de relacionamento direto entre usuário e Banco Central (o que também não ocorre atualmente e não é uma característica necessária da CBDC, mas a sua mera possibilidade já constitui fator que diferencia a aludida moeda digital da moeda tradicional).

Sob a perspectiva estritamente jurídica, e é esse o escopo deste artigo, o real digital traz desafios numerosos e de diversas ordens.

Aqui, sustentamos que seria adequada a edição de regulação normativa inteiramente nova para disciplinar as diversas questões de sigilo e de proteção de dados que decorrem da implantação da CBDC, muito embora seja possível a utilização da legislação já existente para tratar a questão. Quanto a esse específico ponto, a não edição de lei nova não seria um fator impeditivo à implantação da moeda digital.

De todo modo, muito embora o marco normativo atual – em particular a LGPD – traga regras importantes e que podem oferecer respaldo para a criação e circulação do real digital, o ideal é que, para garantir maior segurança jurídica aos usuários e ao próprio Estado, haja edição de regras específicas regulando todos os aspectos de privacidade envolvidos, pois a CBDC, a depender do modelo adotado e se não houver adequado controle normativo, permitirá ampla devassa do poder público sobre a vida privada das pessoas.

Todavia, é absolutamente indispensável que haja edição de lei nova com a finalida-



de de prever a própria criação da moeda digital no ordenamento jurídico brasileiro²¹.

A CBDC é instituto inteiramente novo, que traz desafios, responsabilidades e riscos próprios, e, dessa maneira, deve ser submetida ao escrutínio da população por meio de seus representantes eleitos.

Não se trata de mera adaptação da moeda tradicional, mas de instituto novo e de significativo impacto na vida das pessoas e na economia nacional. Não se pode dar um salto dessa magnitude sem o beneplácito da população, sob pena de violação do próprio princípio democrático (art. 1º, parág. ún., da Constituição Federal).

Dessa maneira, para que seja lícita a introdução do real digital no ordenamento

brasileiro, o legislador deverá debruçar-se sobre a questão e editar lei disciplinando todos os detalhes da moeda, como as características tecnológicas a ela associadas, a sua forma de aquisição, transmissão e armazenamento, as características da relação jurídica mantida com o Banco Central e com eventuais instituições intermediárias, a regulação da responsabilidade da autoridade monetária sobre a CBDC, entre outros aspectos.

Conclui-se, assim, que se confirmou a hipótese da necessidade de lei para a emissão da CBDC no Brasil. A segunda hipótese também foi confirmada, mas se verificou ser recomendável edição de lei específica para tratar da compatibilização entre a proteção de dados pessoais e a CBDC. ■

Notas

1. Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Banco Central. E-mail: luizcardoso84@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-8825-5036>.
2. Leandro Sarai. Especialista em Direito Empresarial e mestre e doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor credenciado da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador do Banco Central. E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>.
3. É sabido, aliás, que muitos bancos centrais já saíram da fase de pesquisa para a fase de explorar a operacionalização de suas CBDCs. Nesse sentido, ver Chiu (2021, p. 256).
4. *“First, for the central banks contributing to this report, the common motivation for exploring a gene-*

ral purpose CBDC is its use as a means of payment. ‘Use’ in this report should be understood in this context. Adoption of CBDC as a means of payment would likely present the most value for public policy objectives. Second, without continued innovation and competition to drive efficiency in a jurisdiction’s payment system, users may adopt other, less safe instruments or currencies, potentially leading to economic and consumer harm. If user needs emerge in the future, unserved by safe payment instruments, the chance of this risk materialising arguably increases” (Bank for International Settlements, 2021, p. 2).

5. Note-se, a esse propósito, que é competência exclusiva da União, que a exerce por meio do Banco Central do Brasil, a emissão de moeda, conforme disposto no artigo 164, *caput*, da Constituição Federal, a seguir transcrito: “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central”.



6. “I think the most direct way to offer CBDC is to permit direct access to reserve accounts with the Fed [...]. Some have called this a one-tier approach” (Andolfatto, 2021, p. 346).

7. “A two-tier approach is also possible. In this version, direct access to CBDC is restricted to set of intermediaries – presumably banks, but possibly other entities – that essentially intermediate the communications that occur between users and the Fed” (Andolfatto, 2021, p. 346).

8. “Art. 21. Compete à União: [...] VII – emitir moeda [...]”.

9. “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: I – Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional”.

10. “Art. 12. O Banco Central da República do Brasil operará exclusivamente com instituições financeiras públicas e

privadas, vedadas operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de direito público ou privado, salvo as expressamente autorizadas por lei”.

11. Há preocupações diversas suscitadas pela criação da CBDC, como aquelas relacionadas com as implicações de política monetária que surgiriam com a possibilidade de qualquer um realizar depósitos em conta no Banco Central, diretamente ou por meio de intermediários. Nesse sentido, ver Selgin (2021, p. 333).

12. Dispõe “sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública”. Essa lei estabelece, em seu capítulo II, diversos direitos e deveres dos usuários de serviços públicos.

13. “Como uma CBDC não existe atualmente nos Estados Unidos, a estrutura regulatória que a trataria ainda não foi desenvolvida. O presidente Powell disse em suas declarações de março de 2021 que pelo menos alguma ‘legislação habilitante’ precisaria ser promulgada antes que o Fed possa prosseguir com o dólar digital. Assim, essa área atualmente subdesenvolvida do Direito deve ser construída do zero nos próximos dias” (Ahmar, 2021, tradução nossa). Quanto ao Banco Central Europeu (European Central Bank – ECB), a doutrina caminha no mesmo sentido: “As funções e os poderes do BCE no seu estado atual não permitem a emissão de uma CBDC em formato de *token* ou baseada em conta e implicariam desafios legais por parte de indivíduos ou instituições priva-

das, uma vez que tal moeda seria ‘dívida não autorizada’” (Stynes, 2021, tradução nossa).

14. “A economia moderna é baseada em uma economia de crédito. A integridade dos indivíduos no comportamento econômico e social tem um impacto significativo na eficiência das operações econômicas e sociais. Com as atividades econômicas e sociais, muitas vezes é necessário legitimar e verificar a origem do dinheiro que os indivíduos possuem. A verificação e a confirmação são necessárias para vários fins, como *compliance*. Se a moeda é rastreável, então uma sociedade confiável tem uma base institucional operacional, o que é, sem dúvida, um grande avanço nos arranjos institucionais humanos” (Hsu; Tsai, 2021, p. 328, tradução nossa).

15. “Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”.

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

16. Sem prejuízo da análise de outros diplomas normativos que preveem deveres de sigilo, a exemplo da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e, em seu artigo 1º, estabelece que: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. No entanto, o escopo deste trabalho, quanto à legislação infraconstitucional já existente, abrange apenas a LGPD.

17. “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular [...]”.

18. Quando o tratamento for realizado pela própria Administração Pública, naturalmente.

19. “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – pela Administração Pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados ne-



cessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei [...]”.

20. Observe-se a sutileza: havendo normas de proteção de dados especificamente voltadas à utilização e operação da CBDC, elas prevaleceriam diante das normas mais gerais de proteção de dados (normas da LGPD) em virtude do critério da especialidade. Todavia, se o regramento legal da CBDC não previsse normas específicas de proteção de dados, a LGPD

prevaleceria pela aplicação do referido critério, uma vez que suas normas, nesse caso, seriam mais proximalmente voltadas à proteção de dados pessoais.

21. O Banco Central do Brasil possui seu projeto de moeda digital – que recebeu, neste princípio, o nome de *Drex*. Cuida-se, entretanto, de projeto para estudo das funcionalidades e características da moeda digital. Não há valor legal ou curso forçado atribuível à moeda neste momento, razão pela qual a implementação do referido projeto não se contrapõe às conclusões aqui esposadas.

Referências

- AHMAR, G. Digitalizing the dollar: privacy considerations and policy prescriptions for a U.S. central bank digital currency. *Hasting Business Law Journal*, v. 18, n. 1, p. 149-171. 2021.
- ANDOLFATTO, D. Some thoughts on central bank digital currency. *Cato Journal*, v. 41, n. 2, p. 343-351. 2021.n
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Central bank digital currencies: user needs and adoption. *Report n° 3*. BIS, Sept. 2021. Disponível em: https://www.bis.org/publ/othp42_user_needs.pdf. Acesso em: 21 jun. 2023.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Central bank digital currencies: ongoing policy perspectives. *BIS*, May 2023. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/othp65.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.
- CHIU, I. H. Y. Central Bank Digital Currency for the cryptoeconomy: an experimental proposal based on the European single market and institution-building. *California Western International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 253-326. 2021.
- HSU, J.; TSAI, L. An alternative monetary system reimagined: the case for Central Bank Digital Currency. *California Western International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 327-357. 2021.
- MEZZAROBÀ, O.; MONTEIRO, C. S. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REENIE, E.; STEELE, S. Privacy and emergency payments e a pandemic: how to think about privacy and a Central Bank Digital Currency. *Law, Technology and Humans*, v. 3, n. 1, p. 6-17. 2021.
- SAJOVIC, K. An evaluation of the legal grounds and financial system implications of the introduction of central bank digital currency – an EU law perspective. *Trinity College Law Review*, v. 25, p. 83-96.
- SARAI, L.; SANTOS, M. M. As inovações regulatórias do sistema financeiro. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 96, p. 49-59. 2022.
- SELGIN, G. Central Bank Digital Currency as a potential source of financial instability. *Cato Journal*, v. 41, n. 2, p. 333-341. 2021.
- STYNES, O. Bringind the euro into the twenty-first century: key legal issues for the European Central Bank to consider in the development and issuance of a European central bank digital currency. *University College Dublin Law Review*, v. 21, p. 45-65. 2021.



O ESTADO COMO INDUTOR E REPRODUTOR DA CORRUPÇÃO

Por **REIS FRIEDE**¹
Desembargador Federal

*“Sabei, moços, que há inferno, e
não fica longe; é aqui.”*
(RUBEM BRAGA)

Lamentavelmente, o Estado que se deseja
“passar a limpo” necessita muito mais do
que uma simples alteração das históricas e
escusas relações entre o público e o privado,
ainda que tal iniciativa seja reconhecidamente
fundamental



É consagrada a tese segundo a qual o agigantamento do Estado encontra-se intimamente associado à corrupção, tanto no sentido de sua indução caracterizadora quanto de sua manutenção reprodutiva. Destarte, esta é a flagrante e incontestada realidade brasileira, a exemplo de tantas outras nações subdesenvolvidas ou, em uma terminologia artificialmente construída e em absoluta desconexão com a realidade, em permanente via de desenvolvimento. Essa problemática possui inegáveis precedentes históricos, cujo início deu-se já em 1500, quando Pedro Álvares Cabral descobriu o Brasil.

No final do século 16, Portugal empenhava-se em povoar tanto o Brasil como suas demais colônias. Neste cenário, as penas de *degredo* aumentaram exponencialmente: qualquer pequeno delito era motivo para o exílio, podendo ser esse um dos fatores determinantes na criação de uma mentalidade que favoreceria a corrupção no Brasil. Trata-se, no entanto, de um raciocínio simplista. Afinal, como se sabe, a maioria dos degredados eram condenados por delitos dotados de baixo potencial ofensivo, como vadiagem, adultério, “bruxaria” e por aí vai. Havia ainda uma boa parcela de presos políticos e religiosos.

Apenas para ilustrar, sabe-se que D. João, ao desembarcar, em 1808, no Rio de Janeiro, recebeu de presente de um traficante de escravos o terreno da aprazível Quinta da Boa Vista. Em reconhecimento ao “agrado”

recebido, a Família Real Portuguesa assegurou a Elias Antônio Lopes, o “despretensioso” doador, o status de “amigo do Rei”.

O que se percebe, portanto, é que a troca de favores entre senhores de engenho, fazendeiros e traficantes de escravos já era comum desde o Brasil Colônia, caracterizando, por assim dizer, o famoso “toma lá, dá cá”, frase que se tornou uma das marcas registradas do país. Como se vê, os negócios públicos e privados, desde aquela época, já se enleavam; eis que os títulos de nobreza eram concedidos (direta e objetivamente) em troca de dinheiro.

De fato, um país que, por herança de sua formação, constitui-se em um Estado altamente centralizado, burocratizado e clientelista, bem como fortemente distante dos princípios da ética e da moral, acaba por funcionar como um autêntico indutor da corrupção.

As razões de Portugal (e também da Espanha) terem se constituído, ao longo da história, em Estados altamente centralizados e, conseqüentemente, burocratizantes, deve-se, em grande medida, às invasões muçulmanas que atingiram a Península Ibérica, poupando, outrossim, a porção central e superior do continente europeu.

Por conseguinte, essa acabou sendo a principal e a mais profunda herança lusitana que a sociedade brasileira, desde o seu descobrimento em 1500, recebeu e quase que automaticamente incorporou ao cotidiano,



inclusive aperfeiçoando muitas de suas práticas concentradoras de poder, tornando-se, em muitos aspectos, uma coletividade culturalmente ainda mais burocratizante e corrupta em relação à sua matriz e irradiadora ideológica. A título de exemplo, cabe registrar que, em oito anos, *D. João VI* distribuiu mais títulos de nobreza do que em 700 anos de monarquia portuguesa. Segundo Romulo F. Federici:

Poucos séculos após a chamada ‘Queda do Império Romano’, cujo ano de 476 d.C. (deposição do último imperador) é apenas um marco de um processo que já vinha de muito, os árabes ou mouros (como os romanos os chamavam pela pele mais morena) se uniram culturalmente e religiosamente sob o Islã, iniciando sua expansão para a África e conquistando a Península Ibérica. Por pouco não conquistaram toda a atual Europa, seja a partir da Ibéria, a oeste, ou pelo leste no território hoje da Hungria e Romênia. Começavam vários séculos de lutas por disputa de terras por parte dos reinos cristãos, com cruzadas a leste e a oeste. O lento mas firme sucesso destas últimas resultou na consolidação de Estados de forte poder central como Portugal e Espanha, que nos séculos XV e XVI lançariam esse espírito de cruzada para além-mar, navegando e conquistando outros continentes para os europeus (e exportando, em última análise, esta doutrina centralizadora e indutora da corrupção). (FEDERICI; *A Europa Está Cercada e Sendo Invasida*, Forças de Defesa, ano 5, n. 13, 2015, p. 85)

Interessante consignar que o fato de o rei e seus ministros usarem o dinheiro público

para fins particulares não era entendido como corrupção pela maioria da população. Pessoas ligadas ao rei e a seus parentes eram agraciados com empregos públicos, sendo o nepotismo uma prática deveras comum e, particularmente à época, legal (PAINS; Mau hábito que chegou com a Corte. *O Globo*, 5 set. 2015, p. 25).

Decerto, tal característica, embora não seja exclusividade nacional, restou devidamente enraizada no Estado brasileiro, como muito bem consignou Rui Barbosa no início do século 20:

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.” (BARBOSA; Discurso no Senado em 17/12/1914)

A propósito, analisando-se a presente questão na atualidade, observa-se que a Petrobras – nossa principal empresa paraestatal e que foi um dos principais alvos da operação Lava-Jato – já tinha enfrentado outras investigações conduzidas por comissões parlamentares de inquérito (CPIs) instaladas no Congresso Nacional. Dirigentes da aludida estatal, criada em 1953 por Getúlio Vargas, vêm sendo convocados para esclarecimentos desde os governos de Juscelino Kubitschek e João Goulart, tendo a referida empresa petrolífera também protagonizado escândalos nos governos Sarney e Collor.

Se é fato que os índices de corrupção durante o Regime Militar (1964-85) foram um dos



mais baixos da história do Brasil, certamente é também cediço reconhecer que existiram alguns escândalos de corrupção durante esse período governamental. A diferença fundamental, todavia, encontra-se na intensidade quanto à exteriorização do fenômeno e, também, em sua natureza “varejista”, em contraposição à concepção “atacadista” que prevalece nos dias atuais, repetindo, em maior escala e sofisticação, a ideia originária (de compra de apoio político e de financiamento de campanhas eleitorais) concebida no período getuliano. Os escândalos da época seriam hoje considerados menores, em função da dimensão (aspecto vertical) e da própria extensão (aspecto horizontal) da corrupção verificada atualmente.

Como exemplos de algumas isoladas iniciativas destinadas ao combate à corrupção, convém lembrar que o governo João Figueiredo (1979-85) criou o Ministério Extraordinário da Desburocratização, pasta titularizada pelo ministro Hélio Beltrão, cujo objetivo central era reduzir a burocracia e, conseqüentemente, diminuir os índices de corrupção. Da mesma forma, durante a existência do aludido ministério foram criados os juizados de pequenas causas e o Estatuto da Microempresa. É importante registrar que a excessiva regulamentação estatal – além de funcionar como elemento primordial para a construção originária das bases para a instalação da corrupção em uma nação (em todas as suas dimensões) – opera, igualmente, na qualidade de autêntico retroalimentador de tal fenômeno.

Uma das dificuldades da construção da cidadania (e da democracia) no Brasil é o ‘peso do passado’, sobretudo em razão do

O MODELO DE COLONIZAÇÃO
CONCEBIDO POR PORTUGAL,
EXPLICA, EM PARTE, O RETRATO
SOMBRIO DO ESTADO QUE,
PASSO A PASSO, FOI CONSTRUÍDO,
CONSCIENTE E INCONSCIENTEMENTE,
PARA SE SERVIR DO CIDADÃO, AO
INVÉS DE SERVIR AO CIDADÃO

período colonial (1500-1822), quando os portugueses tinham construído um enorme País [...], mas deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária e um Estado Absolutista. (CREMONESE; A Difícil Construção da Cidadania no Brasil, *Desenvolvimento e Questão*, ano 5, n. 9, jan./jun. 2007., p. 62)

No entanto, as raízes culturais profundas, fruto, em grande medida, do modelo de colonização concebido por Portugal, explicam, apenas em parte, o retrato sombrio do Estado que, passo a passo, foi construído, consciente e inconscientemente, para se servir do cidadão, ao invés de servir ao cidadão.

1. A necessária ruptura de um infeliz paradigma nacional

Lamentavelmente, o Estado que se deseja “passar a limpo” necessita muito mais do que uma simples alteração das históricas e escusas relações entre o público e o privado, ainda que tal iniciativa seja reconhecidamente fundamental para se promover a



mudança que tanto se almeja. Destarte, somente uma transformação de grande monta na própria concepção estrutural do Estado – e, particularmente, na maneira como a sociedade o vê e o concebe – será capaz de alterar radicalmente a atual postura político-estatal (e, ainda assim, gradativamente, ao longo de gerações), forjando as mesmas condições que permitiram que, historicamente, os Estados Unidos e os principais países europeus, bem como o Japão, ostentassem as respectivas qualidades de verdadeiras nações desenvolvidas.

Não é verdadeira a afirmação corrente de que a corrupção está (necessariamente) associada ao Estado autoritário. Mas é fato que muitos Estados autoritários, percebendo claramente os grandes males da corrupção, particularmente como obstáculos intransponíveis para um sustentado processo de crescimento econômico e desenvolvimento social, passaram a combater com grande eficiência o mal em questão.

Contudo, se por um lado é possível que um Estado autocrático possa combater com eficiência a corrupção, é também correto afirmar que não existe nenhum país verdadeiramente democrático que não tenha conseguido vencer a corrupção para auferir esse título.

Destarte, todos os países que se reputam democráticos, mas que continuam a experimentar elevadas taxas de corrupção, retratam, na essência, apenas uma “pseudodemocracia”, ou, como desejam alguns autores, democracias “formais” ou “de continente”, desprovidas, portanto, de conteúdo e substância verdadeiramente democráticas.

É curioso observar que países que, de alguma forma, almejaram se desenvolver social e economicamente, bem como ampliar sua influência e respeito internacional, engajaram-se com vigor na luta contra a corrupção, reconhecendo ser esse o principal obstáculo ao crescimento econômico. Ainda que as autoridades acusadas de tal conduta geralmente se defendam afirmando serem perseguidos políticos (o que até pode ser verdadeiro, em parte), é também interessante notar que esse é o discurso “padrão” frequentemente decorado e repetido por aqueles que se veem envolvidos em escândalos dessa natureza.

A propósito do tema, cumpre consignar que o Brasil ocupa a 94ª posição no Índice de Percepção da Corrupção/2022, que analisa a corrupção – palavra que provém do latim *corruptio*, que agrega a ideia de corromper, e que pode significar decomposição,



**SE POR UM LADO É POSSÍVEL QUE UM ESTADO AUTOCRÁTICO POSSA COMBATER
COM EFICIÊNCIA A CORRUPÇÃO, É TAMBÉM CORRETO AFIRMAR QUE NÃO
EXISTE NENHUM PAÍS VERDADEIRAMENTE DEMOCRÁTICO QUE NÃO TENHA
CONSEGUIDO VENCER A CORRUPÇÃO PARA AUFERIR ESSE TÍTULO**

putrefação, desmoralização, suborno – no setor público em 180 países e territórios, segundo pesquisa realizada e publicada pela Agência Transparência Internacional (Disponível em transparenciainternacional.org.br).

No caso do Brasil, em particular, a corrupção – de forma muito bem diferenciada e aguda – tem se enraizado cada vez mais em todas as camadas do Estado e da sociedade, e continua fazendo vítimas e privando grande parte da população das necessidades mais básicas, que vão desde uma alimentação mínima a mortes em filas de hospitais, enquanto outro segmento se enriquece à custa do bem público, aumentando cada vez mais o nível de desigualdade e exclusão social, gerando, assim, uma absoluta falta de confiança nas instituições, inclusive na própria Justiça.

Os últimos trinta anos da propalada era democrática vêm sendo marcados por incertezas e desgovernos com vários escândalos; Anões do Orçamento, dos Correios, Mensalão e, recentemente, o Petrolão.

Mais uma vez o povo brasileiro se vê enganado pelas promessas políticas, vivendo uma aparelhada democracia de conveniência, *em que todos os direitos são garantidos* à classe dirigente numa verdadeira ditadura oligárquica de dois Partidos majoritários, que chegam a reciclar seus correligionários derrotados nos Estados, aquinhoando-os com cargos no Governo, coadjuvados que são por Partidos satélites, de aluguel, todos ávidos por nacos do Poder, assistidos por uma Oposição contemplativa, sufocada e inoperante. Demo-

cracia defendida por uma Imprensa soberana, formadora de opinião, que chama de democracia, tão somente a sua liberdade de expressão e o voto direto dos cidadãos que, em sua maior parte, não sabem o valor do voto e muito menos o que é democracia, pois só têm deveres, desconhecendo os seus direitos. Assim, vivemos mais um ‘faz de conta’. (MONTEIRO; Anos de Chumbo. *Revista do Clube Naval*, n. 382, abr./jun. 2017, p. 31)

Um país que há muito é dominado por uma elite econômica, gasta muitíssimo mal os escassos recursos públicos e concebe políticas públicas quase sempre destinadas à concentração de renda e à obtenção de capital para abastecer financeiramente quem está no poder, permite-nos concluir que a corrupção não é apenas uma forma ilícita e imoral de enriquecimento. Ela serve também como uma espécie de estrutura para garantir estabilidade e sustentação – independentemente do partido político – a um esquema de perpetuação de organizações criminosas vinculadas ao Estado.

No Brasil, a corrupção, por si só, não derruba governos. É necessária a conjugação de dois fatores concomitantes para que tal aconteça: a corrupção e a ausência de apoio político congressional. A corrupção no governo Fernando Collor somente foi derradeira para o processo de *impeachment* quando o presidente perdeu o apoio político-legislativo. O mesmo sucedeu, em uma autêntica “repetição histórica”, com o governo Dilma Rousseff. Por outro lado, mesmo com todos os escândalos de corrupção ocorridos nos governos Juscelino



Kubitschek, Luiz Inácio Lula da Silva e de tantos outros, tal fato, isoladamente considerado, não foi bastante poderoso para o afastamento de seus respectivos mandatários, uma vez que todos contavam com amplo apoio congressional, independentemente da forma como o obtiveram.

Tal cenário obsta o efetivo desenvolvimento econômico, diminui – em termos “reais” ainda que não “nominais” – a arrecadação de tributos, bem como contribui para a péssima qualidade dos serviços prestados.

2. “Dificuldade” gera “facilidade”: a lógica econômica da corrupção

Efetivamente, não é por coincidência que grandes escândalos de natureza econômica e política têm no seu epicentro autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. A multiplicação desenfreada de casos de corrupção pode ser atribuída, em grande parte, à desmedida e indevida intromissão do Estado na vida do cidadão e na economia.

Uma “engrenagem travada” é observada, por exemplo, no serviço de emissão de passaporte. Afinal, para se obter tal documento de viagem, exige-se do cidadão uma série de documentos (documento de identidade, certidão de nascimento ou casamento, título de eleitor e último comprovante de votação, documento que comprove quitação com o serviço militar, cadastro de pessoas físicas – CPF, passaporte anterior, se existente – todos em original e cópia), muitos dos quais absolutamente redundantes, não obstante a existência de legislação que determina que as cópias autenticadas valham como originais.

Em suma, não basta o denominado RG (registro geral) emitido pelo Estado, no qual já constam todos os dados da certidão de nascimento, além do CPF. Desconfiado de si mesmo, uma vez que considera insuficiente um documento por ele expedido, o ente estatal exige redundantemente que se lhe apresente também a certidão de nascimento (pré-requisito legal para a expedição do RG). Tal Estado efetivamente complica a vida do cidadão.

Com isso não se pretende afirmar que a denominada administração direta seja imune ao mal da corrupção. É óbvio que tal carcinoma encontra-se alojado em vários órgãos do corpo estatal, dando azo a uma espécie de metástase. O que se quer dizer é tão somente que as chamadas paraestatais, por realizarem diversas operações comerciais e financeiras, oferecem múltiplas oportunidades de fraudes e financiamentos escusos – tal como o famoso e inescrupuloso “caixa dois” – a projetos políticos e eleitorais de

AS CHAMADAS PARAESTATAIS,
POR REALIZAREM DIVERSAS
OPERAÇÕES COMERCIAIS
E FINANCEIRAS, OFERECEM
MÚLTIPLAS OPORTUNIDADES DE
FRAUDES E FINANCIAMENTOS
ESCUSOS – TAL COMO O FAMOSO
E INESCRUPULOSO “CAIXA DOIS”



objetivo duvidoso, mantendo, ainda, o alto padrão de vida da classe política, independentemente do partido.

A corrupção no Brasil também se apresenta de forma “transideológica”, na exata medida em que não distingue as clássicas (e tradicionais) concepções políticas de direita ou de esquerda. Exemplos dessa assertiva podem ser constatados através do fato de que tanto a direita (encarnada, outrora, por Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek) quanto representantes da esquerda (como João Goulart, dentre outros) tiveram envolvimento com a corrupção (de forma “institucionalizada”) em seus respectivos governos.

Por efeito, pode-se afirmar que nos Estados em que se observa uma presença estatal massiva – quer da direita “intervencionista”, quer da esquerda “participativa” – a corrupção se apresenta em sua completa magnitude. Em contraste, é exatamente na concepção de Estado liberal – e da sua correspondente e verdadeira acepção democrática de regime político – que a corrupção ou simplesmente inexistente ou se apresenta em sua menor gradação.

A corrupção, que hoje mantém a sociedade brasileira atônita, perplexa e rendida, é a mais grave e preocupante forma de violência praticada pelo Estado. De certo modo, e sem qualquer exagero, é lícito asseverar que o fenômeno em questão mata mais do que os fuzis que estão nas mãos dos narcotraficantes que aterrorizam as cidades brasileiras. Ademais, a corrupção guarda relação direta com as mais flagrantes violações aos direitos humanos. Basta analisar, por exemplo, o cruel e caótico sistema prisional

brasileiro, cenário dos recentes massacres que aconteceram nos presídios do país, que mais se assemelham, segundo afirmação tornada pública pelo então ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, às masmorras medievais, nos quais impera a absoluta e recorrente degradação da dignidade humana, e cuja verdadeira “administração” não se encontra na estrutura do Estado, mas nas mãos de organizações criminosas, tais como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV).

O economista americano Robert Klitgaard alerta que um crescimento rápido em um ambiente de elevada corrupção até é possível, a exemplo do que aconteceu na China, sendo certo que o combate à corrupção pode, até mesmo, ensejar, pontualmente, uma queda no desempenho da economia. Entretanto, essa situação rapidamente será remediada, e os benefícios serão enormes, na medida em que os frutos do crescimento serão igualmente repartidos a todos. Prossegue Klitgaard alertando que, depois de décadas de crescimento acelerado, a renda per capita chinesa poderia ser muito maior do que é atualmente, caso a corrupção chinesa estivesse há anos sob controle. Em contraste, o que se observa é a concentração dos ganhos nas mãos de poucos, além da destruição de diversas cadeias de produção. Ao final, com muita precisão, arremata que “se um país quer ser grande, ele precisa ter esse mal sob controle” (KLITGAARD; Entrevista concedida a Claudia Andrade, *Revista Veja* – Edição 2425 – ano 48).

Como se vê, a corrupção não é exclusividade do Brasil, ainda que a intensidade com a



qual ocorra em *terra brasilis* não encontre muitos paralelos na geografia global, pelo menos entre os países de grande envergadura econômica e populacional. Assim, é preciso reconhecer que o mal em questão faz parte, em alguma medida, da própria condição humana. Não obstante tal infeliz realidade, e embora a probabilidade de se eliminar por completo a corrupção seja remotíssima, a possibilidade de reduzi-la a níveis aceitáveis é real e viável. No caso do Brasil, é forçoso reconhecer que o país convive com níveis inaceitáveis de corrupção, ou, talvez, mais evidentes, mormente devido à inauguração de instituições e procedimentos governamentais pseudodemocráticos e à facilidade e velocidade com que uma notícia pode ser divulgada. Malgrado o advento de instituições verdadeiramente independentes e autônomas – um Poder Judiciário Federal (BRASIL. Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências.), um Ministério Público Federal efetivamente insubmisso (BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.) e uma Polícia Judiciária Federal forte e respeitável (BRASIL. Lei n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965. Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal.), é inegável que ainda não conseguimos eliminar o mal da corrupção (com todas as suas terríveis lógicas e consequências) do cotidiano nacional.

Tal quadro impõe uma conscientização e mudança de comportamento por parte

da própria sociedade. Aliás, soa um tanto quanto evidente que não há corruptos sem corruptores. Mais do que isso, não há corrupção sem a presença desnecessária, massiva e invasiva do Estado, e de seus agentes públicos, na vida diária das pessoas. Conforme amplamente difundido pelo senso comum, criam-se “dificuldades” a fim de se obter “facilidades”. Afinal, segundo o jargão próprio dos corruptos, “quem quer rir, precisa fazer rir”.

3. A desmedida intervenção estatal na vida dos cidadãos: a lógica reativa da corrupção

Decerto, a corrupção está enraizada na sociedade brasileira, sendo perceptível desde as pequenas fraudes, tais como a sonegação de impostos, a consulta a livros e textos não autorizados em provas (a famosa “cola”), a aquisição de mercadorias pirateadas e muitas outras práticas que estão no nosso catálogo de condutas tidas como “socialmente normais”. Mas não há como desconsiderar que a corrupção ostenta um viés de natureza específica e nitidamente reativa à exagerada e desnecessária intervenção estatal na vida dos cidadãos, os quais, em diversas ocasiões, deparam-se com verdadeiras “armadilhas” impostas pela burocracia estatal.

Em um país extremamente burocratizado e com uma “inflação legislativa” que efetivamente tortura e sufoca o cidadão, o descumprimento de normas jurídicas, muitas vezes por mero desconhecimento, passa a ser uma constante. A norma de direito, portanto, não cumpre minimamente o papel para a qual restou concebida. Aliás, quan-



to mais burocratizado for um determinado país, mais corrupto ele será, ou no mínimo tenderá a sê-lo. Há, por assim dizer, uma relação direta entre burocracia e corrupção.

A questão, por exemplo, de se exigir complexas receitas médicas, de vários tipos e modelos, para a aquisição de praticamente todo e qualquer medicamento no Brasil, mesmo em se tratando de remédios simples e banais, fatalmente tende a descambar para a falsificação e o oportunismo. A lógica tem sido exatamente assim: quanto mais burocracia, mais corrupção.

É interessante anotar que o que se contesta – e se condena veementemente – é justamente esse excesso desarrazoado, cruel e muitas vezes desumano de ingerência estatal em todo e qualquer assunto, desde os mais comezinhos até os mais complexos, criando uma situação absurda e demagógica, induzindo a uma espécie de corrupção reativa, fenômeno que, em certa medida, e diferentemente de outras nações, traduz-se em uma autêntica característica da sociedade brasileira.

Considerações finais

De qualquer modo, apesar de tal infeliz realidade nacional (e todas as respectivas lógicas), o Brasil, ainda que de forma tímida

e extremamente pontual, tem evoluído no combate à corrupção. De fato, a partir do avanço da legislação penal e processual penal aplicável aos casos de malversação de recursos públicos, da introdução de novos instrumentos de controle por parte do Estado e, sobretudo, diante da solidez de algumas instituições nacionais (o Poder Judiciário Federal, o Ministério Público e a Polícia Federal, por exemplo), podemos afirmar que, em alguma medida (mesmo que setorialmente), quebramos o paradigma de que a lei não atinge os “poderosos”, dado concreto que sinaliza que, mesmo caminhando a passos lentos, a sociedade brasileira não pode simplesmente desistir, e muito menos declinar deste grande desafio, que é o combate (contínuo e permanente) à corrupção.

Nesse contexto, precisamos reconhecer que a maior mudança deve ocorrer em cada um de nós, de modo que o poder do exemplo individual continua sendo a melhor solução para sairmos deste cenário alarmante no qual o país está mergulhado, provendo, enfim, a necessária dignidade a esse povo que tanto almeja por transformação, notadamente através de uma menor ingerência estatal na vida social, motivo histórico e primaz da corrupção no mundo inteiro e, em particular, de forma mais enfática, no Brasil. ■

É INTERESSANTE ANOTAR QUE O QUE SE CONTESTA - E SE CONDENA VEEMENTEMENTE - É JUSTAMENTE ESSE EXCESSO DESARRAZOADO, CRUEL E MUITAS VEZES DESUMANO DE INGERÊNCIA ESTATAL EM TODO E QUALQUER ASSUNTO, DESDE OS MAIS COMEZINHOS ATÉ OS MAIS COMPLEXOS, CRIANDO UMA SITUAÇÃO ABSURDA E DEMAGÓGICA



Nota

1 Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor

em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

Referências

BRASIL. Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm>. Acesso: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965. Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4878.htm>. Acesso: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm>. Acesso: 27 jun. 2019.

CREMONESE, Dejalma. A difícil construção da cidadania no Brasil. *Desenvolvimento e Questão*, ano 5, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/137/93>>. Acesso em: 30 out. 2017.

FEDERICI, Romulo F. *A Europa está cercada e sendo invadida. Forças de Defesa*, ano 5, n. 13, 2015.

KLITGAARD, Robert. Entrevista concedida a Claudia Andrade. PÁGINAS AMARELAS – *Revista Veja* – Edição 2425 – ano 48 – n. 19. 13 de maio de 2015.

MONTEIRO, Ney Marino. Anos de Chumbo. *Revista do Clube Naval*, n. 382, abr./jun. 2017, p. 31.

PAINS, Clarissa. Mau hábito que chegou com a Corte. *O Globo*, 5 set. 2015, p. 25.

SOUZA, Ludmilla. Índice de Percepção da Corrupção no Brasil tem queda e país fica pior no ranking. Publicado em 21/02/2018 – 16:42. *Agência Brasil*. São Paulo.





JSA IMOV

Parceiro
conveniado
da AMAPAR

 41 3018 9018
 41 9 9201 0134

A JSA Imóveis é uma imobiliária nova, mas constituída por pessoas experientes no mercado imobiliário e que estão permanentemente se atualizando para oferecer um serviço personalizado aos seus clientes.

Encontre seu imóvel

CLIQUE AQUI

O PAPEL DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA

Por **ACÁCIA REGINA SOARES DE SÁ**
Juíza de Direito substituta do TJDF

Tal princípio pode ser considerado como um instrumento de concretização da democracia, pois, ao primar pelo trato da coisa pública de forma honesta, proba e legal, possibilita o seu desenvolvimento em suas três dimensões



O princípio da moralidade sempre teve um papel de destaque no cenário jurídico, o qual remonta ao século passado quando foi criado, inicialmente, como forma de coibir o poder irrestrito dos administradores públicos, evoluindo até conceitos mais modernos como sinônimo de conduta proba no trato da coisa pública e observância de preceitos de honestidade nas relações, especialmente, de direito público.

Sendo um dos elementos que balizam a atuação na seara pública, o princípio em comento exige o cumprimento de padrões éticos, de decoro, boa-fé, honestidade e lealdade no trato da coisa pública, os quais viabilizam a construção de uma democracia, isso porque deve ser entendida não somente como o governo da maioria, mas sim o governo da maioria, respeitados os direitos das minorias e resguardados os direitos fundamentais.

Nesse contexto, tendo a democracia entre suas características o livre acesso à informação, a transparência e publicidade no trato da coisa pública, o implemento do sistema de freios e contrapesos ao exercício do poder e ainda na representação de grupos minoritários nas esferas públicas de decisão, observa-se que possui pontos de convergência com as diretrizes do princípio da moralidade, especialmente no que se refere à probidade no trato da coisa pública.

Para o professor Luís Roberto Barroso, a democracia possui três dimensões: a representativa, centrada no exercício do direito do voto; a constitucional, que tem como principal foco os direitos fundamentais; e a deliberativa, que busca o debate por meio da sociedade civil¹.

Dessa forma, para que verdadeiramente haja a democracia, seus elementos (voto, direitos fundamentais e debate público com a sociedade civil) devem estar presentes para garantir que seja concretizada.

Assim, o princípio da moralidade pode ser considerado como um dos seus instrumentos de concretização da democracia, pois, ao primar pelo trato da coisa pública de forma honesta, proba e legal, possibilita que se desenvolva em suas três dimensões, razão pela qual contribui para sua proteção.

1. Breve análise do princípio da moralidade

A moralidade surgiu como princípio primeiramente no direito privado através de conceitos como locupletamento ilícito e obrigação natural, ingressando no direito público com os estudos de Hauriou, quando trouxe em sua obra o conceito de moralidade administrativa vinculado aos fins da administração.

Conforme mencionado, o princípio da moralidade, no direito administrativo, retomou suas primeiras anotações com Maurice Hauriou quando, em 1910, bus-



cou introduzi-lo no Conselho de Estado da França – órgão responsável pela jurisdição administrativa daquele país – desenvolvendo suas bases através da conceituação e sanção do desvio de poder, a fim de possibilitar o controle dos atos administrativos discricionários, tendo em vista que, à época, somente era permitido o controle dos atos administrativos vinculados, buscando-se, com a referida inovação, uma maior atuação e controle das ações governamentais pelo referido conselho.

Maurice Hauriou trouxe na décima edição de sua obra o conceito de moralidade administrativa como o “conjunto de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”, tendo acrescentado na edição seguinte que se reportava à “disciplina interna da Administração”, conforme informa Antônio José Brandão² em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*.

Posteriormente, Marcel Waline³ posicionou-se contrariamente a Hauriou, sob o argumento de que a sanção deve ser a violação à lei, e não à violação da sua intenção, como se previa com a aplicação do princípio da moralidade, a qual não poderia ser punida.

Georges Vedel⁴ também fez críticas à teoria do desvio de poder suscitada por Hauriou, no entanto, buscou aproveitá-la com algumas mudanças, asseverando que o desvio de poder, na verdade, é uma violação ao princípio da legalidade, o que acaba por incorporar o princípio da moralidade. Assim, a inobservância ao princípio da moralidade seria sancionada com o

reconhecimento da violação ao princípio da legalidade.

Renard e Welter desenvolveram a ideia institucional do governo ligado à moralidade administrativa.

Welter⁵, em 1930, também se debruçou sobre o estudo do princípio da moralidade administrativa e escreveu:

A moralidade administrativa que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral da administração e pela ideia da função administrativa.⁶

Analisando o conceito posto por Welter, Antônio José Brandão levanta importante questão em relação ao termo boa administração, argumentando que diz respeito a um conceito subjetivo e que exige a avaliação de valores pessoais a fim de viabilizar a consecução dos fins institucionais da administração, explicando-a:

[...] não se trata de Administração como entidade pública, mas da chamada gestão administrativa, que consiste em aplicar normas de direito público, satisfazer interesses gerais mediante serviços burocráticos apropriados a exercerem poderes de polícia dentro dos próprios fins assinalados ao poder de polícia pela função administrativa [...] É a referida gestão que, para ser “boa”, dos administradores requer, por um lado, o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a



fim de usar retamente - para o bem, entende-se, - nas situações concretas trazidas pelo cotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos, e por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão que atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.⁷

Ainda na França, Henri Welter⁸ trouxe um conceito de moralidade com as noções de legalidade interna que diz respeito ao conteúdo e aos motivos do ato administrativo.

O autor, também francês, Lacharrière, em sua obra *Le contrôle Hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle*, define moralidade administrativa como:

[...] o conjunto de regras que para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados semelhantes regras que não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração.⁹

Lacharrière adota ainda que a boa administração “é noção complexa, em que en-

tram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico”¹⁰.

No entanto, apesar de extremamente divulgada no mundo e abraçada por diversos países, entre eles o Brasil, e o Conselho de Estado francês ter admitido a persecução da exatidão dos motivos declinados por Hauriou, a moralidade administrativa não teve grande prestígio na doutrina e jurisprudência francesas, sendo que os vícios atribuídos à moralidade são entendidos como vícios de legalidade interna.

Em Portugal, Antônio José Brandão, autor do artigo intitulado “Moralidade Administrativa”, publicado na *Revista de Direito Administrativo* (Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951), o qual é considerado como uma “referência quando se trata de moralidade administrativa, uma vez que se opôs às ideias positivistas que o antecederam e perfilhou a submissão das atividades jurídicas as preocupações morais, o que ele denominou de ‘Moralização do Direito’”¹¹, também tratou do princípio da moralidade.

Segundo Antônio José Brandão, a teoria do enfrentamento do desvio de poder, sustentada por Hauriou, representou a introdução do elemento moral no cenário jurídico do direito público.

APESAR DE EXTREMAMENTE DIVULGADA NO MUNDO E ABRAÇADA POR DIVERSOS PAÍSES, ENTRE ELES O BRASIL, A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NÃO TEVE GRANDE PRESTÍGIO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA FRANCESAS, SENDO QUE OS VÍCIOS ATRIBUÍDOS À MORALIDADE SÃO ENTENDIDOS COMO VÍCIOS DE LEGALIDADE INTERNA



Para Antônio José Brandão, moralidade administrativa é o parâmetro de validade da conduta do administrador público, razão pela qual, para que se possa caracterizar uma boa administração, é necessário que o agente público observe seus valores morais na execução de suas tarefas de ofício, a fim de garantir que sejam realizadas segundo os preceitos éticos da administração pública¹².

Ainda sobre os deveres do agente público para com a administração pública, Antônio José Brandão reconhecia que os conceitos de boa administração e honestidade deveriam estar presentes sempre na atuação do referido agente, a fim de que suas funções fossem cumpridas de forma eficiente e em consonância com a ordem jurídica¹³.

O autor faz, ainda, a diferenciação do controle entre moralidade administrativa e a legalidade, e buscou demonstrar as diferenças e a independência entre ambos os princípios: “A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica”¹⁴.

Antônio José Brandão descreveu em seu texto a diferença entre a moral aberta e a moral fechada, tirada das lições do filósofo Henri Bergson, a qual é utilizada como parâmetro para caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, afirmando que existem duas modalidades do moral, uma aberta, que se refere aos valores pessoais de cada indivíduo, e outra fechada, referente à vida em sociedade,

mais ligada a valores que devem ser respeitados na vida social¹⁵.

Ainda acerca da moralidade administrativa, Antônio José Brandão entende que, mesmo estando em posições distintas, um tipo de moral influencia a outra, já que a moral fechada, jurídica, possui seus limites estabelecidos por normas da sociedade, no entanto, reconhece que a ideia de moral não havia sido positivada, mas ainda assim seria o pressuposto de aplicação das normas administrativas.

A fim de confirmar suas afirmações quanto à independência entre os princípios da legalidade e da moralidade, o autor comparou o desvio do poder no direito administrativo ao abuso do poder no direito civil, justificando que ambos possuíam a imoralidade como causa comum, e, sendo esse último sancionado dentro do ordenamento jurídico, mostrar-se-ia justificada a sanção em razão da inobservância da moralidade administrativa já que partem do mesmo fundamento¹⁶.

Explanada sua ideia acerca da moralidade administrativa, Antônio José Brandão buscou descrever os requisitos para a construção dos parâmetros para um agente público que fosse considerado um bom administrador:

[...] é o órgão da pública Administração que, usando de sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos – a segunda espera



dêle conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio.¹⁷

Utilizando os parâmetros de bom administrador, o Brandão busca demonstrar como o agente público deveria se portar de modo a obedecer à moralidade administrativa no desempenho de suas funções.

Assim, pode-se notar que, dada a posição de destaque que Antônio José Brandão dispensou ao princípio da moralidade administrativa, considerando-o como um dos pilares da administração pública, seria possível a aplicação de sanções em razão de sua inobservância, principalmente caso os gestores públicos deixassem de cumprir seus deveres, isso porque o referido autor tentou construir parâmetros do que poderia ser considerado como um “bom gestor” como força de viabilizar a punição pelo descumprimento do princípio em discussão.

No Brasil, o princípio da moralidade administrativa foi incorporado legalmente como forma de combate ao desvio de poder, em 1965, com a sanção da Lei 4.717/65 – Ação Popular, mas ganhou patamar constitucional na Constituição Federal de 1988 e foi mais bem detalhado pela Lei 9.784/99¹⁸ (Lei do Processo Administrativo).

Conforme postulado por José Cretella Júnior, em artigo publicado em 1968, o Decreto 19.389/30 já permitia a anulação de contratos contrários à moralidade administrativa, para quem, citando Seabra Fagundes, também estava previsto no art. 11, § 38, da Constituição Federal de 1946, o qual corresponderia ao controle da moralidade¹⁹.

No entanto, Cretella entendia que não se tratava de um princípio hábil a justificar a anulação de um ato administrativo, isso porque o fato de o ato ser imoral não seria suficiente para sua anulação, desde que tivesse seguido o princípio da legalidade, tendo em vista que a lei é produto dos anseios sociais, refletindo o momento histórico, político e econômico no qual foi elaborada, razão pela qual deveria ser o parâmetro utilizado. Sustenta, aliado ao referido fundamento, que seria necessário considerar também que não estaria ligada a escolhas arbitrárias, mas a um processo legislativo positivado.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, já em 1974, defendia a possibilidade do controle dos atos administrativos através da aplicação do princípio da moralidade administrativa, no entanto, sua posição era minoritária àquela época.

NO BRASIL, O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA FOI INCORPORADO LEGALMENTE COMO FORMA DE COMBATE AO DESVIO DE PODER, EM 1965, COM A SANÇÃO DA LEI 4.717/65 – AÇÃO POPULAR, MAS GANHOU PATAMAR CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E FOI MAIS BEM DETALHADO PELA LEI 9.784/99



Para o administrativista paranaense, a aproximação entre a moral e a lei fortaleceria a ordem jurídica, tendo em vista que o pensamento doutrinário e a realidade social se identificavam na ação administrativa.

Segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a legalidade englobava não só as regras positivas, mas também as regras sociais, razão pela qual estaria ligada a questões fáticas²⁰.

Nessa direção, sustentava, ainda, que o círculo da moralidade seria menor do que o círculo da legalidade, sendo que essa cuidava das questões taxativas, enquanto a moralidade se preocupa com questões de fato mais amplas, razão pela qual não seria o caso de utilizar uma interpretação alargada da legalidade, mas sim a exploração do conceito do princípio da moralidade administrativa de forma independente.

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, com a elevação do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, alguns doutrinadores, reconhecendo a subjetividade do conceito do referido princípio, passaram a vinculá-la ao desvio de finalidade, tendo em vista Almiro do Couto e Silva²¹, que entendeu que o referido princípio estaria englobado pelo princípio da legalidade, a exemplo de Caio Tácito.

Celso Antônio Bandeira de Mello foi o primeiro autor brasileiro a estabelecer, após a promulgação da Constituição, uma relação entre moralidade e boa-fé²².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite que a moralidade do ato administrativo está

vinculado à moralidade da instituição²³, a qual é conceituada por Fábio Medina Osório como a “moral fechada, com um conteúdo bastante específico, podendo revestir-se de juridicidade específica do Direito Administrativo”²⁴, e continua dizendo que “é extremamente complicado estabelecer em parâmetro adequado ou universal ao juízo de moralidade comum, donde incabível confundir, de forma direta, moral comum e moral administrativa ou pública, em que pese a possibilidade de convergência em muitos casos”²⁵.

Fábio Medina Osório defende que o princípio da moralidade administrativa não pode ser aplicado em razão somente da violação de um preceito moral, o que afrontaria o princípio da legalidade e o próprio estado democrático de direito, uma vez que as punições ocorreriam com base no fundamento de suposta imoralidade, sem que se observasse se o agente público agiu em conformidade com a lei, sem principal parâmetro de atuação, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal. O que traria riscos também para os administrados, tendo em vista que os agentes públicos agiriam de acordo com a moralidade, e não conforme o princípio da juridicidade, o que teria como consequência confusão de instâncias²⁶.

Hely Lopes Meirelles²⁷, na sua obra *Di-
reito Administrativo Brasileiro*, associa a moralidade administrativa ao conceito de bom administrador, citando Franco Sobrinho, para o qual o bom administrador era “aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos



vigentes, mas também pela moral comum”, defendendo que a moralidade administrativa integra o direito como elemento de necessário na sua aplicação e finalidade, razão pela qual estaria ligado à legalidade²⁸.

Wallace Paiva Martins Junior classifica o princípio da moralidade como um “super-princípio”, razão pela qual perpassa por todos os demais princípios constitucionais administrativos²⁹.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁰ sustentou que o princípio da moralidade administrativa era um elemento do ato administrativo e que seu parâmetro de utilização era a finalidade pública³¹, ainda que existam fragilidades quanto à sua caracterização, tendo em vista que trata com regras de moral interna.

Dessa forma, afirmava que, em razão da moralidade vir camuflada de legalidade, a única forma de deixá-la à mostra seria analisar se o motivo e o objeto do ato administrativo questionado possuíam relação direta com o interesse público, razão pela qual a imoralidade do ato estaria caracterizada

nos casos em que seu motivo fosse inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional³².

Nessa direção, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entendia que violar atos administrativos em razão dos vícios acima mencionados também viola o dever da boa administração, violando, por conseguinte, o princípio da moralidade administrativa, salientando que os deveres do administrador público estariam associados a uma escolha pessoal em assumir o ônus trazido com a assunção do cargo público, esclarecendo que a violação ao princípio da moralidade administrativa não estaria vinculada ao fato de não ter sido tomada a melhor decisão, mas sim ao fato de que não tenha sido praticada a eficiência no momento da execução do ato administrativo³³.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o estudo da moralidade administrativa tinha por finalidade garantir o exercício de uma boa administração e, nesse contexto, o agente público que não atendia ao interesse público acabava por violá-la³⁴.

**Atuando
há mais de
30 anos**

nas áreas de Direito Trabalhista,
Cível, Consumerista, Empresarial,
Societário, Internacional,
Mediação e Arbitragem.



41 3322 2490
41 3029 2490

Curitiba | PR

11 3392 5907

São Paulo | SP

Ainda para o autor, a moralidade administrativa possui uma “tipificação especial, como uma espécie de deontologia exigida dos agentes públicos, extensível a quaisquer indivíduos que se relacionem com a gestão da coisa pública”³⁵.

Sérgio de Andréa Ferreira³⁶ reconhecia que cabia ao administrador público atuar observando apenas os parâmetros da legalidade, mas também preceitos de razoabilidade, justiça e eticidade, o que, por conseguinte, adentraria o campo da moralidade administrativa.

Sobre o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, José Guilherme Giacomazzi³⁷ sustenta que a moralidade administrativa possui dois aspectos: o objetivo, representado pela boa-fé e o aspecto subjetivo, traduzido através do dever de probidade, conceituando-o como a função subjetiva e positiva do princípio da moralidade administrativa presente no art. 37 da Constituição Federal.

GIACOMAZZI SUSTENTA QUE A
MORALIDADE ADMINISTRATIVA
POSSUI DOIS ASPECTOS: O
OBJETIVO, REPRESENTADO
PELA BOA-FÉ, E O ASPECTO
SUBJETIVO, TRADUZIDO ATRAVÉS
DO DEVER DE PROBIDADE,
CONCEITUANDO-O COMO
A FUNÇÃO SUBJETIVA E
POSITIVA DO PRINCÍPIO DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA
PRESENTE NO ART. 37 DA CF

2. Algumas considerações sobre a democracia

A democracia não possui uma história linear, passou por épocas de grande evolução e outras que podemos classificar como de involução com grandes retrocessos, depois da Grécia, Roma e ainda a Itália e a Europa do norte, a exemplo dos vikings, que tomavam suas decisões por meio das *tings*, suas assembleias locais podem ser consideradas como as precursoras do parlamento. No entanto, o número de pessoas que participavam dos governos democráticos ainda era muito pequeno.

Pode-se então dizer que a evolução da democracia não está diretamente ligada à evolução histórica dos povos, isso porque, após grandes avanços na idade antiga, a democracia retrocedeu pois não acompanhou os novos momentos históricos, ficando adormecida por um tempo considerável.

Mesmo nos momentos de auge, a democracia que estudamos e idealizamos é diferente da democracia real, isso porque, mesmo que seja o sistema que propicie uma maior igualdade e participação, ainda possui pontos a serem aperfeiçoados.

Dentro desse contexto, segundo Robert A. Dahl³⁸, podem ser identificados como critérios necessários para a existência de um processo democrático a participação efetiva, a igualdade do voto, o entendimento esclarecido, o controle do programa de planejamento e a inclusão dos adultos.

Segundo o autor mencionado, o princípio da igualdade política parte do ponto de que



todos têm iguais oportunidades de acesso ao conhecimento, de modo que tenham condições de decidir de acordo com o conhecimento adquirido pelas oportunidades concedidas e se manifestar sobre as propostas de governo.

Ainda para Robert A. Dahl³⁹, a democracia traz várias consequências desejáveis, como evitar a tirania, garantir direitos essenciais, liberdade geral e autodeterminação, desenvolvimento humano, proteção dos interesses pessoais essenciais, igualdade política e ainda a busca pela paz e pela prosperidade, no caso das democracias modernas.

Nessa perspectiva, ainda que existam problemas na implementação e na vivência diária da democracia, suas características garantem a manifestação das pessoas por meio de opiniões, debates, entre outras formas de expressão e, ainda que não haja unanimidade, há oportunidade para demonstração de pontos de vista.

Tal conjuntura favorece a possibilidade de desenvolvimento da responsabilidade moral da população de forma a estabelecer um padrão moral na sociedade, o que possibilita a concretização da democracia.

Dessa forma, ainda que a democracia busque a igualdade intrínseca conferindo igual peso para as manifestações, em algumas situações, há a necessidade de conhecimentos mais específicos, momento em que se levanta a possibilidade de determinado grupo decidir em nome do grupo, o que é rechaçado no modelo genuíno de democracia, o qual difere da democracia representativa, razão pela qual autores, a exemplo

de Robert A. Dahl⁴⁰, defendem a existência de limites democráticos dos governos representativos.

Nesse sentido, uma democracia em grande escala exige instituições políticas que possuam funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e cidadania⁴¹ inclusiva; sendo condições essenciais para as referidas instituições o controle dos militares e da polícia por funcionários eleitos, cultura política e convicções democráticas e ausência de controle estrangeiro hostil à democracia e condições favoráveis à existência de uma sociedade e uma economia de mercado modernas e fraco pluralismo cultural⁴².

Assim, mesmo necessitando de aperfeiçoamentos e, em alguns países, de uma evolução, a democracia se mostra a forma de governo que melhor atende aos interesses coletivos, isso porque diminui a intervenção estrangeira, afasta governos autoritários, possibilitando um maior desenvolvimento social, e proporciona a existência de instituições mais sólidas.

3. A relação entre a democracia e o princípio da moralidade

Vimos no item anterior que a democracia traz em seu bojo a responsabilização moral dentro do contexto da sociedade.

Aliada a outras características e condições favoráveis, a democracia, para sobreviver, necessita de um senso de moralidade não somente dos governantes no caso da de-



mocracia representativa, mas também de todos os integrantes da sociedade, tendo em vista que a democracia se constrói e somente pode sobreviver por meio da ação conjunta de todos, aí incluídos os meios de comunicação responsáveis pela disseminação das notícias e pela propagação do conhecimento.

É possível apontar que há uma relação entre o princípio da moralidade e a defesa da democracia, posto que um regime democrático pressupõe a existência de uma moralidade arraigada na cultura do país.

O princípio da moralidade favorece a concretização do princípio da igualdade, o qual é uma das bases da democracia, traduzido pela igualdade intrínseca que, nas palavras de Robert A. Dahl⁴³, é justificado com base na moralidade, prudência e aceitabilidade.

A democracia necessita de instituições fortes e transparentes para cumprir seu papel, de modo que o princípio da moralidade é um fator decisivo para a construção de tais instituições que possam se proteger da corrupção, com representantes isentos e comprometidos com a consolidação dos princípios democráticos.

Nesse ponto de vista, uma relação equilibrada entre a democracia e o princípio da moralidade favorece um governo com um menor índice de corrupção e, em consequência, uma maior garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, outro pilar dos regimes democráticos.

Dentro desse contexto, é preciso fazer uma breve síntese acerca da importância dos direitos fundamentais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁴, utilizando a conceituação de Robert Alexy, os direitos fundamentais são as posições jurídicas relativas às pessoas, que, em razão do seu conteúdo e importância, integram o texto constitucional, observados os parâmetros do ponto de vista da fundamentalidade material e formal.

Ainda segundo o mesmo autor⁴⁵, os direitos fundamentais são distintos dos direitos humanos, ainda que estejam interligados.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁶ informa que existem diferenças jurídicas e filosóficas entre os direitos humanos e fundamentais, estes considerados como os direitos no nível constitucional interno. No entanto, em alguns momentos, a abrangência de ambos se encontra.

Segue ele dizendo que “o conceito de direitos fundamentais também entre nós não se limita à condição de direitos positivados expressa (ou mesmo implicitamente) em determinada constituição: um direito fundamental não é, portanto, apenas um direito de matriz constitucional”⁴⁷.

No mesmo contexto, para Sarlet, a mudança de paradigma teve início com a promulgação da lei fundamental da Alemanha de 1949, que procurou reverter a fragilidade dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar (1919), os quais não vinculavam, diretamente, todos os órgãos estatais, razão pela qual a referida lei fundamental o fez.

Aliado a essa alteração de paradigma, também foi criado, na Alemanha, o tribunal constitucional alemão, entre outras medi-



das como forma de fortalecer a aplicação e proteção aos direitos fundamentais.

Para Alexy, os direitos fundamentais podem ser observados do ponto de vista material como “posições jurídicas relacionadas pelo constituinte histórico como sendo suficientemente relevantes para serem alçados à condição de direitos fundamentais”⁴⁸ e do ponto de vista formal como um “conjunto de garantias atribuídas a tais direitos e que lhes assegura um regime jurídico diferenciado e qualificado na arquitetura constitucional”⁴⁹.

O direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional, independentemente de ser ou não classificado como um direito humano.

Já no Brasil, os direitos fundamentais passaram a ter uma proteção mais efetiva com a promulgação da Constituição de 1988, a qual, diferentemente de outras constituições que trataram a proteção dos direitos fundamentais de forma genérica, trouxe uma proteção de forma mais específica, enumerando quais seriam tais direitos, sem prejuízo de outros não especificados.

Nesse sentido, o § 1º do art. 5º da nossa Constituição Federal⁵⁰ estabeleceu de forma expressa que as garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, são autoaplicáveis, não havendo a necessidade de edição de uma lei ordinária para sua regulamentação.

Diante dos pontos até o momento explicitados, é possível reconhecer a relação simbiótica entre a democracia, o princípio da moralidade e, por via reflexa, a concretização dos direitos fundamentais.

4. O papel do princípio da moralidade na proteção da democracia

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt na obra *Como as Democracias Morrem*⁵¹ trazem características de governos que caracterizam os governos autoritários e outros que minam as democracias, descrevendo situações de países onde os governos democráticos sucumbiram diante de ações autoritárias.

Nesse contexto, os autores mostram como governos eleitos democraticamente podem subverter a democracia e se tornarem governos autoritários de forma gradativa e silenciosa, utilizando, muitas das vezes, instrumentos legais para tanto, como captação de atores políticos importantes, alteração das regras do jogo – a fim de beneficiar os detentores do poder –, manipulação dos meios de comunicação – especialmente a imprensa –, e disseminação de notícias falsas, entre outras ações.

As referidas ações são revestidas com um caráter de legalidade e buscam corromper, de forma silenciosa, a democracia, razão pela qual a aplicação firme e extensiva do princípio da moralidade se mostra como um grande aliado na proteção da democracia, como veremos.

O princípio da moralidade tem entre seus pilares a proteção da probidade na administração pública, com a imposição de regras de condutas aos seus integrantes e aos administrados, impondo-se que ajam com honestidade e probidade no trato da coisa pública, de modo a garantir uma adminis-



tração eficiente e transparente, cumprindo dessa forma suas funções constitucionais.

De igual modo, tais regras buscam ainda efetivar o controle tanto por meio do controle interno como pela sociedade civil e assim afastar ações de corrupção, prática comum nos governos autoritários ou com tendência ao autoritarismo.

Quando as instituições, através dos seus representantes, garantem um governo probo com foco no cumprimento dos seus deveres sem desvios de finalidade, se fortalecem e dificultam que sejam corrompidas, dessa forma, estarão preparadas para a defesa da democracia, isso porque a referida defesa exige instituições fortes e isentas.

Dentro desse contexto, sendo o princípio da moralidade administrativa um dos cinco princípios constitucionais que regem a administração pública, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, sua observância por parte dos administradores fortalece o estado democrático, pois é contrário a práticas espúrias e clandestinas e a subterfúgios praticados por políticos e administradores corruptos.

Estando as instituições fortalecidas e transparentes, serão mais dificilmente subjuga-

das por interesses escusos, especialmente quando seus representantes estão comprometidos com o interesse público primário, e, para o atendimento do referido interesse, o princípio da moralidade é uma das suas principais armas, pois exige dos seus representantes honestidade e probidade no trato da coisa pública.

Nesse diapasão, instituições de países que rechaçam a corrupção, mediante de práticas que seguem o princípio da moralidade, podem proporcionar melhores condições de vida à sua população, especialmente no que se refere à saúde, ao emprego e à educação de modo a permitir que as pessoas possam efetivamente participar do processo democrático, isso porque a participação efetiva nesse processo pressupõe o acesso a uma dignidade mínima, garantida pelo Estado por meio da alimentação, educação e acesso a informações, entre outras condições.

Nas palavras do professor Luís Roberto Barroso⁵², a democracia somente pode ser assegurada se a população tiver acesso à educação, à informação e possuir condições mínimas de uma vida digna, para que possam de intervir no processo democrático não somente pela escolha dos seus re-



INSTITUIÇÕES DE PAÍSES QUE RECHAÇAM A CORRUPÇÃO, MEDIANTE PRÁTICAS QUE SEGUEM O PRINCÍPIO DA MORALIDADE, PODEM PROPORCIONAR MELHORES CONDIÇÕES DE VIDA À SUA POPULAÇÃO, ESPECIALMENTE NO QUE SE REFERE À SAÚDE, AO EMPREGO E À EDUCAÇÃO

presentantes através do voto, mas também pela participação na sociedade civil organizada, manifestando seus pontos de vista e anseios e tendo sua opinião levada em consideração para as decisões acerca das leis e das políticas públicas a serem implementadas, entre outras decisões dos poderes constituídos que devem representar a vontade da população do país.

Nesse sentido, a concretização da democracia também prevê a prevalência da vontade da maioria, respeitando os direitos da minoria, razão pela qual o princípio da moralidade, que também é reflexo do princípio da igualdade e da impessoalidade, da mesma forma contribui nessa direção, já que suas características principais são favoráveis para tanto.

A democracia, para realizar seus objetivos, necessita estar alicerçada, conforme já foi mencionado, em instituições fortes e independentes. Nesse sentido, o princípio da moralidade administrativa também contribui para que as instituições sem subserviência ou troca de interesses mantenham sua independência e imparcialidade de modo a garantir que suas ações se pautem unicamente por preceitos legais.

Pelo exposto até o momento, é possível perceber que o princípio da moralidade, dadas suas características, tem uma relevante contribuição para a concretização e preservação da democracia, conclusão que pode ser corroborada pela constatação onde há um menor índice de corrupção, prestação de serviços públicos de forma eficiente e uma maior consciência da população quanto às suas responsabilidades e as dos seus

governantes, as instituições são mais fortes e, em consequência, a democracia também é mais consolidada.

5. Conclusão

O princípio da moralidade administrativa é um valioso instrumento de fortalecimento das instituições por meio da observância da probidade e de sua atuação, afastando práticas corruptas e privilegiando a execução de suas finalidades, garantindo a efetivação de políticas públicas eficientes, com a prestação de saúde, educação e outros direitos que possibilitam que o indivíduo possa, de fato, participar do processo democrático não somente pelo voto, mas também debatendo e fiscalizando os governos através da sociedade civil.

De igual modo, a democracia é favorecida pela consolidação de instituições independentes e prontas para agir nos momentos de crise, para garantir a preservação da democracia, sendo que tal consolidação tem grande influência do princípio da moralidade, um dos pilares constitucionais da administração pública.

Ainda nesse contexto, também é possível asseverar que a observância do princípio da moralidade contribui para o desenvolvimento econômico e social do país, o que favorece a existência de uma democracia mais forte e mais difícil de ser abalada, já que possui uma população mais consciente, independente, com a acesso à informação de qualidade, que rechaça notícias falsas e possui maiores condições de defender suas instituições e, por conseguinte, seu regime democrático.



Assim, é possível concluir que o princípio da moralidade administrativa, dadas suas características, contribui de forma fundamental para a concretização dos regimes democráticos, tendo em vista que é um

instrumento de transparência e probidade no trato da coisa pública, ações que fortalecem as instituições e permitem que possam atuar de forma assertiva para a preservação da democracia. n

Notas

1. www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178: “A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões. Isso dá a ela três dimensões diversas: a) a *democracia representativa*, que tem como elemento central o voto e como protagonistas o Congresso Nacional e o Presidente da República, que são agentes públicos eleitos pela vontade popular; b) a *democracia constitucional*, que tem como elemento central os direitos fundamentais e como protagonista o Poder Judiciário, em cuja cúpula está o Supremo Tribunal Federal; e c) a *democracia deliberativa*, que tem como elemento central o debate público, o oferecimento de razões, de justificações para as decisões políticas, e como protagonista a sociedade civil. De fato, a democracia não se limita ao momento do voto. Ela se manifesta, também, no respeito aos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias.
2. BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951, p. 457. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 28 jul. 2019.
3. WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. França: Montchrestien. 1970.
4. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. França: Editora PUF, 1976.
5. WELTER, Henri. *Essai Sur L'Histoire Du Cafe (1868)*. (French Edition) (French) Paperback Kessinger Publishing, LLC September 10, 2010.
6. *Idem*, p. 459.
7. BRANDÃO, *op. cit.*, p. 459.
8. WELTER, *op. cit.*, 2010.
9. Cf. BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 459.
10. *Idem*, *Ibidem*.
11. Cf. BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 459.
12. BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 459.
13. *Idem*, p. 464.
14. *Idem*, p. 458.
15. *Idem*, p. 460.
16. BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 464.
17. *Idem*, *ibidem*, p. 462.
18. BRASIL: Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei Geral do Processo Administrativo; Lei do Processo Administrativo Federal. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 1/2/1999, Página 1. Brasília, DF, 1999.
19. CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 1-10, ago. 1968. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31516>>. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v93.1968.31516>> Acesso em: 7 set. 2020.
20. “[...] legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, sessão também nas regras de costumes aceitos como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão da legalidade a uma correspondente questão de fato. Nesta vasta área vazia de conteúdo jurídico emerge a moralidade” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 09).
21. SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>. Acesso em: 07 set. 2020.



22. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
23. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 109, 110 e 118.
24. OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 253.
25. *Idem, Ibidem*.
26. OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 254.
27. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
28. “A moralidade administrativa está ligada ao conceito de “bom administrador”, que no dizer de Franco Sobrinho, “é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.” (MEIRELLES, 2015, p. 93-94).
29. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2006, pp. 168-169.
30. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa do conceito à efetivação; *RDA, RJ*, 190-44, out./dez. 1992.
31. *Idem. Idem*. p. 9.
32. MOREIRA NETO, *op. cit.*, 2006, p. 11.
33. “[...] sem se chegar ao ponto de exigir do administrador público a melhor solução, embora até existam publicistas que o reclamam, deve-se demandar, como Alessi, que a ação administrativa satisfaça um grau mínimo de interesse público, abaixo do qual se caracteriza a ineficiência capaz de, detectada pelos órgãos do Poder Judiciário, a cargo dos quais ficou a competência para essa investigação e para essa avaliação, anular o ato assim viciado.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 14).
34. MOREIRA NETO, *op. cit.*, 1992, p. 15.
35. *Idem, ibidem*, p. 39.
36. “Na realidade não basta, conforme salientado, que o legislador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, derivado do exercício dos seus direitos, poderes e faculdades, balizados por parâmetros de razoabilidade e justiça, fazer-se de modo regular, sem abuso, tudo isso informado pelos princípios éticos” (FERREIRA, 1991, pp. 89-90).
37. GIACOMAZZI, *op. cit.*, 2013.
38. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 49/50.
39. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 58.
40. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 124.
41. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 99.
42. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 163.
43. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 81: “Não obstante, se interpretarmos a igualdade intrínseca como princípio de governo justificado com base na moralidade, prudência e na aceitabilidade, parece-me fazer mais sentido do que qualquer alternativa”.
44. SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 90.
45. Sarlet, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição de 1988*. <https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso em 14.02.2023. “os direitos fundamentais na condição de direitos constitucionalmente assegurados possuem uma abrangência em parte distinta dos direitos humanos, seja qual for o critério justificador de tal noção, por mais que exista uma maior ou menor convergência entre o catálogo constitucional dos direitos fundamentais e o elenco de direitos humanos, convergência que será maior quanto maior a sinergia com os níveis de positivação dos direitos humanos na seara internacional.”
46. Sarlet, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição de 1988*. <https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso em 14.02.2023.
47. *Idem*
48. *Idem*.
49. *Idem*.
50. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988: Art. 5º* Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
51. LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*.
52. BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX | The Democratic Constitutionalism or econstitucionalism as triumphant ideology during 20th century. **Revista Publicum**, Edição comemorativa, 30 anos da Constituição de 1988, 2018. ISSN 2447-7982.



Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 5ª tiragem. São Paulo. Malheiros Editora. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX | *The Democratic Constitutionalism or eoconstitutionalism as triumphant ideology during 20th century*. Revista Publicum, Edição comemorativa, 30 anos da Constituição de 1988, 2018. ISSN 2447-7982. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/issue/view/1940>>. Acesso em: 02 ago. 2023.
- _____. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder / Populism, authoritarianism, and institutional resistance: constitutional courts in the game of power. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], jun. 2022. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178>>. Acesso em: 17 ago. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: *Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal*. AGRA, Walber de Moura (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2014.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: Uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, volume 2, n. 02, 2016. ISSN 2526-0073. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1302>>. Acesso em: 05 ago. 2023.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. 1a. ed. Brasília. Editora UNB. 2016.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Traduzido por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. 1a. ed. Rio de Janeiro. Editora Zahar. 2018.
- MARQUES, Floriano de Azevedo Neto. *Regulação estatal e interesses públicos*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SALERT, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição de 1988*. <https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 14.02.2023.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2012.
- VIANA, Thais Pereira. *A eficácia dos direitos fundamentais*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 16.02.2023.



João Luiz

- Leilões Judiciais

Junto às varas cíveis, federais e do trabalho,
construtoras, consórcios, cooperativas de
crédito, Detran e pessoas físicas.

Leilões presenciais e eletrônicos • Expedição de ofícios e intimações
Remoção e armazenagem • Avaliação de mercado
Publicação de edital • Divulgação

Acesse

joaoluizleiloes.com.br

para conhecer os bens disponíveis
para arremate.



JOÃO LUIZ
LEILÕES

Leiloeiro público oficial
Mat. Jucepar nº 11/041-1

joaoluiz@joaoluizleiloes.com.br | 41 99985 5423 | 41 3255 5011
Carmelina Cavassin, 1655 | Abranches | Curitiba | PR

INCIDÊNCIA (OU NÃO) E SUJEITOS DA EVENTUAL OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DE ISSQN SOBRE A INSERÇÃO DE *ADVERTISEMENTS* NAS *STREAMS* DA PLATAFORMA TWITCH

Por **GABRIEL PARAIZO RODRIGUES¹**
Bacharel em Direito pela Universidade Positivo



Com **Luiz Eduardo Schäfer Artigas²**
Bacharel em Direito pela Universidade Positivo



Ricardo Augusto Reis de Macedo³
Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)



Atribuição de atividades exercidas em meios digitais é um tabu e um desafio a ser vencido pelo direito tributário como um todo, seja pela legislação, doutrina ou jurisprudência. Com os avanços tecnológicos significativos e num ritmo frenético, a empreitada se torna cada vez mais complicada.

A partir do momento em que a realidade se altera em uma velocidade alucinante, com uma série de práticas novas e revolucionárias surgindo todos os dias e dando um retorno financeiro considerável a quem as domina, o legislador e os operadores do direito, de modo geral, não conseguem acompanhá-las e acabam sempre correndo atrás do prejuízo e se atrasando para fornecer uma solução adequada para cada situação específica, aflorando a insegurança jurídica.

O uso de dispositivos legais e decisões judiciais antigas, de épocas e contextos completamente diferentes, para pautar e tentar solucionar de forma simples a questão da tributação da publicidade online é um problema identificado, que acaba gerando insegurança jurídica aos contribuintes e às próprias autoridades fiscais envolvidas.

As preleções de Paulo de Barros Carvalho expressam que o direito é uma linguagem, um “veículo de expressão” que exterioriza normas jurídicas incidentes sobre a linguagem social. Assim, o direito é uma sobre-linguagem que escolhe fatos e condutas ju-

ridicamente relevantes⁴, as quais desencadeiam os seus respectivos efeitos jurídicos no mundo dos fatos.

A análise da norma jurídica tributária à luz da regra-matriz de incidência tem sido o principal ponto de partida, bem como a principal referência das mais significativas construções interpretativas no mundo do direito tributário. A teoria da norma, à qual se refere este presente artigo, é aquela que circunscreve “a norma por dentro, num enfoque intranormativo, e por fora, numa tomada extranormativa, norma com norma, na sua multiplicidade finita, porém indeterminada”, sempre buscando investigar a estrutura sistêmica do arcabouço jurídico, tal como proposto por Paulo de Barros Carvalho⁵.

Essa orientação epistemológica tem sido empregada em diversos textos doutrinários a fim de estruturar um processo investigativo mais íntegro e preciso no âmbito do direito tributário, justamente pelo caráter pragmático que a precede. É, sem sombra de dúvidas, o conector lógico-semântico que une a teoria e a prática no processo analítico das complexidades suscitadas pelo fenômeno jurídico da incidência tributária⁶.

Reforçando a validade da teoria, obras de Marçal Justen Filho⁷ e Aires Fernandino Barreto⁸ isolaram e analisaram a fundo alguns dos critérios da regra-matriz de incidência tributária (RMIT). Até aqueles que



a criticam ferozmente reconhecem a utilidade desta orientação epistemológica para a condução dos estudos na seara do direito tributário⁹.

A construção da RMIT como método que organiza o texto do direito positivo propõe a compreensão da mensagem legislada num contexto comunicacional bem delineado e racionalmente estruturado, no âmbito do chamado “giro-linguístico”, decorrente da teoria filosófica do “constructivismo lógico-semântico”¹⁰.

A utilização desse método conduz o domínio da mente humana no estudo destas complexidades, permitindo ao intérprete extrair a mensagem trazida no texto do direito positivo e formar a chamada “norma jurídica”, identificando um antecedente – hipótese de incidência da norma – e seu respectivo conseqüente – relação jurídica formada em virtude da incidência da norma¹¹.

A partir desse raciocínio, adotou-se o método hermenêutico-analítico como premissa, de forma a conciliar uma análise conceitual clássica a um exame interpretativo moderno.

Na prática, pretendeu-se aliar fórmulas históricas e consagradas de verificação de incidência tributária, conceitos sólidos e muito relevantes construídos ao longo do tempo e uma interpretação normativa e jurisprudencial adequada à era tecnológica na qual vivemos, para vislumbrar uma possível solução para a incidência tributária e a sujeição ativa da respectiva obrigação sobre as atividades de publicidade online, mais especificamente a inserção de

advertisements nas *lives* feitas na plataforma Twitch.

1. A Twitch, os *advertisements* e a relevância da discussão

1.1 A plataforma, números e curiosidades

Uma das atividades que cresce mais rapidamente e de forma muito natural no mundo inteiro – e especialmente no Brasil – nos últimos anos é a de fazer *lives* ou *streams* (longas gravações ao vivo dos mais diversos conteúdos possíveis)¹², com constante e simultânea interação entre o *streamer* e os espectadores. De 2017 em diante, tal mercado foi ganhando notoriedade com a atuação de figuras hoje amplamente conhecidas dentro e fora do meio em questão, como Alexandre Borba Chiqueta (“Gaulês”), Rafael Lange (“Cellbit”), Alan Ferreira Pereira (“Alanzoka”), Bruno Góes (“Nobru”) e Casimiro Miguel Vieira da Silva Ferreira (“Casimito” ou “Cazé”).

O cientista social e pós-doutor em sociologia Elder Patrick Maia Alves, em obra publicada em 2019, destacou muito bem o momento em que vivemos enquanto sociedade e quais são as conseqüências disso: “Concomitantemente ao desenvolvimento da economia global do conhecimento ocorreu o processo de digitalização de uma parte expressiva das atividades de serviços de pesquisa, informação, comunicação, conhecimento, lazer, entretenimento, arte e cultura”¹³. Ou seja, a tendência é de que as relações pessoais se construam e ocorram cada vez menos no universo físico e mais no universo digital.



Nesse contexto, a Twitch, plataforma de *streaming* introduzida no mercado em junho de 2011, foi ganhando corpo e captando todos os criadores de conteúdo digital ao longo da década, os quais, anteriormente, costumavam fazer suas transmissões ao vivo ou gravar vídeos mais curtos em plataformas como o Facebook e o YouTube. Foi adquirida por US\$ 970 milhões pela Amazon em agosto de 2014; em 2015, tinha mais de 100 milhões de espectadores por mês; em maio de 2018, contava com 27 mil canais parceiros; dados de fevereiro de 2020 atestam 15 milhões de usuários diários ativos e 1,4 milhão de usuários simultâneos em média; e números divulgados na própria página da plataforma falam em 1,3 trilhão de minutos assistidos e, em média, 31 milhões de visualizações diárias em 2021¹⁴.

Esses dados viriam a explodir ainda mais durante a pandemia de Covid-19, quando os números da plataforma cresceram de forma estarrecedora: 228% de crescimento de audiência e 46% no número de horas assistidas no período, segundo dados de 2021 da *TwitchTracker*.

Apresentado o cenário geral, em termos de engajamento, participação e audiência na plataforma, o Brasil é um dos países com

os melhores números no mundo. O relatório “O mercado de games no digital”, realizado pela consultoria Comscore em 2020, aponta o país como o segundo maior em visualizações únicas na plataforma, à frente de todos os países europeus e atrás apenas dos EUA.

Segundo o G1, 135 *streamers* brasileiros receberam US\$22 milhões da Twitch entre 2019 e 2021, o que representa aproximadamente mais de R\$100 milhões em faturamento nas transmissões digitais. Esses números são relativos apenas ao faturamento direto na plataforma, com inscrições, propagandas da plataforma (*advertisements*) e bits, excluindo rendas provenientes de patrocínios pessoais e doações de espectadores¹⁵.

A partir do cenário demonstrado, passa a se analisar especificamente a figura dos *advertisements*, uma das – e talvez a maior e mais importante delas – formas de parceria e divulgação do produto pelos *streamers* disponibilizada pela plataforma.

1.2 A figura dos *advertisements*: o que são e como funcionam

Com a vertiginosa expansão da plataforma e o crescimento exponencial do número de usuários, além da diversificação do públi-

UMA DAS ATIVIDADES QUE CRESCE MAIS RAPIDAMENTE E DE FORMA MUITO NATURAL NO MUNDO INTEIRO – E ESPECIALMENTE NO BRASIL – NOS ÚLTIMOS ANOS É A DE FAZER LIVES OU *STREAMS* (LONGAS GRAVAÇÕES AO VIVO DOS MAIS DIVERSOS CONTEÚDOS POSSÍVEIS), COM CONSTANTE E SIMULTÂNEA INTERAÇÃO ENTRE O *STREAMER* E OS ESPECTADORES



co interessado, consumidor e produtor das *lives* feitas na plataforma – que anteriormente era muito concentrada nos *games* –, despertou-se o interesse de importantes marcas e anunciantes, que enxergaram a oportunidade de divulgar seus produtos em grande escala.

Algo parecido já ocorria na plataforma YouTube há algum tempo, com os anúncios – inserções curtas, com duração de alguns segundos até cerca de dois minutos – sendo inseridos antes e durante os vídeos publicados. Entretanto, tudo era de forma mais artificial e simplificada, tendo em vista que o carro-chefe da plataforma não eram as *lives*. Assim, independentemente do vídeo a ser assistido, havia inserções-padrão de variadas marcas e anunciantes, sem maior participação dos criadores de conteúdo em si.

Na Twitch, na medida em que a plataforma é especificamente destinada às *lives*, tais inserções não poderiam ocorrer de forma orgânica, mas com a necessidade do envolvimento dos *streamers*, tendo em vista serem os “donos” e terem gerência sobre todo o conteúdo da plataforma em tempo real. Sendo assim, uma vez que seria imprescindível contar com os criadores de conteúdo, também seria igualmente imperioso oferecer-lhes compensação econômica.

Nesse sentido, a Twitch oferece a possibilidade de acordos diretamente com a plataforma para a inserção de anúncios tradicionais – os exibidos antes das transmissões, nos mesmos moldes daqueles veiculados no YouTube –, bem como de acordos diretamente com os *streamers* para a passagem

dos anúncios durante as *lives*. Por cada “*ad*” (termo popular para *advertisement*) que o *streamer* parceiro divulga, ele recebe um valor em troca, que pode variar de US\$ 2 a US\$ 10 a cada mil *viewers* atingidos.

Além disso, tendo em vista que os *ads* são, quase sempre, motivo de reclamação por parte do público, que acaba perdendo momentos das *lives* para assisti-los, para não espantar a audiência, a plataforma permite que os *viewers* se livrem de ter que se deparar com eles de uma forma muito simples: se tornando *subscriber* (inscrito) do canal de determinado *streamer*. Os valores das inscrições variam de R\$ 7,90 em diante, a depender dos benefícios oferecidos.

Dessa forma, as inserções de *advertisements* em suas *lives* representam verdadeiras oportunidades de ganhos financeiros para os *streamers*, seja através de recebimentos diretos dos anunciantes, seja através do incentivo às inscrições – que também representam ganhos financeiros –, ou também através da construção de parcerias e relacionamentos comerciais com as marcas para futuros patrocínios, por exemplo.

Estima-se que a plataforma, como um todo, deve gerar cerca de US\$ 1,1 bilhão somente com publicidade¹⁶. Ou seja, demonstrada está a importância do referido instrumento para a sustentação da plataforma e o desenvolvimento dos *streamers* a longo prazo, bem como a relevância econômica em termos do montante que circula no meio. Passemos a analisar quais são – ou quais devem ser – as consequências práticas disso no que se refere à tributação.



1.3 A importância do tema à luz do princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva encontra-se consagrado no art. 145, § 1º, da Constituição Federal¹⁷. É advindo do ideal de justiça fiscal¹⁸ e serve de instrumento para a concretização de direitos fundamentais como a igualdade e a propriedade¹⁹, pois, de forma mais simplificada, afirma que quem tem maior riqueza deve, proporcionalmente, pagar mais tributos do que quem tem menor riqueza, contribuindo mais para a manutenção da máquina pública²⁰.

Dessa forma, a tributação se torna mais justa, equânime e, acima de tudo, dotada de isonomia²¹, não confiscando indevidamente bens de quem eventualmente não tenha a capacidade para suportar os respectivos encargos tributários. Além disso, impõe-se que a tributação seja modulada de modo a adaptar-se às possibilidades econômicas dos contribuintes, atingindo manifestações de riqueza²².

Tendo em vista que a capacidade contributiva é, portanto, corolário direto do princípio da igualdade, ela, ao mesmo tempo, obriga a construção de uma sociedade justa, com equidade²³, bem como veda a concessão de privilégios odiosos²⁴. Ou seja, trata-se de uma limitação ao poder de tributar, não sendo possível o confisco e o avanço sobre o mínimo existencial²⁵, se tratando também de um dever de tributação de riqueza onde ela efetivamente exista.

Conforme apresentado nos subtópicos anteriores, a atividade analisada no presente

artigo é de relevância social e econômica imensuráveis, fazendo parte da movimentação de um dos mercados mais emergentes, de maior potencial e maior crescimento no Brasil e no mundo nos últimos anos. Considerando os ganhos de alguns dos *streamers* com as transmissões e com as inserções de *advertisements*, de forma direta ou indireta, reputa-se indiscutível a presença de uma manifestação de riqueza e de poderio econômico gigantesco no meio digital.

Como ressaltado anteriormente, são indubitáveis todas as dificuldades e desafios que existem na tributação de fatos jurídicos virtuais, tendo em vista a imprevisibilidade e mudanças constantes e cada vez mais rápidas que existem nas tecnologias e meios digitais²⁶, que quase nunca são acompanhadas na mesma velocidade pela legislação e pela própria doutrina. Entretanto, é inconcebível que haja, de forma consolidada, a incidência tributária sobre atividades como pintura, encanamento, bares e

A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA
É, PORTANTO, COROLÁRIO
DIRETO DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE. ELA, AO MESMO
TEMPO, OBRIGA A CONSTRUÇÃO
DE UMA SOCIEDADE JUSTA,
COM EQUIDADE, BEM COMO
VEDA A CONCESSÃO DE
PRIVILÉGIOS ODIOSOS



restaurantes – as quais, no Brasil, em sua maioria, são de ganhos pequenos – e não tenha nenhuma previsão específica e tanta insegurança jurídica sobre atividades de inserções publicitárias em meios digitais, especialmente na *Twitch*, com a circulação de valores de monta estratosférica.

Logo, é evidente que a atividade de inserção de *advertisements*, seja por meio dos ganhos diretos ou indiretos (incentivos), ostenta um signo presuntivo de riqueza e, assim como preleciona os princípios fundamentais orientadores dos tributos, a capacidade contributiva também deve ser considerada na presente análise.

2. A tributação dos *advertisements* com base na análise da regra-matriz de incidência tributária do ISSQN

Feitas as imprescindíveis considerações a respeito do objeto de estudo do presente artigo e restando clara a relevância da presente análise tendo em vista a considerável monta de circulação financeira no meio, inicia-se, de fato, o exame a respeito da pergunta fundamental a ser respondida, a

partir do estudo da regra-matriz de incidência tributária do tributo em questão, qual seja, a incidência ou não do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) sobre as operações em análise.

2.1 Noções gerais a respeito da regra-matriz de incidência tributária

A regra-matriz de incidência tributária (RMIT) pode ser interpretada de duas formas. A uma, sob o plano abstrato, pode ser concebida como um esquema lógico-formal que pretende extrair o mínimo de conteúdo sintático deôntico da norma jurídica a fim de explicá-la, reduzindo toda e qualquer norma do sistema jurídico à regra-matriz de incidência tributária. A duas, pode ser compreendida como norma jurídica *stricto sensu*, ou seja, composta pela substituição dos símbolos sintáticos formais (a mera fórmula) por expressões que abrangem um contexto semântico mais amplo.

Fato é que ambos os métodos podem ser trabalhados em qualquer ramo do direito, inclusive no tributário²⁷. Neste, “costuma-se adotar classificação das normas jurídicas pelo seu caráter grupo institucional em (i) normas que estabelecem princípios, (ii) normas que estabelecem a incidência de tri-



É EVIDENTE QUE A ATIVIDADE DE INSERÇÃO DE *ADVERTISEMENTS*, SEJA POR MEIO DOS GANHOS DIRETOS OU INDIRETOS (INCENTIVOS), OSTENTA UM SIGNO PRESUNTIVO DE RIQUEZA E, ASSIM COMO PRELECIONA OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS ORIENTADORES DOS TRIBUTOS, A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA TAMBÉM DEVE SER CONSIDERADA NA PRESENTE ANÁLISE

butos e (c) normas que fixam providências administrativas para operacionalizar a instituição e cobrança dos tributos”. Ao grupo de normas que prescrevem a incidência de tributos, denomina-se regra-matriz de incidência tributária (RMIT), caracterizando o cerne do tributo²⁸.

A RMIT é a norma que prescreve a incidência dos tributos, dividindo-se em duas partes: antecedente e consequente. O antecedente é orientado pelos critérios material, espacial e temporal. Por sua vez, o consequente é orientado pelos critérios pessoal e quantitativo.

Paulo de Barros Carvalho adverte que o antecedente da norma deve recair sempre no plano ontológico da possibilidade, devendo o legislador sempre primar por “fatos de possível ocorrência no mundo dos acontecimentos sociais”, leia-se, fatos lícitos, possíveis e determinados. As mesmas premissas são válidas quando da análise do consequente, tendo em vista que não faria sentido determinar um comportamento permissivo, obrigatório ou proibitivo se o destinatário da norma não o pudesse “escolher” entre fazer ou não fazer. Ou seja, “ao disciplinar condutas intersubjetivas, o legislador opera no pressuposto da possibilidade”²⁹.

Estabelecidas as premissas fundamentais desta orientação epistemológica, o objeto de análise deste estudo isolará o critério material do antecedente e o critério pessoal do consequente para verificar se o exercício da atividade de inserção de anúncios publicitários – os conhecidos *advertisements* – em *streams* feitas na plataforma

Twitch se configura como fato passível de incidência do ISSQN.

2.2 O ISSQN, seu critério material e a definição de “serviço”

Ao definir o sistema de partilha de competência tributária, a Constituição Federal atribuiu a cada ente os tributos que cada um poderá instituir, estabelecendo implicitamente os vários critérios que compõem a regra-matriz de incidência tributária, dentre eles o critério material da hipótese³⁰. Em seu art. 156, inciso III, atribuiu aos municípios a competência tributária para instituir imposto sobre “serviços de qualquer natureza” (ISSQN).

Assim como os demais tributos, a cobrança do ISSQN pelas administrações municipais deve seguir a ordem hierárquica do direito, qual seja: (i) Constituição Federal, (ii) lei complementar, (iii) lei municipal, (iv) parecer normativo e (v) solução de consulta.

Primeiramente, a tributação das inserções publicitárias em *streams* feitas na plataforma Twitch pressupõe compatibilidade com a carta magna de 1988 (art. 156, III), ou seja, que a atividade sob análise seja conceitualmente caracterizada como “serviço”. Além disso, a atividade considerada como “serviço” requer previsão expressa na lista anexa à Lei Complementar 116/03. Também se exige uma instituição via lei ordinária municipal e, por último, também é possível pressupor pareceres normativos e soluções de consulta para fins de interpretação e aplicação da lei, tendo em vista tratar-se das chamadas “tecnologias disruptivas”.



Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro é regulado por preceitos constitucionais que, em maior ou menor grau, sempre buscam privilegiar a harmonização do sistema constitucional³¹. Aos serviços compreendidos no art. 155, II, da CF/88, os de “transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”, a CF outorgou a competência aos estados e ao Distrito Federal. Fora deste núcleo pré-estabelecido, é reservada aos municípios a competência para instituir o ISSQN, por meio de lei complementar (estabelecendo a definição do serviço).

Nos termos deste sistema constitucional – exaustivo e rígido no que diz respeito à outorga e discriminação de competências tributárias –, os municípios só podem instituir o referido imposto sobre fatos abrangidos pelo conceito de serviço, predefinidos na Constituição, a qual se limita a descrever os arquétipos das hipóteses de incidência e restringe a esfera de ação legislativa³². Ou seja, o texto magno fornece ao legislador ordinário os contornos e as balizas aplicáveis, de forma que este não pode, no gozo de sua competência, usurpar o conteúdo ou alcance dos limites empregados pela CF.

Dentro dessa ideia de sistema harmônico, assim como ocorre com todos os tributos, o legislador constitucional consignou todos os critérios que ensejam a ocorrência do fato jurídico-tributário³³, ainda que de forma implícita. Portanto, é evidente que o ISSQN tem como precípua o seu caráter constitucional que delimita a análise jurídica da regra-matriz de incidência

tributária com base nos critérios e parâmetros explícitos e implícitos na carta magna. A partir desta premissa, o sistema jurídico objeto deste estudo somente será válido se a Constituição for o principal vértice e fundamento de validade de todas as normas deste sistema, primando pelo princípio da supremacia constitucional³⁴.

Passando à análise da RMIT (regra-matriz de incidência tributária) do ISSQN, temos que a hipótese de incidência (antecedente) traz, a partir da descrição legislativa hipotética, um fato cuja ocorrência no mundo dos fatos a lei atribui a força jurídica para determinar o nascimento da obrigação tributária³⁵. Em outras palavras, a hipótese de incidência é a seleção de alguns critérios que permitem a subsunção dos fatos no plano da realidade.

São três os critérios para identificação do fato social descrito na hipótese de incidência: o critério material, composto por um verbo acrescido de um complemento, bem como os critérios espacial e territorial, ou seja, o núcleo do acontecimento fático e suas condicionantes de espaço e de tempo³⁶.

Sem dúvidas, o aspecto mais complexo da hipótese de incidência é o material, tendo em vista que ele contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, caracterizadores do arquétipo que a hipótese de incidência consiste³⁷. Nele, há referência a um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas e, para que a hipótese se concretize, o comportamento deve ser acompanhado das coordenadas de espaço e tempo, para delimitar a exata ocorrência³⁸.



O critério material da hipótese, também chamado de núcleo central³⁹, é formado, invariavelmente, por um verbo, que sugere um comportamento humano de “dar, fazer ou ser” seguido de seu complemento, que conduz a uma imagem abstrata de um fato jurídico⁴⁰.

Para José Roberto Vieira⁴¹, “o critério material do antecedente normativo apresenta comportamentos de pessoas, representados por um verbo e seu complemento”, destacando a relevância de se “identificar um termo essencial da oração que compõe o critério material: o verbo”.

Contudo, o método da regra-matriz de incidência tributária (antecedente e consequente) não se esgota no plano formal. É necessário realizar um juízo investigativo sobre os conteúdos de significação que a linguagem do direito positivo carrega. Ou seja, ainda que o método supramencionado forneça uma fórmula lógica das relações jurídicas, urge a necessidade de preencher as variáveis dessa equação. Este é justamente o problema que se identifica na interpretação de “serviço” como fato passível de incidência do ISSQN. Atualmente, são diversas as correntes doutrinárias que buscam delimitar a interpretação do critério material do referido tributo.

Seguindo o arquétipo constitucional, de acordo com as preleções de José Roberto Vieira⁴², o ISSQN deve incidir sobre a “prestação de serviços”, sendo esse o núcleo central e critério material da regra-matriz de incidência tributária deste imposto. Esse núcleo é reproduzido pelo verbo “prestar”, acompanhado do seu

complemento “serviços de qualquer natureza” (relação deontica entre dois ou mais sujeitos)⁴³.

Neste sentido também são as lições de Betina Treiger Grupenmacher⁴⁴, Leandro Paulsen⁴⁵ e Aires F. Barreto⁴⁶ sobre o critério material do ISSQN, os quais apregoam que o núcleo central não se restringe apenas ao complemento “serviço”.

De acordo com a chamada teoria econômica, o conceito de “serviços de qualquer natureza” pode ser compreendido como a “prestação de utilidade (material ou não) de qualquer natureza, efetuada sob regime de direito privado, mas não sob regime trabalhista, qualificável juridicamente como execução de obrigação de fazer, decorrente de um contrato bilateral”⁴⁷. Isto é, para configurar-se como prestação de serviço sujeita à incidência do ISSQN, é necessário que ocorra o exercício, por parte de alguém (prestador), que tenha por objetivo produzir uma utilidade relativa a outra pessoa (tomador), a qual remunera o prestador – preço do serviço⁴⁸.

Sérgio Pinto Martins conceitua “serviço” como “a existência de transferência onerosa, por parte de uma pessoa a outra, de bem imaterial que se acha na etapa da movimentação econômica. Prestam-se, assim, serviços quando se vende um bem imaterial”⁴⁹.

Na perspectiva desta teoria, há um alargamento da hipótese de incidência que pode ser complementada por quaisquer atividades imateriais que ostentem características de serviço. Esta corrente está intrinsecamente associada à residualidade, dispen-



A DELIMITAÇÃO DE “SERVIÇO”
PARA FINS TRIBUTÁRIOS
ESTÁ OBRIGATORIAMENTE
VINCULADA AOS CONCEITOS
DO DIREITO PRIVADO, OU SEJA,
DIRETAMENTE VINCULADA
A UMA OBRIGAÇÃO DE
FAZER COM A REALIZAÇÃO
CONCRETA DE UM ATO,
MEDIANTE ESFORÇO HUMANO

sando-se a necessidade de vinculação com o direito privado. O conceito de “serviço” perpassa pelos critérios orientadores da economia. Em tese, há plena congruência com o art. 110 do CTN, já que o direito privado não se sobrepõe às demais áreas do conhecimento jurídico, de modo que o direito tributário tem plena liberdade e competência para formular os seus próprios conceitos jurídicos. Ao que importa à presente análise, esta teoria certamente é a mais coerente para corroborar a incidência de ISSQN na inserção de *advertisements* em *streams* feitas na plataforma Twitch.

Por outro lado, a corrente doutrinária civilista (também denominada de jurídica) entende que basta uma obrigação de fazer para configurar a incidência do imposto, definindo que o ISSQN é “um imposto de natureza mercantil que resulta da obrigação de fazer”, pressupondo a existência de um contrato formado entre prestador de serviço e seu tomador⁵⁰.

Para os defensores desta corrente, a Constituição Federal “teria encampado um conceito de serviço originado do Direito Civil, que seria vinculante para o legislador tributário, por força da prescrição do art. 110 do CTN”⁵¹. Este dispositivo do CTN traz uma vedação à lei tributária, impedindo que o legislador altere “a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal”.

Em síntese, na linha deste entendimento, a delimitação de “serviço” para fins tributários está obrigatoriamente vinculada aos conceitos do direito privado, ou seja, diretamente vinculada a uma obrigação de fazer com a realização concreta de um ato, mediante esforço humano⁵².

Aires Fernandino Barreto⁵³ complementa que o conceito de serviço tributável empregado pela Constituição Federal para discriminar, identificar e demarcar a esfera de competência dos municípios, é um conceito de direito privado, nos termos do art. 110 do CTN, justificando a existência da corrente civilista, que compreende que o ISSQN “incide sobre o contrato de prestação de serviço cuja natureza seja uma obrigação de fazer” e que “do exame sistemático da Constituição – convém reiterar – serviço é esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial”⁵⁴.

Nessa mesma linha, o tribunal pleno do STF, no julgamento do RE 116.121, em 23 de outubro de 2000, considerou inconsti-



tucional a incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis, por se tratar de uma “obrigação de dar” e, por isso, não se enquadrar no conceito constitucional de serviço, que pressupõe uma obrigação de fazer⁵⁵.

Fato é que o legislador constitucional elegeu como critério material da hipótese de incidência tributária do ISSQN a “prestação de serviços de qualquer natureza”⁵⁶. A doutrina e a jurisprudência são divergentes ao conceituar serviço como a entrega de uma utilidade ou a simples obrigação de fazer, embora haja semelhança entre os conceitos.

Ambas as correntes têm sido empregadas ora a um interesse, ora a outro. Contudo, a corrente civilista tem sido insuficiente para abarcar o desenvolvimento das novas tecnologias, sendo que a teoria econômica é a que dá muito mais suporte para fundamentar a incidência do ISSQN sobre estas tecnologias “disruptivas”.

Considerando tal insuficiência, bem como a complexidade e do caráter nacional do imposto, e anteveendo eventuais conflitos de competência, o constituinte escolheu a lei complementar como veículo introdutor das normas jurídicas tributárias definidoras dos serviços de qualquer natureza sujeitos à incidência do ISSQN⁵⁷.

2.3 A lista anexa à Lei Complementar 116/03, a inclusão do item 17.25 e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito

Com o propósito de cumprir o seu desiderato constitucional, o legislador infracons-

tucional instituiu a Lei Complementar 116/03 com a função de reproduzir o arquétipo constitucional do ISSQN, estabelecendo os critérios da regra-matriz de incidência tributária do mencionado imposto⁵⁸. O seu art. 1º, *caput*, prescreve como critério material da regra-matriz de incidência tributária do ISSQN a prestação de serviços de qualquer natureza constantes na sua lista anexa.

Entretanto, há enorme divergência doutrinária acerca da incidência do ISSQN sobre os serviços constantes na mencionada lista anexa. Para Roque Antonio Carrazza⁵⁹, a lista é apenas sugestiva, pois não pode enumerar itens que não aludem a serviços de qualquer natureza, por exemplo, o caso da cessão de direito de uso de marcas e sinais de propaganda (item 3.02), sendo necessário somente que a atividade prestada se enquadre no conceito de serviço.

Por outro lado, Betina Treiger Gruppenmacher⁶⁰ nos lembra da existência de outra corrente que defende a observância da taxatividade da lista de serviços, isto é, que o dispositivo constitucional é claro no sentido de que os municípios só podem tributar serviços de qualquer natureza definidos expressamente previstos na lei complementar. Neste sentido foi como decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos EDcl no AgRg no AREsp 464.154/SP, de relatoria do ministro Humberto Martins, julgado em 24 de outubro de 2014.

Porém, em duas oportunidades, tanto o STJ como o STF, em que pese analisarem a lista anexa ao Decreto-Lei 406/68, que antecedeu à Lei Complementar 116/03, con-



cluíram que esta, embora taxativa, admite interpretação extensiva de seus itens para alcançar os chamados congêneres⁶¹.

Certo é que a discussão sobre a “inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade” (item 17.25) sempre foi alvo de muito debate entre o contribuinte, o fisco municipal e o fisco estadual.

O conflito de competência envolvendo a inserção de publicidade passou a ser objeto de discussão em meados de 2006, que culminou com o STJ consolidando o entendimento quanto à controvérsia que se instaurou sobre a tributação dos provedores de acesso.

A controvérsia jurídica residia no plano do critério material da RMIT do ICMS-comunicações para analisar se o puro provimento de acesso à internet, ou seja, se as empresas que simplesmente conectavam as pessoas físicas à internet deveriam ter a obrigação tributária de pagar ICMS-comunicações porque supostamente realizavam comunicação através da transmissão de dados.

Em 2006, com base na Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), o STJ⁶²

concluiu favoravelmente aos contribuintes, entendendo tratar-se de serviço de valor adicionado, tendo em vista que, do aspecto técnico, as empresas não possuíam uma infraestrutura de telecomunicações para realizar a transmissão de sinais. Deste modo, considerando a teoria que reconhece a taxatividade da lista anexa à LC 116/03⁶³, prevaleceu a hipótese de que os provedores de acesso deveriam pagar ISSQN caso constasse o referido item na lista anexa à LC 116/03.

Em 2008 a discussão chegou ao STF, que analisou a questão e concluiu que não tratava sobre matéria constitucional, considerando que a análise jurídica da controvérsia partia da Lei Geral de Telecomunicações. A pendência se encerrou quando o STJ sumulou o tema⁶⁴ e os processos administrativos logo acabaram se concluindo.

Curiosamente, até a presente data não houve a inclusão do item na lista anexa, o que significa dizer que os provedores de acesso, até quando foram economicamente relevantes – pós advento das bandas-largas deixaram de ser –, jamais foram obrigados a recolher ICMS-comunicações e nem ISSQN sobre as operações, considerando a ausência de previsão na lista anexa.



O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENVOLVENDO A INSERÇÃO DE PUBLICIDADE PASSOU A SER OBJETO DE DISCUSSÃO EM MEADOS DE 2006, QUE CULMINOU COM O STJ CONSOLIDANDO O ENTENDIMENTO QUANTO À CONTROVÉRSIA QUE SE INSTAUROU SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS PROVEDORES DE ACESSO

Contudo, após um mês do julgamento sobre a matéria pelo STF em 2008, o Estado de São Paulo realizou uma verdadeira caçada às empresas que realizavam publicidade online e fiscalizou todas ao mesmo tempo, lavrando vários autos de infração por falta de emissão de nota fiscal (valores que não foram levados à tributação).

O argumento foi de que, embora não incidisse tais tributos sobre os provedores de acesso, certamente poderia incidir ICMS-comunicações sobre a publicidade e propaganda realizada no meio virtual, haja vista tratar-se do conceito de “serviço de comunicação” mencionado no art. 155, II, da CF/88.

Também por não existir item na lista anexa, essas empresas simplesmente não emitiam notas fiscais, mas apenas forneciam, aos clientes, uma nota de débito ou uma fatura para documentar a operação. Por oportuno, destaca-se que a multa prevista para este fato é de 100% sobre o valor da operação, o que revela uma disputa bilionária e extremamente relevante para as empresas que atuavam nesta área. As primeiras decisões do TIT, inclusive da câmara superior, foram contrárias ao contribuinte, que naturalmente passaram a judicializar a discussão.

A título de exemplo, fazenda estadual de São Paulo lavrou, em face do Facebook⁶⁵, um auto de infração no valor total de R\$ 1.673.712.253,71, pela falta de emissão de notas fiscais (deixar de oferecer os valores das operações à tributação do ICMS-comunicações). No mesmo período, lavrou, em face da Microsoft⁶⁶, outro auto de infração no valor total de R\$ 111.297.686,94.

Até que em 2016, com o advento da Lei Complementar 157/16, houve a inclusão de vários itens relacionados às novas atividades de tecnologias na lista anexa à LC 116/03, e um dos itens relevantes foi justamente o 17.25, em análise no presente artigo. Os registros pré-aprovação da LC 157/16⁶⁷ revelam o intenso debate promovido pelo Congresso Nacional sobre o tema da inserção de material publicitário, isso porque ainda havia um conflito de interesses (conflito de competência entre estados e municípios – ISSQN x ICMS-comunicações), controversia essa que residia especialmente sobre a questão semântica: *inserção* (ISSQN) ou *veiculação* (ICMS-comunicações) de material publicitário?

2.4 Efetiva subsunção do fato à norma: análise semântica e pragmática das terminologias “inserção” e “veiculação”

O emprego da melhor técnica conceitual e redacional privilegia o estudo da norma jurídica tributária, em especial quando os estudos se voltam à interpretação do núcleo material da hipótese de incidência.

Sabe-se que “o texto (em sentido estrito) é significativo, mas não contém, em si mesmo, significações (seu conteúdo). Ele serve como estímulos para a produção do sentido”⁶⁸. Ou seja, o sentido da norma “é construído por um ato de valoração do intérprete”.

Sobre o tema, Paulo de Barros Carvalho elucida que “segundo os padrões da moderna Ciência da Interpretação, o sujeito do conhecimento não extrai ou descobre o sentido



que se achava oculto no texto. Ele o constrói em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu mundo, vale dizer, do seu universo de linguagem”⁶⁹.

É justamente neste ponto que o método do presente estudo se confirma, tendo em vista que, para acessar as prescrições jurídicas, “partimos do texto (em sentido estrito) e, mediante um processo hermenêutico, construímos seu sentido. A mensagem legislativa, assim, só é conhecida, se interpretada”⁷⁰.

Portanto, passa-se à análise semântica e pragmática dos termos “inserção” e “veiculação” e suas implicações para fins da incidência tributária.

As propostas de emendas que antecederam a LC 157/16 discutiam sobre o termo que melhor se adequaria ao item 17.25, isso porque era necessário prestigiar a melhor técnica redacional e precisão conceitual à luz do ISSQN, justamente em razão do preexistente conflito de competência com o ICMS. Neste sentido, consta dos relatórios das emendas à referida LC o cuidado que o legislador teve ao empregar adequadamente a terminologia “inserção” e não “veiculação” de publicidade, porque se cuida de “inserir” o material publicitário no espaço contratado e não de “veicular” ao público, ato próprio da divulgação de conteúdos (notícias, informações e entretenimento) por meio de comunicação social e *transmissão de sinais*⁷¹.

Cabe mencionar que uma boa parte da receita dos provedores de conteúdo e aplicativos na internet deriva especialmente da venda de espaço publicitário em suas

páginas eletrônicas, ao passo que, sem a previsão contida no subitem 17.25, a atividade econômica desses agentes escaparia à tributação do ISSQN.

A atividade de inserção de material publicitário no mundo virtual (aplicativos, redes sociais, sites, sem prejuízo de outros) representa um importante instrumento para a prática da publicidade online, que, muito embora se utilize de uma infraestrutura de comunicação *já estabelecida*, não se confunde com tal.

Até porque o prestador de serviços que realiza a inserção de conteúdo publicitário em meios digitais utiliza-se justamente dos mecanismos fornecidos por empresas que promovem as condições necessárias para o acesso/conexão da internet (os verdadeiros prestadores de serviço de comunicação, que não se confundem com o prestador anunciante da publicidade online).

Soma-se a isso o fato de que a atividade de inserção vai muito além da mera divulgação, tendo em vista que há a disponibilização de uma ferramenta que permite a gestão da publicidade digital pelo tomador do serviço.

Tais ferramentas permitem, a título de exemplo, a escolha do local de exibição do anúncio (mecanismos de pesquisa como Google/Yahoo), segmentação por dispositivos (computadores, smartphones, dentre outros), programação da exibição do *ads* (frequências, horário), segmentação por localização geográfica, gênero e idade. Ou seja, totalmente “configurável” aos interesses do anunciante.



Não obstante, é possível também dimensionar o impacto e o retorno financeiro deste serviço permitindo saber até a quantidade de “cliques” em determinado *ad* ou períodos em que teve maior acesso e visibilidade.

Logo, é possível concluir que a atividade de inserção de material publicitário envolve atividades materiais (inteligência e esforço humano) e imateriais, de modo que a simples veiculação indeterminável do material publicitário torna o referido serviço sem sentido.

Dentre as várias formas de inserção de publicidade e propaganda, destaca-se o “*video advertising*”⁷² na plataforma Twitch, objeto do presente estudo.

O lado oposto da discussão é conceituar essa “inserção” de conteúdo publicitário como veiculação/comunicação e, portanto, passível de incidência do ICMS, como serviço de comunicação (art. 155, II, da CF). Ocorre que na “inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade” nos meios digitais, o prestador do serviço não disponibiliza condições materiais para a troca de informações e mensagens. Ou seja, embora preste um serviço, este não tem natureza de comunicação, diante da ausência de elementos necessários à configuração do fato gerador do ICMS. Por consequência, insere-se no âmbito do ISSQN (art. 156, III, da CF).

Isso porque o serviço do item 17.25 não preenche as condições técnicas para a transmissão, emissão ou tráfego de mensagens. Como exposto anteriormente, a atividade

de inserção de material publicitário é realizada tendo como base a infraestrutura de comunicação de terceiros, preliminarmente estabelecida – estes sim – contribuintes do ICMS-comunicações.

A lógica é simples: os prestadores de serviço do item 17.25 são tomadores do serviço de comunicação, tendo em vista que utilizam a infraestrutura de internet (cabos, fibra óptica, servidores, entre outros) posta por empresas de telecomunicações reguladas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), para transmitirem suas mensagens.

Nota-se que, após a aprovação desta lei complementar, houve uma oscilação nas decisões do já mencionado TIT, quando as câmaras ordinárias começaram a adotar a tese de que a LC teria resolvido o conflito de competência, ao menos do ponto de vista legislativo, ou que de fato não existiria serviço de comunicação (art. 155, II, CF).

No entanto, a Fazenda do Estado de São Paulo começou a advogar dois novos argumentos: (i) a LC 157/16 não tem o condão de resolver conflito de competência, haja vista ser uma lei específica do ISSQN, que não foi levada ao Congresso com essa característica e finalidade e que não se compatibiliza com o art. 146, II e III, alínea ‘a’, da CF. Além disso, que (ii) a atividade de inserção não se confundiria com a atividade de comunicação, motivo pelo qual os autos de infração não precisariam ser cancelados.

Em 2018, o Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADI 6.034, pleiteando a inconstitu-



cionalidade do item 17.25 da lista anexa à LC 116/03, acrescido pela LC 157/16. Dentre os pedidos, destacaram-se (i) a declaração de que “inserção de publicidade” assinala veiculação; (ii) que a incidência do ISSQN se restringia às hipóteses cujo objeto contratual não consista na veiculação de publicidade; e (iii) a declaração de inconstitucionalidade de qualquer interpretação que excluísse a veiculação de publicidade da incidência do ICMS-comunicações.

Demonstrando a importância da referida ADI na presente análise, após esse impulso judicial do Estado do Rio de Janeiro, os estados suspenderam as autuações sobre esta matéria e o TIT parou de julgar esses casos na câmara superior.

Em 2022, o STF, por *unanimidade de votos* – algo raro nas recentes discussões tributárias –, julgou improcedente a ADI do Estado do Rio de Janeiro e declarou a constitucionalidade do item 17.25.

Em linhas gerais, o ministro relator Dias Toffoli entendeu que os “serviços de qualquer natureza” comportam uma interpretação ampla – adotando a teoria econômica de “serviço”, não sendo possível restringir a interpretação do critério material do ISSQN apenas às obrigações de fazer, à luz apenas de critérios materiais (esforço humano, por exemplo). Pacificou ainda que a solução de conflitos de competência se dá via LC, embora trate de atividade mista ou complexa – inserção e veiculação.

Por fim, firmou a tese de que a atividade de inserção de publicidade é um ato *preparatório ao serviço de comunicação* e, sendo

assim, não é possível estender a hipótese de incidência do ICMS. Ou seja, a atividade em questão envolve “inserir” a publicidade e propaganda no espaço contratado e não apenas “veicular” (com transmissão de dados) conteúdos por meios de comunicação no espaço virtual. Trata-se, portanto, de uma obrigação híbrida – dar e fazer.

Na sequência, o Estado do Rio de Janeiro opôs embargos de declaração e isso novamente causou insegurança jurídica em todo o mercado. Com as mais de 50 páginas e a riqueza de detalhes, a Fazenda carioca buscou efetivamente rediscutir a matéria. Entretanto, o STF, novamente por unanimidade votos, negou provimento aos EDs e afastou todas as teses apresentadas.

Portanto, por todo o exposto, conclui-se que, a partir de uma interpretação adequada à era das novas tecnologias e atividades “disruptivas”, (i) a inserção de *advertisements* em *lives* feitas na Twitch deve ser considerada como “serviço”, preenchendo o critério material da RMIT; e (ii) uma vez que está previsto item específico a abrangendo na lista anexa à Lei Complementar 116/03 (item 17.25), deve ser considerada serviço tributável pelo ISSQN.

3. A sujeição ativa e passiva da obrigação tributária

3.1 Critério espacial do ISSQN e a questão do “estabelecimento prestador”

Estabelecidas as considerações a respeito do critério material da hipótese de incidência do ISSQN, tendo em vista a necessida-



de definir se as atividades de inserções de *advertisements* na Twitch podem ser efetivamente consideradas como serviço tributável pelo referido imposto, agora passa-se a destrinchar o critério espacial para ser possível concluir qual é o sujeito ativo (detentor da competência), bem como qual é o contribuinte da respectiva obrigação tributária.

O critério espacial pode ser entendido como o responsável pela definição do local em que se verifica ocorrido o fato gerador, ou seja, do espaço territorial em que pode se efetivar o critério material⁷³. No caso do ISSQN, portanto, seria onde se consideraria que o serviço tenha sido prestado, para fins de delimitar o ente competente para exigir o seu pagamento e o efetivo devedor da obrigação.

No que tange a tal critério, diferentemente do que se observa no critério material, não é função da Constituição Federal e ela não traz nenhuma espécie de definição a respeito de qual seria a localidade que seria considerada para fins de identificação do sujeito tributante. “Não é da essência da Constituição determinar o aspecto espacial tributário, isto é, o ponto geográfico onde se reputa ocorrido um fato gerador em específico”⁷⁴. Esse, inclusive, é o entendimento pacífico observado na jurisprudência do STF⁷⁵, a qual considera a referida matéria infraconstitucional, de forma que cabe, portanto, à legislação complementar e ordinária.

Nesse sentido, José Eduardo Soares de Melo afirma que “os fatos tributários naturalmente ocorrem em específicos lugares,

O CRITÉRIO ESPACIAL PODE SER ENTENDIDO COMO O RESPONSÁVEL PELA DEFINIÇÃO DO LOCAL EM QUE SE VERIFICA OCORRIDO O FATO GERADOR, OU SEJA, DO ESPAÇO TERRITORIAL EM QUE PODE SE EFETIVAR O CRITÉRIO MATERIAL. NO CASO DO ISSQN, PORTANTO, SERIA ONDE SE CONSIDERARIA QUE O SERVIÇO TENHA SIDO PRESTADO

cumprindo ao legislador estabelecer o local em que, uma vez acontecida a materialidade tributária, se reputa devida a obrigação”⁷⁶. Portanto, cabe à lei complementar disciplinadora do ISSQN tal definição. E assim ela vem fazendo desde que o referido tributo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

A já mencionada Lei Complementar 116/03, em seu art. 3º, *caput*, dispõe que “o serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador”. Regra muito semelhante já existia no arcabouço legal anterior sobre o tributo em questão, qual seja o Decreto-Lei 406/68, que substituiu o Ato Complementar 36/67, que trazia que o imposto seria devido no local da sede da empresa prestadora do serviço.

Entretanto, o STJ, em uma série de decisões a respeito dos referidos dispositivos legais⁷⁷, se manifestava pelo critério espacial do ISS-



QN ser o município em que o serviço fosse prestado, em homenagem ao princípio da territorialidade e em respeito às correntes doutrinárias que defendiam a tese de que a tributação deveria ocorrer nos locais onde efetivamente se observassem os substratos e os resultados econômicos das atividades, onde de fato ocorria a manifestação de riqueza⁷⁸. Outra preocupação que havia à época era a observância de práticas evasivas por parte dos contribuintes, que montavam seus estabelecimentos em localidades com alíquotas de ISSQN menores e prestavam seus serviços em outros municípios, com a única intenção de redução de sua carga tributária.

Apesar da redação da LC 116/03 quanto ao critério espacial praticamente não ter se alterado, a lógica legislativa havia mudado: o legislador determinou a tributação no local do estabelecimento prestador como regra geral e elencou exceções – certos serviços – em que o critério para delimitação da sujeição ativa seria diferente, inclusive com a previsão de algumas hipóteses de tributação na fonte, a ser exigida pelo município do tomador do serviço. Tais determinações estabeleciam, de certa forma, uma maior segurança jurídica, o que fez o STJ alterar seu entendimento histórico ao julgar o REsp 1.117.121/SP, determinando que “a competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406/68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116/2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3º)”⁷⁹.

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial não vai mais de encontro às disposições legais. Assim, no que diz respeito ao

caso em questão, o item 17.25 da lista anexa à LC 116/03, que prevê justamente o serviço de “inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio”, por não constar em nenhuma das hipóteses de exceção dos incisos e parágrafos do art. 3º, leva à conclusão de que os serviços de inserção de *advertisements* nas *lives* da Twitch devem ser tributados pelo município onde se localiza o estabelecimento prestador.

Tendo tal ponto sido definido, passa-se agora à tarefa mais árdua: conceituar “estabelecimento prestador”, a fim de identificar, com precisão, o sujeito ativo do ISSQN a ser exigido pela prática do serviço em questão.

Partindo-se de uma visão geral, para Pedro Nunes, trata-se do “conjunto de instalações estáveis e adequadas para o exercício de certas atividades”⁸⁰. Já em uma análise conceitual mais voltada à esfera tributária, pode-se entender como o local onde haja uma “manifestação material em que a pessoa se situa no espaço em que exista um centro de ocupação habitual”⁸¹ ou o “local onde se realizam operações ou negócios que traduzem a prática de atos de comércio, pouco importando a sua maior ou menor importância”⁸².

A ministra Eliana Calmon, relatora do mesmo REsp 1.117.121/SP, julgado pelo STJ no final de 2009, definiu “estabelecimento prestador” como “o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de



atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas”⁸³.

Diante de todos os conceitos aqui expostos, extraídos tanto da doutrina como da jurisprudência, é possível concluir que o estabelecimento do prestador de serviços é aquele no qual este, de forma habitual, efetivamente pratique as atividades ou disponha de toda a estrutura necessária para tal. Se estivéssemos falando de um serviço já consolidado e mais comum, seria fácil identificar o “estabelecimento prestador” e, conseqüentemente, o município competente para a tributação.

Porém, como se trata de atividades exercidas em meios digitais, previstas em contratos complexos e que geralmente envolvem empresas internacionais, com sede e estabelecimentos concentrados no exterior, um dos maiores desafios está justamente em identificar a localidade do prestador do serviço⁸⁴. Além disso, o serviço de inserção de publicidade online, de modo geral, não exige a constituição de um estabelecimento formal todo estruturado para a sua prestação, podendo ser executado de qualquer lugar, a qualquer momento.

São exatamente esses desafios e incertezas que buscaremos solucionar a partir de ago-

ra, tentando construir uma resposta que, ainda que não seja definitiva e possa não ser a mais adequada, seja capaz de nortear os envolvidos na direção de uma resolução razoável.

3.2 O prestador do serviço de inserção de publicidade online e o ente federativo detentor da competência para exigir o ISSQN

No que diz respeito a serviços de inserção de publicidade online mais tradicionais, por exemplo, as propagandas em certos *sites* mais visados ou os próprios anúncios nos vídeos do YouTube, se trata de uma análise mais simples, onde há uma mera relação jurídica entre o *site*/plataforma e as marcas/anunciantes.

No universo da Twitch, entretanto, conforme já ressaltado nos tópicos iniciais, a lógica é um pouco diferente. Além dos anúncios em forma de imagens e vídeos automaticamente inseridos pela própria plataforma, os quais remetem àqueles do YouTube, tendo praticamente a mesma lógica, ainda há a modalidade de *advertisements* a serem inseridos pelos *streamers*, meros usuários da plataforma e que podem exercer tais atividades ao seu bel-prazer, se desejarem, na quantidade que desejarem e com a frequência que bem entenderem.

NO QUE DIZ RESPEITO A SERVIÇOS DE INSERÇÃO DE PUBLICIDADE ONLINE MAIS TRADICIONAIS, POR EXEMPLO, AS PROPAGANDAS EM CERTOS *SITES* MAIS VISADOS OU OS PRÓPRIOS ANÚNCIOS NOS VÍDEOS DO YOUTUBE, SE TRATA DE UMA ANÁLISE MAIS SIMPLES, ONDE HÁ UMA MERA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O *SITE*/PLATAFORMA E AS MARCAS/ANUNCIANTES



TANTO O *STREAMER*
QUANTO AS MARCAS E
EMPRESAS ANUNCIANTES
TÊM A OPÇÃO DE SE FIXAR
EM DIFERENTES MUNICÍPIOS
E BUSCAR A INCIDÊNCIA
DE ALÍQUOTAS MENORES,
QUE PODEM – E COSTUMAM
– VARIAR DE 2% A 5%

Ao analisarmos as manifestações doutrinárias a respeito do assunto, encontra-se bastante material a respeito da primeira hipótese, mais natural e bem mais observada. Entretanto, o raciocínio para ela utilizado é capaz de guiar a construção de uma linha de pensamento para a segunda hipótese, mais específica do universo da Twitch e nosso especial objeto de estudo no presente artigo.

De acordo com João Henrique de Moraes Machado Rosa, sob a perspectiva de que o critério espacial do ISSQN seria de fato o local do estabelecimento prestador ou, na sua falta, do domicílio do prestador, o sujeito ativo do referido tributo sobre o serviço de inserções publicitárias na *internet* seria o município do estabelecimento do proprietário do “domínio na *internet*” ou seu domicílio⁸⁵. Ou seja, a Twitch seria a contribuinte do imposto, na medida em que seria a prestadora do serviço e a titular do domínio (endereço virtual em que está sendo exibida a propaganda).

Tal conclusão se adequa à situação dos anúncios exibidos logo que se acessa qualquer *live* na plataforma, que são inseridos automaticamente e de forma aleatória. Quanto a eles, a prestadora do serviço é a própria Twitch, o que ocasionaria outro problema que não nos cabe solucionar no presente estudo, mas deve ser objeto de profunda e especializada análise: “grande parte dos domínios da internet são provenientes de outros países e, embora o serviço tenha se iniciado no exterior e concluído no Brasil, seria impraticável uma cobrança fiscal internacional, o que geraria uma forte discrepância entre as empresas com sites nacionais e empresas com sites no exterior”⁸⁶.

Além disso, também nos deparamos com o problema – com o qual também não conseguiremos e não nos interessa lidar no momento – de que, muito embora haja casos em que as empresas prestadoras do serviço sejam brasileiras ou tenham estabelecimento constituído em território nacional para representação e exercício das atividades no Brasil, a acachapante maioria delas se concentra nos grandes centros urbanos e capitais mais centrais, como São Paulo e Rio de Janeiro, fato que poderia desequilibrar ainda mais a distribuição das receitas públicas no país.

A mesma base considerada para definir as consequências desse primeiro caso podem ser transportadas para analisar o segundo. Dessa vez, estamos falando dos anúncios que são passados durante as *lives*, interrompendo-as, os quais os *subscribers* do referido *streamer* estão dispensados de assistir. Nesse cenário, os prestadores do



serviço de inserção publicitária são os próprios *streamers*, que recebem sua contraprestação financeira de acordo com a quantidade de *ads* que passarem e a quantidade de público que conseguirem atingir.

Sendo assim, há um sujeito mais palpável e uma relação jurídica mais simples de ser compreendida, de forma que é possível cravar, com base em toda a legislação a respeito e em toda a construção teórica pautada na regra-matriz de incidência tributária, que o sujeito passivo da obrigação tributária (portanto, contribuinte) é o *streamer* e o sujeito ativo é o município no qual costumeiramente faz as suas *lives* (“estabelecimento/domicílio prestador”), eventualmente sendo onde reside.

Diante de tal desenho, tanto o *streamer* quanto as marcas e empresas anunciantes têm a opção de se fixar em diferentes municípios e buscar a incidência de alíquotas menores, que podem – e costumam – variar de 2% a 5%. O mercado em questão, inclusive, pode ser alvo de concessão de incentivos fiscais, de forma a propulsionar o desenvolvimento do *streaming* e demais ambientes on-line em regiões menos desenvolvidas e mais remotas do país.

Acreditamos se tratar da forma mais justa para se lidar com a questão, em virtude da considerável monta de dinheiro que é ganho apenas com os anúncios e em consideração à busca pelo desenvolvimento econômico equânime de todas as regiões do país e na tentativa de evitar planejamentos tributários abusivos e que prejudiquem a isonomia, intensificando a guerra fiscal.

Conclusão

As novas tecnologias e o cenário das atividades exercidas em ambientes virtuais alteraram substancialmente o ponto de vista tradicional que se tinha a respeito do limiar de ação do ser humano. E, tendo em vista a altíssima relevância econômica que vem obtendo ao longo dos anos, obviamente também impactou sobremaneira o âmbito tributário.

Uma dessas “novas atividades”, que começou a ganhar relevância com cada vez maior difusão da *internet* pelo mundo, foi a de fazer transmissões ao vivo em uma plataforma digital (tradicionalmente o YouTube), nas quais pessoas do mundo inteiro poderiam acompanhar em conjunto com o *streamer* qualquer conteúdo.

Costumeiramente, as transmissões envolviam as chamadas *gameplays*, ou seja, o *streamer* jogava algum jogo e os espectadores o assistiam, enquanto comentavam e interagiam. Com o crescimento exponencial do mercado, os conteúdos foram se diversificando cada vez mais e, atualmente, o estilo de *live* mais famosa é a de fazer os denominados *reacts*, que nada mais são do que o *streamer* reagindo a qualquer outro conteúdo produzido na internet, enquanto o comenta em conjunto com seus espectadores.

Com tamanho crescimento do ramo no mercado, logo foram surgindo uma série de novas plataformas, dentre as quais a Twitch, que bombou no final dos anos 2010. Não tardou muito para que toda essa “máquina de fazer dinheiro” fosse objeto de desejo de grandes marcas e anunciantes,



A PARTIR DE UMA ANÁLISE
DETALHADA DA REGRA-MATRIZ
DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA
– MAIS ESPECIFICAMENTE
DO CRITÉRIO MATERIAL
– CONSIDERAMOS TAIS
ATIVIDADES SEREM, DE FATO,
INSERÇÕES PUBLICITÁRIAS, E,
PORTANTO, SERVIÇOS A SEREM
TRIBUTADOS PELO ISSQN

que passaram a acertar divulgação de suas propagandas nessas plataformas, buscando atingir os públicos mais diversos e na maior quantidade possível.

Diante da relevância financeira de tal atividade, que possui impactos tributários não muito bem definidos desde algum tempo, o presente estudo buscou, por meio do método hermenêutico-analítico e do constructivismo lógico-semântico, definir a incidência (ou não) do ISSQN sobre as atividades de inserção de *advertisements* (anúncios publicitários) na Twitch.

Importa destacar que a CF/88, quanto ao termo “serviços de qualquer natureza”, contido no inciso III do seu art. 156, externaliza expressamente os seguintes parâmetros: (i) não compreenderem os serviços previstos no inciso II do art. 155 da CF⁸⁷ (serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de *comunicação*); e (ii) estarem previstos na respectiva lei complementar (LC 116/03).

Considerando estes parâmetros, em consonância com as diretrizes constitucionais, os serviços de “inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade” em *streams* feitas na plataforma Twitch, tanto não abrangem aqueles preceituados no inciso II do art. 155 da CF, na medida em que se distinguem da “comunicação”, quanto estão devidamente preconizados na Lei Complementar 116/03, por meio do item 17.25.

Logo, a partir de uma análise detalhada da regra-matriz de incidência tributária – mais especificamente do critério material – consideramos tais atividades serem, de fato, inserções publicitárias, e, portanto, serviços a serem tributados pelo ISSQN.

Não obstante, destrinchando o critério espacial, buscou-se expor a discussão em torno dos dispositivos trazidos pela legislação do referido tributo ao longo dos anos e a definição do conceito de “estabelecimento prestador”. Dessa forma, conclui-se que os sujeitos passivos da obrigação tributária são a Twitch e os *streamers* – a depender do tipo de anúncio – e o seu sujeito ativo é o município da localidade do estabelecimento (localização da Twitch no Brasil ou exterior, caso em que não incide o ISSQN) ou domicílio do prestador do serviço (local no qual os *streamers* fazem suas *lives*).

Porém, toda a presente discussão é muito recente no universo tributário, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, e ainda tem muito a avançar e se encorpar. O presente artigo busca apenas dar luz e incitar o debate em torno de uma questão consideravelmente complexa, mas que certamente representa o futuro do direito tributário brasileiro.



Notas

1. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo e Pós-Graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/PR).
2. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo e Pós-Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
3. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e Pós-Graduado *latu sensu* pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP).
4. “O legislador ao escolher os acontecimentos que lhe interessam como causa para o desencadeamento de efeitos jurídicos e as relações que se estabelecerão juridicamente como tais efeitos, seleciona propriedades do fato e da relação [...] Todo conceito é seletor de propriedades, isto quer dizer que, nenhum enunciado capta o objeto referente na infinita riqueza de seus predicados, captura apenas algumas de suas propriedades, aquelas eleitas pelo observador como relevantes para identificá-lo” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009. p. 281).
5. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 174.
6. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p.193.
7. JUSTEN FILHO, Marçal. Sujeição passiva tributária. Belém, CEJUP, 1986.
8. BARRETO, Aires Fernandino. Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais. Col. Textos de Direito Tributário, v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
9. “Uma ciência constructivista cria modelos de explicação da realidade, que, sabidamente, não se confundem com a própria realidade, mas se mostram, eventualmente, operacionais, mas estão sujeitos, sempre, a aperfeiçoamento. O modelo teórico da norma de incidência tributária, comumente chamado regra-matriz, é um bom exemplo: tem sido utilíssimo na compreensão de parcela importante do direito tributário e, aqui e ali, recebe retoques e aperfeiçoamentos” (FOLLONI, André Parmo. Ciência do direito tributário no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182).
10. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 193.
11. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 194.
12. Streaming: “A tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize download dos arquivos a serem executados” (STJ. Recurso Especial 1.559.264/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 29/04/2017, DJe 01/06/2017).
13. ALVES, E. P. M. A digitalização do simbólico e o capitalismo cultural-digital: a expansão dos serviços culturais-digitais no Brasil. Sociedade e Estado, v. 43, n.1, 2019, p. 33.
14. Fonte: Twitch Internal Data. Global. January-December 2021. Disponível em: <https://twitichadvertising.tv/audience> Acesso em: 19 nov. 2022, às 04h35.
15. MARQUES, Roque. 135 streamers brasileiros receberam US\$22 milhões da Twitch. G1, 2021. Disponível em: <https://ge.globo.com/esports/noticia/135-streamers-brasileiros-receberam-us-22-milhoes-da-twitch.ghtml> Acesso em: 27 maio 2022.
16. VEIGA, Vinicius. Twitch, Netflix e Spotify: mercado de streaming movimenta bilhões. TecnoBlog, 2020. Disponível em: <https://infonet.com.br/noticias/economia/twitch-netflix-e-spotify-mercado-de-streaming-movimenta-bilhoes/> Acesso em: 27/05/2022.
17. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 145, § 1º: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.
18. MORAES, Bernardo Ribeiro de. Compêndio de direito tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.118.



19. BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder tributar. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 689.
20. CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 9ª ed. rev. ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 65.
21. “Efetivamente, o princípio da isonomia não apenas proíbe tratamentos diferenciados sem uma justificação constitucional, como exige tratamentos diferenciados onde haja distinta capacidade contributiva ou essencialidade do produto. Justifica-se a diferenciação tributária quando, presente uma finalidade constitucionalmente amparada, o tratamento diferenciado seja estabelecido em função de critério que com ela guarde relação e que efetivamente seja apto a levar ao fim colimado” (PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 114).
22. ATALIBA, Geraldo. IPTU – Progressividade. Cadernos de Direito Municipal, em RDP 93/233.
23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 245.
24. “[...] Igualmente, as isenções e outros favores fiscais que privilegiam, em geral, grupos econômicos dotados de grande capacidade contributiva, não podem servir a interesses privados, em detrimento da maior parte, mais pobre e desprotegida dos mesmos benefícios” (DERZI, Misabel de Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário, 2009, p. 06).
25. MOREIRA, André Mendes. Capacidade contributiva. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopedia-juridica.pucsp.br/verbete/264/edicao-1/capacidade-contributiva>>. Acesso em: 20/11/2022, às 23h13.
26. QUINTELA, Guilherme Camargos; SERGIO, Samille Rodrigues. Capítulo 35. Desafios na tributação da publicidade on-line.
27. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 378.
28. NETO, Ayrton Ruy Giublin. O espaço na norma jurídica tributária: territorialidade, critério espacial e elementos de conexão. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
29. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 181.
30. GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto sobre Serviços. In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de. O direito tributário: entre a forma e o conteúdo; São Paulo: Noeses, 2014, p. 73.
31. “O princípio da unidade da Constituição é aquele que concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário”. Em decorrência deste princípio, a norma constitucional deve ser aplicada considerando-se que a Constituição é um todo, indivisível. Não há normas constitucionais superiores e inferiores” (MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011).
32. BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. Dialética, 2005, p. 26-33.
33. GRUPENMACHER, Betina Treiger. Imposto Sobre Serviços – critério espacial – a questão do domicílio do prestador e o papel do poder judiciário enquanto guardião das instituições democráticas. In: MOREIRA, André Mendes et al. Tributação: democracia e liberdade. São Paulo: Noeses, 2014, p. 152.
34. Nesse sentido, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental–pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 246).
35. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Editora Malheiros, 5ª ed., 8ª triagem, 1999, p. 69.
36. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 155.



37. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 5. ed., 8ª triagem, 1999, p. 69.
38. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 156.
39. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 482.
40. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 5. ed., 8ª triagem, 1999, p. 65.
41. VIEIRA, José Roberto. Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto. Curitiba: Juruá, 1993, p. 83.
42. VIEIRA, José Roberto. Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto. Curitiba: Juruá, 1993, p. 83.
43. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 794.
44. GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto Sobre Serviços. In: MOREIRA, André Mendes et al. O direito tributário: entre a forma e o conteúdo. São Paulo: Noeses, 2014, p.73.
45. PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares. Impostos federais, estaduais e municipais. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 360.
46. BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. Dialética, 2005, p. 495.
47. JUSTEN FILHO, 1995, p. 66 apud CARVALHO, Op. cit., p.794.
48. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 794.
49. MARTINS, Sérgio Pinto. Manual do imposto sobre serviços. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.
50. HARADA, Kiyoshi. ISS: doutrina e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60.
51. MASUKO, Ana Clarissa. O conceito de serviços como “obrigação de fazer” no direito tributário brasileiro, seus reflexos para a reforma tributária e economia digital. In: AFONSO, José Roberto; e SANTANA, Hadassah Laís (coord.). Tributação 4.0. São Paulo: Almeidina, 2020. p 309.
52. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, 1ª parte, São Paulo, Saraiva, 1967, p. 95.
53. BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na lei. Dialética, 2005, p. 33.
54. BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na lei. Dialética, 2005, p. 88.
55. RE 116.121, Relator Ministro Otavio Gallotti, relator p/ acórdão ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2000, DJ 25/05/2001.
56. GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto Sobre Serviços. In: MOREIRA, André Mendes et al. O direito tributário: entre a forma e o conteúdo. São Paulo: Noeses, 2014, p. 106.
57. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo, 2009, p. 790.
58. GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto Sobre Serviços. In: MOREIRA, André Mendes et al. O direito tributário: entre a forma e o conteúdo. São Paulo: Noeses, 2014, p. 84.
59. CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 909.
60. GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto Sobre Serviços. In: MOREIRA, André Mendes et al. O direito tributário: entre a forma e o conteúdo. São Paulo: Noeses, 2014, p. 84.
61. STJ: AgRg no Ag 461727/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 04/08/2003.
62. STJ: REsp 674.188/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJ 04/08/2008.
63. GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto Sobre Serviços. In: MOREIRA, André Mendes et al. O direito tributário: entre a forma e o conteúdo. São Paulo: Noeses, 2014, p. 84.
64. Súmula 334/STJ: “O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet”.
65. TIT, Processo 4090703-0, Recurso Ordinário julgado pela 16ª Câmara Julgadora em 06.06.2018.



66. TIT, Processo 4114517-3, Recurso Ordinário julgado pela 9ª Câmara Julgadora em 29.10.2019.
67. Neste sentido: Parecer 1.309/2013.
68. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico. 2009, p. 173.
69. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, v. 7, 2008, p. 192.
70. CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico. 2009, p. 174.
71. Emenda 1 – CAE.
72. Inserção de conteúdo publicitário em formato de vídeo, que é exibido ao usuário antes que o vídeo que ele escolheu comece a ser reproduzido ou em um local de destaque em seus resultados de busca.
73. CATUNDA, Camila Campos Vergueiro. Ainda a questão do município competente para cobrar o Imposto sobre Serviços: acerto ou desacerto da competência do STJ para analisar a questão? In: DÁCOMO, Natália de Nardi; e MACEDO, Alberto (coord.). ISS pelos conselheiros julgadores. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 76.
74. TAVARES, Eduardo Sobral. Considerações sobre o Aspecto Espacial do ISS e Análise de Constitucionalidade da Lei Complementar n. 157/2016. Revista Direito Tributário Atual, n. 41, p. 172-198, 2019.
75. P. ex.: STF. ARE n. 855.448 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02.02.2016, processo eletrônico DJe-034, divulg. 23.02.2016, public. 24.02.2016.
76. MELO, José Eduardo Soares de. ISS: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251.
77. P. ex.: STJ. Recurso Especial 41.867/RS, relator ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 4.4.1994, Diário de Justiça de 25.4.1994; STJ. Embargos de Divergência em Recurso Especial 130.792/CE, relator ministro Ari Pargendler, relator para acórdão ministra Nancy Andrighi, Primeira Seção, julgado em 7.4.2000, Diário de Justiça de 12.6.2000.
78. MELO, José Eduardo Soares de. “Incidência do ISS no local do estabelecimento prestador. O conceito de estabelecimento”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). O ISS e a LC 116. São Paulo: Dialética, 2003, p. 217.
79. STJ. Recurso Especial 1.117.121/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgamento em 14.10.2009, Diário de Justiça de 29.10.2009.
80. NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. I.
81. MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e prática do imposto sobre serviços. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 489.
82. NAUFEL, José apud. FARIA, Bento de. Dicionário Jurídico Brasileiro, V.2. São Paulo: Ícone Editora, 8. ed., 1987, p. 527.
83. STJ. Recurso Especial 1.117.121/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgamento em 14.10.2009, Diário de Justiça de 29.10.2009.
84. PISCITELLI, Tathiane. Tributação da publicidade online: o ISS é o imposto que incide. Texto publicado no portal Valor Econômico, em 12/02/2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/fio-da-meada/post/2019/02/tributacao-da-publicidade-on-line-o-iss-e-o-imposto-que-incide.ghtml> Acesso em: 16/11/2022, às 00h39.
85. ROSA, João Henrique de Moraes Machado. A publicidade na internet e suas formas de tributação. IBET. 2015. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Jo%C3%A3o-Henrique-de-Moraes-Machado-Rosa.pdf>. Acesso em 28/11/2022, às 23h55.
86. ROSA, João Henrique de Moraes Machado. A publicidade na internet e suas formas de tributação. IBET. 2015. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Jo%C3%A3o-Henrique-de-Moraes-Machado-Rosa.pdf>. Acesso em 28/11/2022, às 23h55.
87. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.



Referências

- ALVES, E. P. M. A digitalização do simbólico e o capitalismo cultural-digital: a expansão dos serviços culturais-digitais no Brasil. *Sociedade e Estado*, v. 43, n.1, 2019.
- ATALIBA, Geraldo. *IPTU – Progressividade*. Cadernos de Direito Municipal, em RDP 93/233.
- _____. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Editora Malheiros, 5. ed., 8ª triagem, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder tributar*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARRETO, Aires Fernandino. Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais. Col. *Textos de Direito Tributário*, v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- BRASIL. STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.034*.
- _____. STF, Recurso Extraordinário 116.121, Relator Ministro Otavio Gallotti, Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2000, DJ 25/05/2001.
- _____. STF. ARE n. 855.448 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02.02.2016, processo eletrônico DJe-034, divulg. 23.02.2016, public. 24.02.2016
- _____. STJ, Recurso Especial nº 1.559.264/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 29/04/2017, DJe 01/06/2017
- _____. STJ, AgRg no Ag 461727/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 04/08/2003.
- _____. STJ, Recurso Especial nº 674.188/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJ 04/08/2008.
- _____. STJ. Recurso Especial nº 41.867/RS, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 4.4.1994, Diário de Justiça de 25.4.1994
- _____. STJ. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 130,792/CE, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Primeira Seção, julgado em 7.4.2000, Diário de Justiça de 12.6.2000.
- _____. STJ. Recurso Especial nº 1.117.121/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgamento em 14.10.2009, Diário de Justiça de 29.10.2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed. rev. ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CATUNDA, Camila Campos Vergueiro. Ainda a questão do Município competente para cobrar o Imposto sobre Serviços: acerto ou desacerto da competência do STJ para analisar a questão? In: DÁCOMO, Natália de Nardi; e MACEDO, Alberto (coord.). *ISS pelos conselheiros julgadores*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, v. 7, 2008.



- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.
- FOLLONI, André Parmo. *Ciência do direito tributário no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013
- GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Regra-Matriz de Incidência do Imposto sobre Serviços. In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de. *O direito tributário: Entre a forma e o conteúdo*. São Paulo: Noeses, 2014.
- _____. Imposto Sobre Serviços – critério espacial – a questão do domicílio do prestador e o papel do poder judiciário enquanto guardião das instituições democráticas. In: MOREIRA, André Mendes et al. *Tributação: democracia e liberdade*. São Paulo: Noeses, 2014.
- HARADA, Kiyoshi. *ISS: doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O ISS na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Sujeição passiva tributária*. Belém, CEJUP, 1986.
- MACEDO, Alberto. ISS – O conceito econômico de serviços já foi juridicizado há tempos também pelo direito privado. In: *XII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET*. São Paulo, 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do imposto sobre serviços*. São Paulo: Malheiros, 1998
- MARQUES, Roque. 135 streamers brasileiros receberam US\$22 milhões da Twitch. G1, 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/noticia/135-streamers-brasileiros-receberam-us-22-milhoes-da-twitch.ghml>>. Acesso em: 27 maio 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MASUKO, Ana Clarissa. O conceito de serviços como “obrigação de fazer” no direito tributário brasileiro, seus reflexos para a reforma tributária e economia digital. In: AFONSO, José Roberto; e SANTANA, Hadassah Laís (coord.). *Tributação 4.0*. São Paulo: Almedina, 2020.
- MELO, José Eduardo Soares de. “Incidência do ISS no local do estabelecimento prestador. O conceito de estabelecimento”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ISS e a LC 116*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das Obrigações*, 1ª parte, São Paulo, Saraiva, 1967.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Doutrina e prática do imposto sobre serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- MOREIRA, André Mendes. Capacidade contributiva. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1a. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/264/edicao-1/capacidade-contributiva> Acesso em: 20 nov. 2022, às 23h13.
- NAUFEL, José apud. FARIA, Bento de. *Dicionário jurídico brasileiro*, V. 2. São Paulo: Ícone Editora, 8. ed., 1987.
- NETO, Ayrton Ruy Giublin. O espaço na norma jurídica tributária: territorialidade, critério espacial e elementos de conexão. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.



- ROSA, João Henrique de Moraes Machado. A publicidade na internet e suas formas de tributação. IBET. 2015. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Jo%C3%A3o-Henrique-de-Moraes-Machado-Rosa.pdf> Acesso em: 28 nov. 2022, às 23h55.
- TAVARES, Eduardo Sobral. Considerações sobre o Aspecto Espacial do ISS e Análise de Constitucionalidade da Lei Complementar n. 157/2016. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 41, p. 172-198, 2019.
- TIT, Processo n. 4090703-0, Recurso Ordinário julgado pela 16ª Câmara Julgadora em 06/06/2018.
- TIT, Processo n. 4114517-3, Recurso Ordinário julgado pela 9ª Câmara Julgadora em 29/10/2019.
- VEIGA, Vinicius. *Twitch, Netflix e Spotify: mercado de streaming movimenta bilhões*. Tecnoblog, 2020. Disponível em: <https://infonet.com.br/noticias/economia/twitch-netflix-e-spotify-mercado-de-streaming-movimenta-bilhoes/> Acesso em: 27 maio 2022.
- VIEIRA, José Roberto. *Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto*. Curitiba: Juruá, 1993.
- PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares. *Impostos federais, estaduais e municipais*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PISCITELLI, Tathiane. Tributação da publicidade online: o ISS é o imposto que incide. Texto publicado no portal Valor Econômico, em 12/02/2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/fio-da-meada/post/2019/02/tributacao-da-publicidade-on-line-o-iss-e-o-imposto-que-incide.ghtml>. Acesso em: 16 dez. 2022, às 00h39
- QUINTELA, Guilherme Camargos; SERGIO, Samille Rodrigues. Capítulo 35. *Desafios na tributação da publicidade on-line*.

TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

LUIZ FERNANDO COELHO

Repensada e atualizada, a obra mais relevante do autor Luiz Fernando Coelho continua inovadora e contemporânea, conduzindo o leitor, com elegância e lucidez, a reflexões complexas sobre as esferas mais profundas do ser humano, da sociedade e do Estado.



ADQUIRA AGORA

Clique aqui

CANAIS DE VENDA:

41 3323 4020

livrariabonijuris.com.br

SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: O FATOR DESENVOLVIMENTO E O PERFIL DE SEUS USUÁRIOS

Por **RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA**¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Com **Adriane Garcel**²

*Doutoranda e mestra no Programa de Mestrado e Doutorado no Centro
Universitário Curitiba – Unicuritiba*

Karen Paiva Hippertt³

Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Unicuritiba



A história da humanidade é delimitada pela do comércio. Principalmente nos dias de hoje, é ele quem define os contornos da vida em sociedade, assegurando a materialização da liberdade, da felicidade, igualdade, o desenvolvimento social e econômico. Dita, inclusive, de certa forma, os contornos políticos de um Estado.

À medida que o comércio se desenvolve e as relações se complexificam, torna-se necessária uma melhor regulamentação de modo a assegurar o crescimento econômico de todas as nações.

Isso fica claro, em especial, com o fim da segunda guerra mundial, quando os países se reúnem para discutir medidas à consecução da paz mundial, com a criação, por corolário, do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

A Organização Mundial do Comércio surge, por fim, em substituição ao GATT, como organismo multilateral que conta com a participação de 164 países-membros visando ao estabelecimento de condições justas ao comércio entre as nações.

Em tempos de guerra e transição política, em um cenário de instabilidade econômica, política e social, torna-se premente recobrar-se a origem, importância e papel da Organização Mundial do Comércio, e do seu sistema de solução de controvérsias.

1. Comércio internacional

Quanto à história do comércio internacional, Demétrio Magnoli (2012, p. 19) bem contextualiza:

A revolução tecnológica nos transportes terrestres, com as ferrovias e rodovias, certamente teve impacto profundo na geografia do comércio e, de modo geral, na organização do espaço geográfico. Entretanto, uma revolução similar ocorria nos transportes por água, com o advento dos navios a vapor, no século XIX, e a diesel, no século XX. Nos deslocamentos de cargas a longas distâncias, as vias aquáticas apresentam custos menores que as ferrovias [...]. [...] Os transportes marítimos ganharam forte impulso a partir do século XIX, acompanhando a industrialização europeia, norte-americana e japonesa, e também a expansão imperial das potências. A construção do Canal de Suez, inaugurado em 1869, conectou o Mediterrâneo ao mar Vermelho, reduzindo os fretes entre a Europa e os países das bacias do Índico e do Pacífico. No século XX, o canal tornou-se passagem obrigatória dos petroleiros que percorriam a rota entre a Europa e as áreas produtoras do Golfo Pérsico. [...] O Canal do Panamá, concluído em 1914, conectou os oceanos Atlântico e Pacífico através do istmo centro-americano. Inicialmente, a nova rota facilitou o comércio entre as costas leste e oeste dos Estados Unidos. Depois, tornou-se o elo privilegiado dos fluxos



de comércio entre os Estados Unidos e a Europa ocidental, de um lado, e a Ásia oriental, de outro. [...] A navegação oceânica representa, em termos quantitativos, o mais importante modo de transporte de cargas no comércio internacional. No último quarto do século XX, o volume de cargas deslocadas por via marítima aumentou cerca de 100%, alcançando a marca de 5,2 milhões de toneladas anuais. As rotas marítimas integravam as rotas terrestres, que acompanhavam o curso dos rios navegáveis. [...] No decorrer do tempo, o comércio a longa distância funcionou como fator decisivo na organização do espaço geográfico. As cidades situadas sobre as grandes rotas de intercâmbio distinguiram-se das demais, pois se tornaram focos das atividades de comércio e das atividades financeiras que sustentam as trocas mercantis. Durante a maior parte da história, as cidades que desempenhavam funções de portos marítimos ou fluviais destacaram-se como focos do grande comércio. Essas cidades cresceram mais que as outras, formando as “armaduras urbanas” dos Estados nacionais contemporâneos. O renascimento comercial europeu não decorreu apenas da reabertura do Mediterrâneo, mas também do desenvolvimento tecnológico do transporte marítimo. Entre os séculos XI e XVI, as galeras, grandes e lentas, que usavam como força motriz os músculos dos remadores, foram substituídas por embarcações a vela. As cartas náuticas foram aperfeiçoadas e introduziu-se a bússola. No século XV, com o fechamento da China ao comércio marítimo e a tomada de Constantinopla pelos turcos

otomanos, o intercâmbio voltou-se para o Mediterrâneo ocidental, e os comerciantes de Gênova, situada no mar Tirreno, suplantaram os de Veneza, no mar Adriático. O comércio europeu na transição para a Idade Moderna ativou os portos do Mediterrâneo ocidental, como Marselha e Barcelona, e também os dos mares do Norte e Báltico, onde atuavam os comerciantes da Liga Hanseática. Lisboa, o principal elo entre os mares do norte e o mar do sul, tornou-se nessa época um centro portuário e comercial destacado. As atividades mercantis já respondiam pela maior parte da riqueza do reino de Portugal no século XIV.

Com o liberalismo econômico, globalização e a mundialização do capital as nações modificaram-se intensamente.

A importância do comércio é tamanha que o seu crescimento é assinalado como explicação para a evolução no âmbito não apenas econômico, mas social e político da grande maioria dos países. Conforme destaca Barral (2007, p. 25):

A história do comércio se confunde com a história da evolução humana. Desde tempos imemoriais, pode-se afirmar que o comércio faz parte das relações entre os seres humanos, da mesma forma que os vínculos familiares e as regras de convivência.

Destarte, desde os primórdios, a sobrevivência humana condiciona-se ao atendimento de uma série de necessidades básicas que compreendem desde a alimentação, até o vestuário e habitação, em um caráter primário.



Com a evolução das sociedades, estas tornaram-se progressivas e cada vez mais complexas.

Contemporaneamente, as inúmeras necessidades humanas são abarcadas pelo processo de produção. Conforme explica Jayme de Mariz Maia (2014, p. 5), “a troca, nos dias atuais, ultrapassou as fronteiras, tornando-se o Comércio Internacional” cada vez maior. Do mesmo modo, a economia atingiu nível internacional.

Diante disto, o capital das empresas transnacionais, muitas vezes, acaba por superar o produto interno bruto das nações, influenciando as regras dos países e teorias econômicas já solidificadas.

No âmbito do comércio internacional, em termos gerais, o que se tem é a especialização dos países em certas atividades, visando a uma maior eficiência produtiva, competitividade e rentabilidade das empresas. Isso, explica José Manuel Meireles de Souza (2013, p. 6), partindo da premissa de que “nenhum país no mundo consegue gerar todos os bens e serviços de que sua população necessita”.

Segundo o autor, a formação de blocos econômicos por meio de acordos firmados entre países adjacentes, aumenta o mercado abrangido e, com isso, os fluxos de capitais. A medida que a integração aumenta, a tendência

é o abandono, por parte dos países-membro, da produção de determinados produtos menos rentáveis, concentrando-se nos de maior rentabilidade (SOUZA, 2013, p. 8).

No Brasil, a liberação das barreiras e incrementação do fluxo do comércio internacional ganha atenção a partir da década de 1990, quando é dado início a um processo de abertura intensiva.

Em 1950, apenas 7% da produção mundial eram destinados a exportações, já, em 2000, esse número foi para 25%, ou seja, um quarto da produção mundial destinada ao consumo de outros países. Cerca de US\$ 8,6 trilhões, no ano de 2004. Embora significativo, o crescimento ainda está aquém dos padrões mundiais (SOUZA, 2013).

Destarte, tem-se que o contexto atual é assinalado por uma intensa rede de comércio e investimento que evoluiu de tal forma que passou a estabelecer os delineamentos do contemporâneo cenário internacional.

Adverte José Manuel Meireles de Souza (2013, p. 9), nesta toada, que o desenvolvimento é reflexo do crescimento. O incremento dos ativos e os resultados obtidos refletem diretamente no bem-estar da coletividade e oportunidade de emprego. Isso se confirma, segundo o autor, a partir de uma simples análise do produto interno

NO ÂMBITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL, EM TERMOS GERAIS, O QUE SE TEM É A ESPECIALIZAÇÃO DOS PAÍSES EM CERTAS ATIVIDADES, VISANDO A UMA MAIOR EFICIÊNCIA PRODUTIVA, COMPETITIVIDADE E RENTABILIDADE DAS EMPRESAS



bruto brasileiro e exportações relacionados aos índices de pobreza e indigência no Brasil (SOUZA, 2013, p. 10).

A importância do comércio internacional resultaria, justamente, disso. Em contrapartida, a sua regulamentação mostra-se relevante, conforme adverte Demétrio Magnoli (2006, p. 2006), em se considerada a concentração do comércio mundial em três grandes polos, responsáveis por quase 83% das exportações e mais de 85% das importações globais, Europa ocidental, América anglo-saxônica e Ásia/Oceania.

Japão, China e NPIs (novos países industrializados), por exemplo, segundo o autor, são responsáveis por 84% das exportações e 81% das importações regionais, ao passo que os países em desenvolvimento são assinalados por desvantagens competitivas, com níveis marginais, neste âmbito (MAGNOLI, 2013, p. 2006).

Diante deste cenário, a dissolução das fronteiras entre as políticas internas e externas, principalmente, a de comércio externo, tornou essencial uma coordenação multilateral e internacional das regras que condicionam as condutas, explica Fragas (2019).

Para os países em desenvolvimento, em especial, a existência de um comércio equitativo, com menos barreiras e políticas protecionistas, asseguraria um resultado mais benéfico do que eventual programa de ajuda financeira, conforme aponta estudo realizado pelo Banco Mundial (ESTADO DE SÃO PAULO, 2002).

Em 1995, durante a Rodada Uruguai, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

(GATT), criou-se, em decorrência, a Organização Mundial do Comércio (OMC), organização internacional que atua em nível global no âmbito do comércio entre as nações, prevendo regulamentação. Neste sentido, explica Thorstensen, 2003, p. 21:

A criação da OMC, em 1995, foi o resultado de uma negociação marcada por alguns fatores determinantes do atual cenário internacional. Dentre eles, o fim do modelo bipolar das relações internacionais e a sua substituição por um modelo multipolar, a nova reorganização econômica dos países em acordos regionais de comércio, o papel das empresas transnacionais no comércio internacional, o fim das fronteiras entre as políticas internas e de comércio internacional derivado do fenômeno da globalização (THORSTENSEN, 2003, p. 21).

A Organização Mundial do Comércio será objeto de análise no capítulo que se segue.

2. A Organização Mundial do Comércio: origem, conceito, finalidade e princípios

Com o esgotamento do modelo mercantilista, calcado no ideário ibérico, ascende o liberalismo político, a democracia e o sistema tripartite de poder.

Em seu livro *A Riqueza das Nações*, o economista e filósofo social Adam Smith, pai da economia moderna, sedimenta as bases do que viria a ser o liberalismo político e econômico – modelo que romperia com o vigente até então, limitando a intervenção do Estado na seara política, social e econômica.



Dáí em diante, o Estado passa a ter o dever negativo – de não agir – para impedir violação ao direito máximo à liberdade e à propriedade privada.

A emblemática frase de Adam Smith “*laissez faire, laissez aller, laissez passer, le monde va de lui-même*”, “deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai por si mesmo”, bem exemplifica a ideia do livre comércio defendido à época.

A obra *Princípios de Economia Política e da Tributação*, escrita em 1817 por David Ricardo, também sedimenta as bases do modelo econômico que se firmava, tratando da especialização na produção de produtos mais vantajosos como benéfica à economia dos Estados.

Com o século 19, ascende o socialismo, com duras críticas ao modelo vigente. Economicamente, os apontamentos direcionavam à suposta racionalidade, advertindo às crises cíclicas do modelo capitalista. Sob o ponto de vista filosófico, sublinhava a exploração do homem pelo homem, defendendo, em resumo, uma lógica voltada ao trabalhador, em uma sociedade mais justa e igualitária. O modelo nunca prosperou em se falando em comércio internacional.

O século 20 é sinalizado por uma grave crise, simbolizada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque e ascensão dos regimes fascistas, culminando, ao final, com a segunda guerra mundial.

A superação da crise se dá por meio da intervenção estatal, equilibrando as falhas de mercado, por meio da teoria econômica

COM O SÉCULO 19, ASCENDE O SOCIALISMO, COM DURAS CRÍTICAS AO MODELO VIGENTE. ECONOMICAMENTE, OS APONTAMENTOS DIRECIONAVAM À SUPOSTA RACIONALIDADE ÀS CRISES CÍCLICAS DO MODELO CAPITALISTA. SOB O PONTO DE VISTA FILOSÓFICO, SUBLINHAVA A EXPLORAÇÃO DO HOMEM PELO HOMEM

desenvolvida por John Keynes e o plano econômico do *New Deal*.

Ao final da maior guerra até então existente na história, inicia-se um novo período. Diante do fracasso da Liga das Nações, explica Amaral Junior, tornou-se inevitável a criação de organizações capazes de assegurar a paz e segurança internacionais, e, além disso, que disciplinassem o comércio de mercadorias.

Acerca do comércio internacional, José Meireles (2009) faz a seguinte reflexão, que se mostra fundamental a título de contextualização:

O que aconteceria a “todas” as empresas do mundo se “todas” crescessem ao mesmo tempo? O espaço não seria capaz de absorver toda a riqueza gerada e as matérias-primas não conseguiriam abastecer



toda a demanda pretendida. Em períodos de recessão e também em épocas de abertura de mercados, quando acordos e integrações são negociados a todo momento, o crescimento “exterior” torna-se mais difícil, sendo por meio da redução de despesas e custos – diretos ou indiretos – que as empresas buscam o crescimento e a estabilidade

Somado a isso, bem relacionam Vinícius Santos e Marcelo Fernando Quiroga (2018), que dada a instabilidade econômica, o período entre guerras foi marcado por políticas comerciais protecionistas e unilaterais, ocasionando quase que um colapso no sistema. Todo esse cenário acabou por desencadear o repensar das bases em que se organizava o comércio internacional.

A origem das organizações internacionais decorre, assim, justamente, da tentativa de gerir os interesses globais, à medida que a internacionalização e a dissolução das fronteiras aumentam o nível de interdependência entre os países.

A ONU surge, neste âmbito. Junto dela, diversas outras organizações passam a se multiplicar no cenário regional e internacional, dentre as quais a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A origem da OMC, como órgão que regula o comércio global, por intermédio dos países-membros, remonta ao ano de 1995; nasce em substituição ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), com a função de gerir regras e acordos comerciais em nível global.

Os países vencedores da guerra se reúnem na Conferência de Bretton Woods visando, a uma, à criação de órgãos internacionais para recuperar a economia mundial, a duas, ao reestabelecimento da paz, com prevenção dos conflitos.

A conferência, ocorrida em New Hampshire, durou cerca de três semanas, reunindo mais de 40 nações, com idealização de quatro órgãos, o Fundo Monetário Nacional (FMI), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Organização Internacional do Comércio (OIC) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Inobstante, a Organização Internacional do Comércio sequer foi aprovada. Foi substituída provisoriamente pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), com a realização de oito rodadas: (1) Rodada de Genebra (1947); (2) Rodada de Annecy (1949); (3) Torquay (1951); (4) Genebra (1956); (5) Dillon (1960-1961); (6) Kennedy (1964-1967); (7) Tóquio (1973-1979); (8) Rodada Uruguai (1986-1994).

Uma das mais importantes, a rodada do Uruguai, contou com a participação de 123 países e culminou na aprovação da Organização Mundial do Comércio, por meio do Acordo de Marrakech (1994), com a extinção do GATT.

Atualmente, a OMC é organização permanente, com personalidade jurídica própria, pilar do sistema internacional do comércio, sendo formada por 164 países-membros efetivos e 25 observadores, que, juntos, contemplam a maior parte do comércio global.



Acerca da diferenciação entre OMC e GATT, elucida Jayme de Mariz Maia (2020, p. 352):

O GATT era simplesmente um acordo; não era um organismo internacional e, praticamente, teve por objetivo apenas o comércio mundial. A OMC também tem por objetivo desenvolver o comércio internacional. Entretanto, é mais ampla porque se preocupa com os serviços e direitos de propriedade intelectual. É um *órgão permanente e com personalidade jurídica*.

A OMC engloba o Acordo Geral de Tarifas e Comércios, conservando a maioria de seus princípios e estrutura, bem como os resultantes da Rodada do Uruguai (1994). Além disso, tem por objetivos, destacadamente (GATT, 1994):

As Partes reconhecem que as suas relações na área do comércio e das atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, ao mesmo tempo que permitindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico.

Por sua vez, a OMC possui personalidade jurídica própria, editando, por meio de seus órgãos, atos unilaterais. Assim, com maior autonomia para resolver os conflitos

que eventualmente surjam no âmbito do comércio internacional. Suas funções principais estão descritas no artigo III da carta constitutiva.

Entre as atividades mais significativas, conforme destaca José Manuel Meireles de Souza (2009, p. 75), estão:

Redução de tarifas alfandegárias, especialmente nas importações dos países desenvolvidos. • Abertura de setores protegidos: • ações nos setores agrícolas, com redução das proteções que recebem os agricultores americanos e europeus; • ações nos têxteis pelo desaparecimento do Acordo Multifibras, que condicionava a entrada de produtos têxteis procedentes de países menos desenvolvidos. • Regulamentação e liberalização de serviços. • Proteção à propriedade intelectual (marcas, patentes e direitos autorais). • Regulamentação da valorização aduaneira, permitindo que as administrações alfandegárias, em caso de dúvida, solicitem maiores informações aos importadores, determinando o correto valor para produtos, constante nas faturas, evitando situações de sub ou sobre-faturamento. • Regulamentação de medidas sanitárias e fitossanitárias, permitindo que as medidas utilizadas para controlar alimentos, animais e plantas estejam fundamentadas cientificamente, sejam transparentes e não se apliquem com fins protecionistas. • Disciplinamento das medidas *antidumping*, contra a importação de produtos em que o preço de exportação seja inferior a seu “valor normal”, podendo sua importação causar prejuízos importantes à produção nacional.



Para Jayme de Mariz Maia (2020), são quatro as principais funções da OMC, quais sejam: o estímulo do comércio internacional; a fiscalização do cumprimento de suas normas; “servir de fórum, quando houver um conflito comercial entre nações”; conferir “assistência aos países em desenvolvimento” e “manter cooperação com outras organizações internacionais”. José Ultemar da Silva (2012, p. 164), por seu turno, destaca a promoção de um “desenvolvimento sustentável no âmbito do comércio internacional” e o apoio aos “países em vias de desenvolvimento” e constituição de “um quadro institucional comum; necessário para a condução das relações comerciais entre os seus membros”, destacando, dentre os principais objetivos, a negociação de “áreas comerciais que não faziam parte do GATT”, com “a inclusão de novos temas”.

Além disso, a Organização Mundial do Comércio tem por princípio-base a não discriminação, sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório direcionado aos países-membros da OMC.

O princípio tem por corolários os subprincípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional.

O primeiro assegura que a concessão de tratamento favorável a um produto deve estender-se ao mesmo produto produzido por outras nações, ou similares, bem como veda tratamento diferenciando a membros da OMC.

O segundo preconiza que o mesmo tratamento aos produtos importados tem de ser dispensado aos nacionais. Nesta linha, destacam-se os princípios da transparência e concorrência leal, que preveem, respec-

tivamente, que a adoção de medidas protecionistas particulares precisa se dar com publicidade, de forma compreensível e clara; e a vedação à prática do dumping e concessão de subsídios.

Inobstante, o princípio da reciprocidade assegura a cada país negociador a obtenção de “contrapartidas para aquilo que está disposto a oferecer”, impedindo “a adoção de medidas protecionistas particulares e inerentes a um grupo restrito de países” (SILVA, 2012, p. 164).

3. O sistema de resolução de controvérsias da OMC: o fator desenvolvimento e o perfil de seus usuários

Com a estruturação da Organização Mundial do Comércio tornou-se, também, necessária a criação de um sistema de solução de controvérsias, “que fosse capaz de, imparcialmente, aplicar e interpretar regras quando” instaurado “um impasse”, atribuindo maior segurança jurídica às decisões do órgão (SILVA; LIMA, 2012).

O sistema de solução de controvérsias da OMC, surge, desta forma, enquanto mecanismo a evitar um maior confronto entre os países.

Trata-se de parte fundamental do sistema multilateral de comércio na regulamentação clara e precisa das regras e procedimentos a serem aplicáveis por intermédio do entendimento sobre soluções de controvérsias (ESC), ou *dispute settlement understanding* (DSU) – um pilar do sistema multilateral de comércio. Destaca Barral (2007, p. 19):



O ESC consolidou uma visão mais legalista (*rule-oriented*) das relações comerciais internacionais; ao mesmo tempo, manteve algumas importantes brechas para que as soluções negociadas fossem preferíveis ao litígio entre os Membros da OMC.

O ESC engloba todos os acordos da OMC e cria jurisdição compulsória estendida aos seus membros. Isto é, as regras do DSU são aplicáveis de forma vinculativa, em se tratando de demanda que envolvam o âmbito legal da OMC.

Para além, está regulamentado no anexo 2 do acordo constitutivo, no decorrer de 27 artigos e quatro apêndices, seguindo, em parte, o sistema de negociação previsto no GATT.

No caso de regras especiais para solução de conflitos constantes de tratados, o DSU será aplicado subsidiariamente, conforme consta do acordo constitutivo.

Em caso de conflito entre as regras dispostas em acordos. Melhor dizendo, quando houver mais de uma aplicável à solução da discordância, caberá às partes acordar quanto à que será aplicável àquele caso em específico. Do contrário, caberá ao painel decidir.

O órgão de solução de controvérsias possui, ainda, responsabilidade administrativa, com autoridade para, conforme explica Camilla Nicodemos (2011):

[...] estabelecer painéis, implementar as decisões dos painéis e do Órgão de Apelação, observar o cumprimento das regras do acordo e das recomendações feitas pelo sistema, autorizar a suspensão de concessões e outras obrigações dos acordos.

No âmbito do ESC, apenas os Estados-membros possuem capacidade postulatória de seus direitos frente à OMC.

Inobstante, o órgão de apelação, a partir do caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, reconheceu a possibilidade de os painéis e órgão de apelação considerarem os relatórios de entidades privadas em um exercício do poder discricionário.

Inobstante, a sistemática assemelha-se àquela que vinha sendo adotada no âmbito do GATT, iniciando-se por intermédio das consultas, que compreenderão negociações diretas entre os membros envolvidos. Melhor dizendo, entre o membro que se julgar prejudicado e aquele apontado como suposto violador das obrigações assumidas multilateralmente. Apenas após o estágio de consulta dos envolvidos, caso inviável a solução, é que se acionará o órgão de solução de controvérsias.

INICIADA A EXECUÇÃO
DA SENTENÇA, O
MONITORAMENTO DA
EFETIVAÇÃO DA DECISÃO
DO PAINEL OU DO
ÓRGÃO DE APELAÇÃO
SE DARÁ ATRAVÉS DA
IMPOSIÇÃO DA PRESTAÇÃO
DE INFORMAÇÕES



Não obtendo êxito em alcançar uma solução mutuamente aceita, neste âmbito, deverá a parte prejudicada requerer, junto ao órgão de solução de controvérsias, a criação de grupo de especialistas para análise do caso.

Caberá à OSC deliberar acerca do painel de especialistas, rejeitar ou aceitar os resultados do painel e implementar as recomendações e autorização de retaliações.

O direito ao estabelecimento de painéis de especialistas, com a obrigatoriedade dos relatórios, é modificação frente à sistemática adotada pelo GATT. Terão os painelistas prazo de seis meses para emitir os seus respectivos relatórios, a contar da composição do painel. O prazo não poderá exceder a nove meses. Para além, seguindo a regra do consenso negativo, ou invertido, apenas pelo consenso é que se poderá anular o relatório, ou impedir a instauração do painel.

Além disso, a criação de um órgão de apelação resulta, segundo Silva e Lima (2012, p. 156), do robustecimento da “estrutura quase judicial em detrimento da debilidade do processo de tomada de decisão de natureza eminentemente política, reduzindo-se a incidência do controle diplomático em benefício do controle jurídico no âmbito do sistema de solução de controvérsias”.

Em sua composição, tem-se, ao todo, sete especialistas que irão atuar, três em cada caso.

O prazo para que apresentem o respectivo parecer, em análise aos fundamentos do relatório em sede de painel e as correlatas decisões, é de 60 dias.

Inexistindo recurso ou consenso quanto à rejeição do relatório, terá ele de ser adota-

do pelo órgão de solução de controvérsias, em até 60 dias, quando passará a ter natureza de sentença. De outro vértice, na falta de um consenso em contrário da OSC, deverão as partes adotá-lo incondicionalmente.

Iniciada a execução da sentença, o monitoramento da efetivação da decisão do painel ou do órgão de apelação se dará através da imposição da prestação de informações. O país condenado terá o prazo de 30 dias, para tanto, indicando a adoção do relatório ou intenção de implementação em prazo razoável, acaso inviável o imediato cumprimento.

Em caso de negativa, poderá o vencedor solicitar a formação de um grupo especial para avaliar o cumprimento da decisão. O chamado *compliance panel* será composto por todos aqueles que originariamente analisaram a questão.

Diante do descumprimento, não há a previsão do uso de medidas coercitivas, ou de exclusão dos membros, como medida punitiva, por parte do órgão de solução de controvérsias, mas apenas a autorização para a suspensão de concessões e obrigações conferidas no âmbito dos acordos. Nesta linha, explica Roberto Luiz Silva (p. 162), ao tratar dos objetivos do OSC:

O ESC, no entanto, não prevê o uso da força ou a exclusão de membros por descumprimento da decisão, uma vez que o seu objetivo é o de reforçar a adoção de práticas compatíveis com os acordos negociados e não o de punir pela adoção de práticas consideradas incompatíveis com as regras. Assim sendo, é considerada eficaz toda decisão que leva o país a com-



patibilizar suas regras com os acordos negociados e não somente àquelas em que os países vencedores obtiveram permissão para retaliarem os perdedores.

Acerca do perfil dos usuários do sistema de solução de controvérsias, verifica-se a presença de países desenvolvidos em 214 disputas, das 336, sendo que, do total, sete correspondem a casos mistos, envolvendo, também, países em desenvolvimento. Isso significa que os países desenvolvidos correspondem a 65% dos usuários do sistema da OMC, sendo que apenas os Estados Unidos representam 24% das disputas, correspondendo ao maior demandante.

Junto dos EUA estão o Canadá e o Japão, representando, no total, 56,5% de todas as demandas. Isto é, 190 dos 336 casos. Ou melhor, são eles os que mais acionam os mecanismos.

Por sua vez, os percentuais permitem concluir a participação inexpressiva dos países em desenvolvimento.

Para além, o Brasil é considerado um dos países que mais se utiliza do sistema de solução de controvérsias, sendo responsável por 10,4% das controvérsias. Das 35 disputas em que está presente, em 22, é ocupante do polo ativo; e 13, do polo passivo.

Em segundo lugar, com 9,8% das disputas, encontra-se a Índia, seguida do México, Argentina e Chile.

Insta esclarecer, quanto a este ponto, que a OMC divide os países em desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

A classificação se dá com base na autodeclaração dos países e, apenas para o último caso, com o índice de desenvolvimento humano.

Em se tratando de país menos desenvolvidos, ou em desenvolvimento, o princípio do tratamento especial e diferenciado assegura que sejam conferidas condições mais benéficas, visando à flexibilização das regras, atendimento dos interesses dos países, ampliação das oportunidades comerciais e, inclusive, assistência técnica.

Conforme explica Saldanha (2012, p. 298-299), “um conjunto de normas multilaterais uniformes criadoras de obrigações idênticas a todos os participantes do sistema multilateral de comércio, independente do seu grau de desenvolvimento, traz mais prejuízos que benefícios”.

O princípio é verificado, ainda, no próprio mecanismo adotado à solução das controvérsias.

Tem-se, nesta linha, que durante as consultas deverá se considerar o impacto econômico das decisões a serem impostas a estes países, além disso, quanto ao painel, pelo menos, um dos árbitros deverá ter origem em um país desenvolvido ou em desenvolvimento (WTO DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING).

Conclusão

O comércio acompanha a humanidade desde os primórdios, vindo a impulsionar a evolução humana.

Inobstante, o pós-guerra veio a ensinar que, à medida que a fronteira entre os países se dissolve, nasce a necessidade de uma melhor



regulamentação do comércio internacional, de sorte a que se assegure o desenvolvimento das nações e, com isso, a paz social.

A Organização Mundial do Comércio surge, neste contexto, em substituição ao GATT e, com ela, um sistema particular voltado à resolução dos conflitos que, porventura, venham a surgir entre os seus membros.

Com personalidade jurídica própria, torna-se, a OMC, o pilar do sistema internacional do comércio, sendo formada por 164 países-membros efetivos e 25 observadores, que, juntos, contemplam a maior parte do comércio global.

Com ela, torna-se necessário, também, a criação de um sistema próprio, especificamente voltado à solução das controvérsias oriundas do sistema multilateral do comércio, atribuindo maior segurança jurídica às decisões da OMC, ao permitir uma regulamentação clara e precisa quanto à temática,

A regulamentação, por seu turno, não deve se voltar ao formalismo robusto, mas ter em mira a situação dos países emergentes que, aliás, são os que menos se utilizam do sistema de solução de controvérsias da OMC.

O princípio do tratamento especial e diferenciado assegura, propriamente, um tratamento mais benéfico e flexível, visando ao atendimento dos interesses dos países, ampliação de oportunidades e assistência técnica.

Em se considerando o cenário global atual, sob o prisma dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, há de se ter em vista os impactos desiguais que sofrem. A regulamentação adequada do comércio, com equilíbrio da economia mundial e paz entre as nações depende exatamente desta justa medida de equilíbrio entre os maiores usuários do sistema, marcadamente, os países desenvolvidos, e, por sua vez, aqueles que se encontram à margem, considerando as suas particularidades. ■

Notas

1. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor Geral da Escola Judicial do Paraná - EJUD/PR.

2. Doutoranda e Mestra no Programa de Mestrado e Doutorado no Centro Universitário Curitiba – NICURITIBA.

Especialista em Direito Aplicado e Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Pós-graduada em Ministério Público Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Graduação em Direito pela Universidade TUIUTI do Paraná e em Letras pela Universidade Campos de Andrade. Advogada li-

enciada da OAB/PR. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na UNIFACIAP. Assessora Jurídica-Administrativa da Presidência do TJPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br.

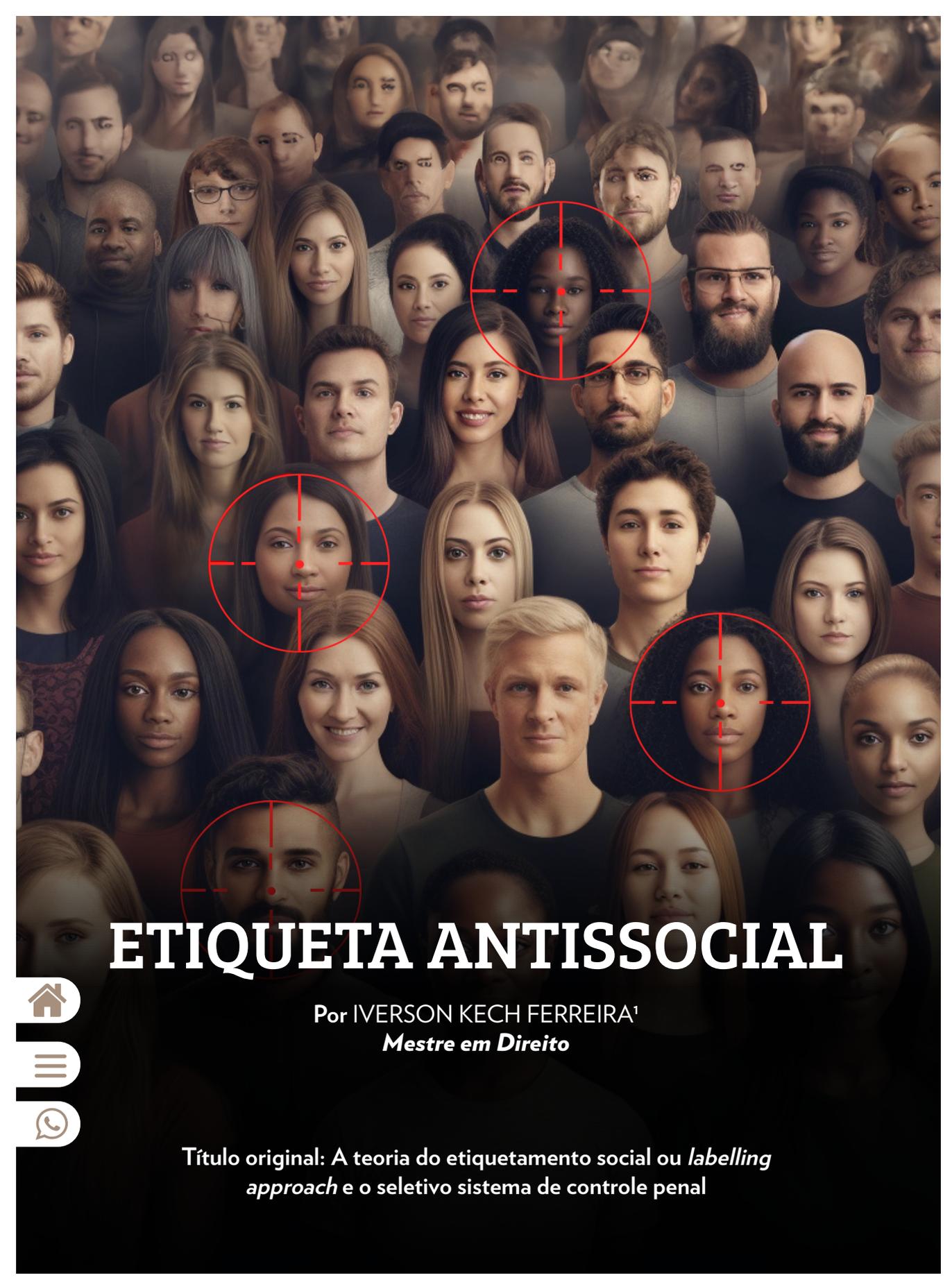
3. Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Unicuritiba. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>.



Referências

- BARRAL, Welber Oliveira. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 26, 2007.
- _____. *Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.
- CAIADO, Arnott Ramos. *A importância da qualificação da mão de obra no comércio internacional dos estados da região nordeste do Brasil*. 2006. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4521/1/arquivo6120_1.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.
- ESTADÃO CONTEÚDO. Avaliada em US\$ 1,88 trilhão, Apple supera o PIB do Brasil. *infomoney.com.br*, 6 ago. 2020, 12:10. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/avaliada-em-us-188-trilhao-apple-supera-o-pib-do-brasil/>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- GATT. *The General Agreement on Tariffs and Trade*. 1947.
- HORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 41, p. 57 - 89, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/HFnpnzPpdGLwxSqNH9GNx4R/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- MAGNOLI, Demétrio. *Comércio exterior e negociações internacionais*. Teoria e prática. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAIA, Jayme de Mariz. *Economia internacional e comércio exterior*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- SALDANHA, Eduardo. Desenvolvimento e Tratamento especial e diferenciado na OMC. *Revista Direita Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 297-333, jul./dez.2012.
- SERAPIÃO JUNIOR, Carlos. *Comércio exterior e negócios internacionais: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, José Ultemar D. *Gestão das Relações Econômicas Internacionais e Comércio Exterior*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- SILVA, Roberto Luiz; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Desenvolvimento e mercado na sociedade globalizada*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.
- SOARES, Camilla Nicodemos Inojosa de Andrade. *OMC – a efetividade do sistema de solução de controvérsias*. 2011. Monografia (Especialização em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília. Brasília, 2011.
- SOUZA, José Meireles de. *Fundamentos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- WTO DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm. Acesso em: 30 set. 2022.





ETIQUETA ANTISSOCIAL

Por IVERSON KECH FERREIRA¹
Mestre em Direito

Título original: A teoria do etiquetamento social ou *labelling approach* e o seletivo sistema de controle penal



A teoria do *labelling approach*, considerada pela criminologia crítica e por Alessandro Baratta como transformadora de um novo paradigma nos estudos criminais, que outrora avaliava a criminalidade conforme o criminoso em si e nos atos por ele praticados, bem como seu comportamento, desloca a pesquisa central para a reação social, no modelo também conhecido como paradigma da definição.

Assim, sua estrutura elementar pauta-se na pesquisa de um processo de criminalização que tem por base a própria sociedade e seus mecanismos institucionais de controle. Por intermédio da rotulação e de alcunhas pejorativas, a denominação delinquente ou criminoso passa a complementar ou moldar a identidade do indivíduo percebido como desviado ou *outsider* por uma maioria estabelecida, sendo desarte marcado pelo sistema penal, seu controle e sua persecução.

Todavia, a definição para essa nódoa não considera apenas atos considerados típicos para o direito penal, mas, também, uma simples rotulação que pode evidenciar os grupos que perfazem, por sua diferença ao agrupamento principal, quem são aqueles que devem sofrer esse agravamento do controle penal de uma forma acirrada.

Os estudos da criminologia pelo enfoque do *labelling approach* melhor são interpretados quando se entende o que é o desvio e

quem define o que é desvio. Dessa forma, analisar os atos rotulados e os seus personagens traz uma consequência, a princípio, que destoa os sentidos da antiga criminologia e seus estudos etiológicos: quem diz o que é crime e por qual motivo assim o diz.

Todavia, após entender o que é desvio, considerar a teoria do *labelling approach* como fundamental mecanismo para a interpretação dos atos desviantes em sociedades liberais que possuem em seu cerne a distinção e segregação entre uns e outros significa identificar o diferencial desta para as teorias anteriores. Estereotipar indivíduos que possuam diversas diferenças levou as instituições de controle do Estado a interpretar um grupo, bairro ou estrato social mais propenso aos atos criminosos ou delinquentes que os outros.

A estigmatização penal e social e como ocorrem as tentativas de seletividade e agregação daqueles considerados desviantes, muitas vezes pela preconceção dos conceitos formados *a priori* pelo senso comum, pode agir em prol da construção de uma identidade deteriorada pela discriminação que desde a escola vem moldando a sua feição.

Os estudos realizados sobre como se formalizam dialeticamente grupos entendidos como estabelecidos e as minorias *outsiders* servem para que se possa, enfim, definir o que torna um desviante criminoso e como a pessoa vem a se tornar um transgressor, sob



a óptica da teoria do *labelling approach*. Para isso, interpretar as maneiras de inserção social em comunidade traz questões a serem respondidas pelo interacionismo simbólico, que define o desvio, bem como a personalidade da pessoa cooptada pelo direito penal e por suas instituições de ressocialização, que servem aos bestializados encontrados nos grupos mais débeis da nossa sociedade: os desviantes, por definição.

Pesquisas acerca da sociologia do desvio, da estigmatização penal e da teoria do *labelling approach* se intercalam quando o conjunto de suas considerações refletem ao sistema penal de maneira contundente ao defini-lo como um mecanismo de seletividade entre os grupos e as classes.

Destarte, é intenção primordial deste breve estudo trazer discussões e ensinar reflexões a respeito das definições da sociedade, de seus grupos, e como o direito penal se legitima perante os seus agentes e personagens.

1. A teoria do etiquetamento social ou *labelling approach*: o novo paradigma criminológico

O estudo do indivíduo como criminoso portador do rótulo e da marca que lhe é

imputada no sistema penal é uma prévia peculiar do que acontece, nos dias atuais, no âmbito criminológico: a perseguição e a marcação cerrada dos órgãos de controle em cima de pessoas que possuem o estereótipo marginal, ou seja, aquela que vive como um desviante, convivendo em seu grupo ou margeando a sociedade. O objeto de estudo passa então a ser a pessoa e os processos de criminalização, uma vez selecionado pelo sistema penal, se cria um rótulo no indivíduo que ele carregará por sua vida, facilitando a sua localização e sua nomenclatura como meliante². A teoria do etiquetamento, destarte, ratifica o pensamento criminológico crítico ao afirmar sua completa ruptura e desajustamento às teorias *biológicas* e *psicológicas*, desconstruindo uma crença de que o desvio seja um conjunto de características essenciais a um determinado grupo ou conjunto de pessoas, mas sim parte de um processo de interação entre os indivíduos.

A compreensão desses aspectos e seus efeitos na existência individual e coletiva, torna mais compreensível a investigação empírico-sociológica em torno das causas e consequências dos fenômenos da massificação e da exclusão. Mas não se pode perder de vista que o núcleo referencial de todo esse processo é o fator “comunica-



O ESTUDO DO INDIVÍDUO COMO CRIMINOSO PORTADOR DO RÓTULO E DA MARCA
É UMA PRÉVIA PECULIAR DO QUE ACONTECE, NOS DIAS ATUAIS, NO ÂMBITO
CRIMINOLÓGICO: A PERSEGUIÇÃO E A MARCAÇÃO CERRADA DOS ÓRGÃOS DE
CONTROLE EM CIMA DE PESSOAS QUE POSSUEM O ESTEREÓTIPO MARGINAL

ção”, presente nos processos que levam à complexidade sistêmica e histórica.

A teoria surgiu na década de 1960 nos Estados Unidos, engendrada pelos integrantes da Escola de Chicago, onde um turbilhão de novas situações começou a pautar o período pós-guerra³. Nesse ínterim, interpretar o direito penal diante às mudanças que ocorriam carecia de uma construção de modernas fórmulas que pudessem examinar as novas condutas que não estavam harmonizadas com a lei penal. Tais condutas, estudadas por Howard Becker, como a homossexualidade e o uso de drogas, foram englobadas no termo desvio social⁴. Em meio a esses conflitos históricos, o *labelling approach* foi concebido, tendo fortes influências marxistas, como apontadas por Hassemer e Conde⁵.

Dessa forma, Becker afirmou que “o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como desviante”⁶. Anterior à teoria do *labelling approach*, também conhecida como criminologia atributiva, os estudos acerca dos dados criminológicos apontavam o fenômeno do crime a partir de suas causas, porém, com o desenvolvimento dessa teoria, começa-se a compreender e analisar os processos de criminalização. Bissoli Filho ressalta a consciência crítica da teoria quando esta define seu objeto de investigação, deslocando o foco de seus estudos do criminoso para as reações entorno: “Em meio às teorias antes referidas, são as teorias que se abrigam no *labelling approach*, aquelas que mais evidentemente formarão uma barreira às teorias tradicionais, posto que

A TEORIA DO ETIQUETAMENTO
SOCIAL OU LABELLING APPROACH
SURTIU NA DÉCADA DE 1960, NOS
ESTADOS UNIDOS, ENGENDRADA
PELOS INTEGRANTES DA
ESCOLA DE CHICAGO, ONDE
UM TURBILHÃO DE NOVAS
SITUAÇÕES COMEÇOU A PAUTAR
O PERÍODO PÓS-GUERRA

constituem um forte modelo de desconstrução do moderno sistema penal”⁷.

Becker considera que os comportamentos sociais não podem se explicar a partir de esquemas estabelecidos de forma rígida, mas sim pela interação entre os sujeitos. Assim, o comportamento dos indivíduos somente pode ser compreendido a partir das interpretações que cada um faz dos mecanismos de interação social em que se encontra devidamente envolvido.

Apartir do interacionismo simbólico, Becker realça que estudos de grupos desviantes somente podem ser validados se analisada, *a priori*, qual a reação das outras pessoas envolvidas, ou seja, da sociedade ao entorno do desvio: “As teorias interacionistas do desvio, como as teorias interacionistas em geral, prestam atenção à forma como os atores sociais se definem uns aos outros e a seus ambientes”⁸. Assim, tais teorias voltam sua atenção aos diferenciais no poder de definição; no modo como um grupo



conquista e usa o poder de determinar a maneira como outros grupos serão considerados, compreendidos e tratados.

Bissoli Filho define o interacionismo expondo a construção da realidade entre os conviventes da sociedade em processo de interação entre as pessoas, não podendo o comportamento humano ser isolado da coexistência social, uma vez que a interpretação que faz é resultado da mediação simbólica entre comportamentos e a convivência, onde “a perspectiva do interacionismo simbólico é construída sobre o pressuposto básico de que o homem e a sociedade constituem unidades inseparáveis”⁹.

Tal interação simbólica surgiu dos estudos de Herbert Blumer, 1937, ao qualificar os processos de relacionamento entre as pessoas, quando relações sociais não se moldam predeterminadas, mas sim condicionadas pelas reciprocidades entre as personagens dessa conexão, que sempre e constantemente necessita da aprovação do

outro¹⁰. Taylor e Young, por sua vez, ressaltam que a sociedade em si cria o desvio, sendo a qualidade da definição crime estipulada pelo entorno social. Tal definição é propensa a entender que a condição de desviante ou criminoso parte da ação dos mecanismos de controle da sociedade, entre eles, os próprios grupos considerados estabelecidos que agem contrários a certos atos praticados por pessoas selecionáveis, que formam um conjunto específico no trato social.

Durante anos, os estudos da criminologia partiram da análise do crime cometido e do fato do desvio ter sido praticado no seio do maior agrupamento. Com as teorias da reação social ou *labelling approach*, a definição do objeto de investigação criminológica passa então a não mais ser o criminoso ou a criminalidade, mas sim a interação cognoscitiva e prática dos sujeitos envolvidos e a construção de sua experiência em meio à realidade social¹¹.

Dessa maneira, para os representantes do *labelling approach*, o que distingue a criminologia tradicional da sociologia criminal são estudos acerca do interacionismo simbólico e como os processos de interação entre indivíduos passam a moldar suas atividades¹². Destarte, criminoso e criminalidade pertencem a uma realidade social, sendo gradativamente construídos e elaborados a partir do processo de interação. Não são, dessa forma, unicamente as instâncias oficiais responsáveis pelos processos que definem a criminalidade, mas também os conceitos formados por processos de interpretação e definição de pessoas que

COM A NOVA TEORIA, O FOCO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINOLÓGICA NÃO É MAIS O CRIMINOSO OU A CRIMINALIDADE, MAS INTERAÇÃO COGNOSCITIVA E PRÁTICA DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS E A CONSTRUÇÃO DE SUA EXPERIÊNCIA EM MEIO À REALIDADE SOCIAL



convivem numa determinada classe social e entendem uma conduta como desviante. Assim, indivíduos que praticam tais atos divergentes são, por definição, estereotipados como desviantes e merecem receber tratamento diferenciado¹³.

Shecaira retoma, dessa forma, os ensinamentos de Becker ao realizar sua análise a respeito da teoria, que, ao explicar-se pelo interacionismo simbólico, traz consigo a visualização da estigmatização, tanto entre os grupos conviventes na sociedade quanto nas instituições de controle: “O *labelling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação, fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinquentes seja a resposta das audiências de controle”¹⁴. A explicação interacionista caracteriza-se, assim, por incidir quase exclusivamente sobre a chamada delinquência secundária, isto é, a delinquência resultante do processo causal desencadeado pela estigmatização.

Não obstante, Hassemer constata que o *labelling approach* tem seu significado ao caracterizar o etiquetamento engendrado por um processo de imputação, quando a criminalidade é uma etiqueta constantemente aplicada pela polícia, pelo Ministério Público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social. Assim, “o *label-*

ling approach remete especialmente a dois resultados de reflexão sobre a realização concreta do Direito: o papel do juiz como criador do Direito e o caráter invisível do lado interior do ato”¹⁵.

Com isso, no entender de Hassemer, a exegese do magistrado ao caso concreto deve abster-se de imperativos que controlem sua preconcepção das coisas, numa ruptura epistemológica do sujeito quanto ao objeto em questão, no caso, aquele que cometeu desvio: “O Ministério Público, a polícia e o tribunal, na visão do *Labelling Approach*, devem se ater à lei nas suas operações sistêmicas, dessa forma, eles não retiram (nem podem retirar) de modo independente, a etiqueta de criminoso da lei, mas de suas próprias noções de limite entre o comportamento criminoso e o não criminoso”¹⁶.

Larrauri, por sua vez, confirma que a mudança de paradigma no âmbito sociológico descreve uma nova ordem nos estudos quando se passa a entender os órgãos de controle social que funcionam com o intuito de reprimir, controlar e prevenir o desvio, no paradigma da reação social, deixando, no obsoleto, seu anterior paradigma causal, onde se estudava o delinquente e os motivos de seu comportamento¹⁷. A criminalidade passa então a não perfazer mais

O DESVIO DEPENDE DA REAÇÃO DOS OUTROS E DAQUILO QUE ENTENDEM DA REALIDADE CONFORME SUAS CONCEPÇÕES, PRECONCEITOS E DADOS EMPÍRICOS BASEADOS NO SENSO COMUM. DESSA FORMA, A ESTIGMATIZAÇÃO DOS SETORES E CLASSES MAIS VULNERÁVEIS É UMA CONSTANTE



apenas dados ontológicos pré-constituídos, mas realidade ao ser construída pelo sistema de correção e justiça penal através da reação social. Dessa forma, o criminoso não difere, ontologicamente, de qualquer outro indivíduo, sendo rotulado por um *status* social que é atribuído apenas para alguns selecionáveis pelo sistema penal, regido por uma maioria¹⁸. O desvio depende da reação dos outros e daquilo que entendem da realidade conforme suas concepções, preconceitos e dados empíricos baseados no senso comum. Dessa forma, a estigmatização dos setores e classes mais vulneráveis é uma constante. O sistema penal confirma, a partir desses mecanismos de controle, sua discrepância ao não agir de maneira isonômica a determinados atos¹⁹.

Para Zaffaroni, “a escolha do sistema penal seletivo como sabemos, é feita em função da pessoa (o bom candidato é escolhido a partir de um estereótipo)”²⁰, argumento utilizado por Becker em seus estudos sobre os *outsiders*, abarcando o conceito da rotulação²¹.

As contribuições da teoria analisada destacam a transformação da sociedade nos dias atuais, tornando o direito penal e suas normas desatualizadas perante o novo contexto de uma sociedade pluralista que con-

vive com a ampla perspectiva da globalização, devendo superar seus conflitos pela tolerância e alteridade²². Ainda assim, hodiernamente, o comportamento tido como desviante, oriundo de um desencaminho primário, passa a sofrer severas críticas do grupo estabelecido, gerando a rotulação do indivíduo.

É importante a exegese de uma identidade que se deteriora e passa a fazer parte de um rol de *outsiders*, marcado tanto pelo sistema penal, quanto pela sociedade ao redor, e como tal estigma molda a personalidade da pessoa.

1.1 O comportamento desviante e sua rotulação

Ao interpretar os desvios de alguns grupos, Becker demonstrou, em seus estudos, acerca do comportamento de usuários de maconha nos Estados Unidos, que a decisiva mudança da identidade social da pessoa ocorre logo após a primeira sanção, gerada pelo desvio primário. Consumado esse fato, o *status* de desviante passa a fazer parte do indivíduo, como uma alcunha que se molda à personalidade²³. Alguns tipos de desvio são estigmatizantes pela maioria que consolida o *status* social, determinando as prováveis carreiras desviantes.



AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA ANALISADA DESTACAM A TRANSFORMAÇÃO
DA SOCIEDADE NOS DIAS ATUAIS, TORNANDO O DIREITO PENAL E SUAS
NORMAS DESATUALIZADAS PERANTE O NOVO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE
PLURALISTA QUE CONVIVE COM A AMPLA PERSPECTIVA DA GLOBALIZAÇÃO

Todavia, nas sociedades, estão presentes os grupos dominantes e os grupos desviantes, bem como diversas formas de ações que são determinadas como desvio. Becker classificou alguns tipos de comportamentos desviantes considerando as percepções alheias ao desvio e o grau de publicidade das atitudes rotuladas, entendendo que a aquiescência de algumas pessoas a certos padrões de comportamento tidos como desviantes parte de uma perspectiva sequencial envolvida em aprendizados específicos, obtidos pela experiência em conjunto aos grupos *outsiders*, formados não apenas em acusações e rotulações da sociedade. Contudo, carreiras desviantes são moldadas como uma alternativa às carreiras convencionais: “O comportamento normal das pessoas em nossa sociedade (e provavelmente em qualquer sociedade) pode ser visto como uma série de compromissos progressivamente crescentes, com normas e instituições convencionais”²⁴. Entre os grupos estudados por Becker, os músicos de *jazz* de casas noturnas de Chicago são definidos como desviantes por seu modo singular de vida, quando muito diferem dos hábitos de uma maioria, mesmo que “embora o comportamento desviante seja com frequência proscrito em lei – rotulado de criminoso se praticado por adultos, ou de delinquente, se praticado por jovens –, aqui este não é necessariamente o caso. Os músicos de casa noturna são exemplo pertinente”²⁵. Tais sujeitos viviam dentro dos limites da lei, não desrespeitando regras impostas pelo grupo tradicional, todavia, a maneira extravagante e tida como não convencional com que viviam foi suficiente para que fossem rotulados como *outsiders*. Os músicos de *jazz*, grupo ao qual o

próprio Becker pertenceu durante determinado tempo, seguiram a sua maneira de agir diferente da dos outros, sendo vistos como extravagantes ou diferentes, tanto pela sua arte como pelos seus hábitos de vida²⁶.

Os controles sociais, afirma Becker, afetam de maneira extrema o comportamento do indivíduo que é selecionado pelo seu desvio, o qual uma vez contrariou toda uma ordem pré-selecionada pela maior fatia da sociedade, quando o comportamento negativamente valorizado é passível de sanções que procuram manter o controle²⁷.

O controle pode ser realizado de forma a reproduzir a sensação de imoralidade e inconveniência caso certo ato rotulado como desviante for cometido. Para que venha a ser reconhecido tal domínio, pessoas respeitáveis e reconhecidas na sociedade passam a comunicar, por inúmeras vias de ação e comunicação, a palavra de ordem que gerencia o comportamento, que,

NAS SOCIEDADES ESTÃO
PRESENTES OS GRUPOS
DOMINANTES E OS GRUPOS
DESVIANTES, BEM COMO DIVERSAS
FORMAS DE AÇÕES QUE SÃO
DETERMINADAS COMO DESVIO.
BECKER CLASSIFICOU ALGUNS
DESSES COMPORTAMENTOS
CONSIDERANDO AS PERCEPÇÕES
ALHEIAS AO DESVIO



A INTERVENÇÃO DO SISTEMA
DE CONTROLE NO DESVIO
PRIMÁRIO DETERMINA NOVA
IDENTIDADE AO INDIVÍDUO
MUDANDO A SUA PERCEPÇÃO
DE SI MESMO E DE COMO A
SOCIEDADE O ENXERGARÁ APÓS
A ESTIGMATIZAÇÃO [AMPARADA
EM EPÍTETOS PEJORATIVOS]

se realizado, será considerado desviante²⁸. Destarte, toda a definição de condutas entendidas como criminosas decorrem de um processo comunicativo.

A intervenção do sistema de controle ao desvio primário determina nova identidade ao indivíduo mudando a sua percepção de si mesmo e de como a sociedade o enxergará após a estigmatização, utilizando, mesmo nos inquéritos e processos jurídicos oficiais, epítetos pejorativos e depreciativos ao acusado: “Para ser rotulado como criminoso, basta que cometa uma única ofensa criminal e isto passará a ser tudo que se tem de referência estigmatizante dessa pessoa. [...]. As rotinas diárias farão como que ele busque a aproximação com os iguais, o que gera o início de uma carreira criminal. A pessoa que chega à corte criminal sendo tachado de ‘ladrão’ ou ‘drogado’ pode ter gastado não mais do que um momento nessas atividades”²⁹.

Baratta, ao citar Lemert em seus estudos

acerca do comportamento rotulado, entende que distinguir entre a delinquência primária e delinquência secundária é primordial para a teoria do desvio baseada na compreensão da reação social. A reação das pessoas em torno ao desvio primeiro moldará uma nova identidade social ao sujeito, que permanecerá rotulado, numa tendência a incorporar o papel social causado pela estigmatização, continuando assim em um caminho desviante³⁰. Dessa forma, a teoria interacionista proposta por Lemert afirma o controle social como causa essencial do desenvolvimento do desvio comportamental, quando o desvio não pode ser medido a partir de certas características pessoais do personagem desviante, ou até mesmo, por regras estatísticas, mas sim, a partir de um real processo social interativo³¹.

Para Lemert, é necessário que haja duas formas de desvio para que a etiqueta venha a se destacar no personagem: o desvio primário e o secundário. Não obstante, Howard Becker afirma, em seus estudos, que a definição de desvio é realizada pela ordem social e pelos processos de controle social, destacados na sociedade como polícia, tribunais etc.: “As regras são produto da iniciativa de alguém e podemos pensar nas pessoas que exibem essa iniciativa como empreendedores morais. Duas espécies relacionadas – criadores de regras e impositores de regras”³². O autor americano define que o estereótipo formado volitivamente em concepções moldadas pela vivência das pessoas envolvidas nos órgãos de controle, instituem o estigma e o rótulo em indivíduos que possuem certas características³³.



Zaffaroni e Pierangeli entendem que o sistema de controle penal do Estado não possui seu cerne em teorias preventivas, mas recepiona a teoria do etiquetamento quando se encontra seletivo e orientado por padrões estigmatizados e rotulados, que servem apenas para criminalizar mais condutas e padronizar estereótipos. Assim, a seleção é realizada pelo controle penal de forma exitosa, uma vez que “a posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado³⁴. Os certificados da rotulação após o desvio primário e a conseqüente ruptura com o agrupamento estabelecido são atestados pelas certidões criminais e investigação de antecedentes criminais. Criminosos, doentes mentais e todos os selecionados pelos órgãos de controle, após o desvio primário, recebem a marca do estigma que os identifica como desviantes habituais, cadastrados no sistema informatizado e interligado das polícias³⁵. Em resumo, Salomão Shecaira esquematizou a determinação prática da seqüência dos atos descritos pelo *labelling approach* para a estigmatização constante: “A delinquência primária; a resposta ritualizada e estigmatização; distância social e redução de oportunidades; o surgimento de uma subcultura delinquente com reflexos

na autoimagem; o estigma decorrente da institucionalização; a carreira criminal e a delinquência secundária”³⁶.

Contribui assim com as pesquisas acerca das fases de uma estigmatização que perdura, propiciada pela delinquência primária, que, como afirma Becker, muitas vezes a ação pode não se amoldar em um desvio a alguma norma penal positivada, mas sim, o encaminhamento do suposto infrator até a delegacia, por estereótipos diferentes daqueles comumente aceitos e entendidos como esteticamente pertencentes aos grupos estabelecidos³⁷.

2. Estigmatização penal e a identidade social: a *self-fulfilling prophecy*

A diversidade de grupos presentes na sociedade, mesmo entre estabelecidos e *outsiders*, característica do desenvolvimento dialético das diversas relações sociais em contextos históricos específicos, traz a forma da identificação própria de cada um desses agrupamentos, quando a identidade dos grupos é construída em meio ao turbilhão social, caracterizado por mudanças e lutas travadas onde o indivíduo constrói a si mesmo e a coletividade à qual pertence.

O ESTIGMA [DE DESVIANTE] PODE SER CAPAZ, PELA FALTA DE OPORTUNIDADES E CHANCES NUMA SOCIEDADE CONTROLADA PELO GRUPO ESTABELECIDO QUE CRIA AS NORMAS E DESENVOLVE O RÓTULO, DE INFLUENCIAR NA CARREIRA DO ROTULADO, ENVEREDANDO PARA O CRIME DE FATO



Dessa forma, Luckmann traz a ideia de que identidade é elemento da realidade subjetiva, situando-se numa relação dialética com a realidade, revelando que “a identidade é formada por processos sociais. Uma vez cristalizada é mantida, modificada ou mesmo remodelada pelas relações sociais”³⁸. Para Ciampa, pode-se entender a identidade como um “processo de metamorfose onde a constante transformação é o resultado entre a história da pessoa, ou, o seu contexto histórico e social e seus projetos individuais”³⁹. Assim, o indivíduo aprende a construir sua identidade e dentro dessa construção conhece e define seu propósito, que o leva aos mais diversos caminhos. Muitas vezes, esse rumo não é escolhido apenas pelo indivíduo ou pelo grupo de que participa, em oposição a outros grupos, mas sim levado por suas condições sociais, econômicas, culturais e de afinidades.

A teoria do *labelling approach* reforma os moldes que caracterizavam a personalidade e identidade do desviante primário selecionado pelo sistema penal atribuindo a ele novas virtudes e nomenclaturas que o distinguem como possuidor de uma reputação criminosa. Esse estigma pode ser capaz, pela falta de oportunidades e chances numa sociedade controlada pelo grupo estabelecido que cria as normas e desenvolve o rótulo, de influenciar na carreira do rotulado, enveredando para o crime de fato. A etiqueta “reincidente” ou “maus antecedentes” o acompanhará por toda uma vida e o rótulo passa a moldar sua identidade social. Ademais, o processo de criminalização é exclusivamente seletivo quando se entende que em “todas as sociedades

contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder (Estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem a sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção se chama criminalização”⁴⁰.

Baratta entende que os estudos da sociologia criminal, que tiveram sua inspiração na teoria do *labelling approach*, enfatizam que a criminalidade é mais que apenas dados estatísticos utilizados pelas instâncias oficiais de controle, mas sim, uma pura realidade social da qual as ações das instâncias oficiais são as verdadeiras estabeledoras. É através de uma percepção seletiva dos comportamentos que o recrutamento ao sistema de etiquetamento funciona, em desvantagem dos bestializados e “socialmente débeis”, que possuem uma relação “subprivilegiada com o mundo do trabalho”, eleita pelas leis do código social que “regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais”⁴¹.

É por via das normas e suas aplicações que as definições criminais passam a agir em desfavor de uma população criminosa selecionada nos “setores socialmente mais débeis do proletariado”⁴², numa reprodução das relações sociais entre os grupos estabelecidos e *outsiders*.

Sendo o homem “um ser social”, assim definido por Aristóteles⁴³, é comum a associação com seus iguais numa relação de coletividade, apresentando a sua identidade perante o grupo do qual faz parte. Ainda assim, nem Aristóteles conseguiu solucionar ou obter explicação que justificasse de fato a existência dos pensadores de seu



tempo, não fosse a presença dos escravos, que realizavam as mais diversas tarefas, função essa idealizada pelas diferenças e desigualdades entre os homens.

Durkheim define o fato social como “toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; toda maneira de fazer que é geral numa sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais”⁴⁴. É a partir deste ponto que Becker estipula ser inerente aos grupos, a criação de regras sociais que moldam suas características, devendo ser seguidas pelos seus iguais, definindo o certo e demonstrando o errado: “Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’”⁴⁵.

É após o desvio primário e a primeira inserção dos dados da pessoa que se inicia o processo de marcação dos controles sociais, que Lemert define ter sido causado por qualquer necessidade no âmbito pessoal, ou mesmo para Becker, pela diferenciação que distingue o divergente dos estabelecidos, realizada pelo controle social formal. Numa segunda ação, há a inserção do indivíduo no mundo criminoso com o início da influência causada pela rotulação, muitas vezes pela designação de locais específicos para sua alocação prisional onde inicia sua carreira irremediável constituindo o *status*⁴⁶ desviante.

Para Baratta, o sistema escolar funciona como o primeiro segmento utilizado para a segregação e marginalização nas so-

cialidades, discriminando dois grupos: os “maus” alunos, definidos por jovens pertencentes às minorias e os “bons” alunos, aqueles que fazem parte do grupo estabelecido e não estigmatizado⁴⁷. Afirma a escola como aparato segregador e rotulador, o aluno considerando a “injustiça institucionalizada” das notas escolares, que demonstram a seletividade entre o “bom” e o “mau” estudante, considerando um mais que o outro. Essa estima pelas notas mais altas em destaque revela o merecimento do menino não proveniente de grupos marginais e considerados *outsiders*, eivada de preconceitos e da mácula do estigma⁴⁸. A formação da identidade social se inicia na escola, em virtude da meritocracia quando o mecanismo discriminatório é proposto ao analisar a consideração dos professores aos alunos conceituados “bons” em detrimento daqueles estereotipados como “maus” alunos. Baratta ainda afirma que “antigas e recentes pesquisas colocam em evidência que a quota de erros desconsiderados pelo professor é menor do caso dos maus alunos do que no caso dos bons alunos, e que, no caso dos primeiros, são destacados mais frequentemente erros inexistentes”⁴⁹. É nas comunidades mais carentes e segregadas da maior fatia social que a função selecionadora do sistema escolar transforma-se numa função marginalizadora⁵⁰.

Significa dizer que a manutenção dessas zonas reconhecidas à margem da sociedade em seu *statu quo* é o principal enfoque do controle social, da mesma forma que o direito penal age como divisor entre os grupos sociais que divergem. Essas instituições escolares legitimam a diferencia-



ção social, baseando-se no conceito do mérito de cada um, utilizando-se de testes de inteligência e técnicas de seleção, que demonstram o coeficiente de inteligência do aluno. Assim, a promoção social é baseada conforme o talento e a atitude de cada um.

As diferenças entre os testes e notas entre os estudantes no sistema da meritocracia é concebida de forma acrítica e perpetua-se como verdadeiro diferenciador dos personagens envolvidos⁵¹. Toda essa distinção criada pela instituição evidenciou efeitos discriminatórios do sistema escolar a respeito daqueles alunos provenientes das classes e subclasses pobres e inferiores, que realçam os grupos *outsiders* e estigmatizados. Baratta considera também a dificuldade de adaptação desses meninos a “um mundo em parte estranho a eles e a assumirem os seus modelos comportamentais e linguísticos”, como forma de manutenção e afirmação de sua personalidade⁵². Essas distintas particularidades pessoais dos estereotipados são vistas então pela escola como atitudes que devem ser coibidas, impelindo a eles a sanção negativa e a exclusão: “Tem-se observado que, em relação a eles, a escola é um tal instrumento de socialização da cultura dominante das camadas médias, que ela os pune como

expressão do sistema de comportamento desviante”⁵³.

Não obstante, as atitudes dos professores contra meninos das classes marginais caracterizam-se por rótulos pejorativos que conservam a aplicação seletiva e desigual que enfatizam os critérios do mérito escolar, “em prejuízo do aluno carente”⁵⁴.

Robert Merton⁵⁵ definiu a profecia autor-realizável como sendo fruto das diversas interações entre indivíduos quando o ato de estigmatizar enfaticamente um deles determina de fato o seu comportamento: “A profecia autorrealizável é, no início, uma definição falsa da situação, que suscita um novo comportamento e assim faz com que a concepção originalmente falsa se torne verdadeira.” Denominada como *self-fulfilling prophecy* (profecia autorrealizável) é reconhecida pela teoria do *labelling approach* em sua definição dos comportamentos desviantes, quando a expectativa do ambiente em que se vive pode determinar o comportamento da pessoa⁵⁶.

Destarte, o mecanismo de discriminação da escola passa a ter força na percepção que o menino possui das expectativas de seus professores em relação a ele, fato “que o impele cada vez mais ao seu papel de mar-



O MECANISMO DE DISCRIMINAÇÃO DA ESCOLA PASSA A TER FORÇA NA PERCEPÇÃO QUE O ALUNO POSSUI DAS EXPECTATIVAS DE SEUS PROFESSORES EM RELAÇÃO A ELE. TAL DISCRIMINAÇÃO É REFORÇADA NO ÂMBITO DO GRUPO ESTABELECIDO QUANDO SE RECONHECE QUE MAUS ALUNOS DEVEM SER PUNIDOS

ginalizado”⁵⁷. Tal ação de discriminação é reforçada no âmbito do grupo estabelecido quando se reconhece que maus alunos devem ser punidos ou sofrer certas sanções institucionais, como a exclusão e a desaprovação, criando a distância social entre uns e outros. Tal distanciamento agrega-se tanto na escola quanto na sociedade, no entorno, trazendo em pauta o “caráter simbólico da punição” ao etiquetado como mau aluno⁵⁸. Essa índole punitiva tende a culpar e a castigar os agrupamentos menores considerados estigmatizados e desviantes, em detrimento de uma maioria que se integra em atitudes e virtudes aceitas pelas instituições, “convalidando os seus comportamentos”⁵⁹.

Da mesma forma que a pena criminal pode causar a estigmatização e a diminuição do *status* do apenado frente ao outro, os efeitos discriminatórios e classificadores do sistema institucional da escola se ampliam e tomam forma por meio da interação entre alunos, causando cada vez mais a diferenciação entre as classes, determinando a divisão dos grupos dominantes e excluídos, por mérito⁶⁰.

O mecanismo de *self-fulfilling prophecy*, da mesma forma com que agirá na discriminação escolar, intenciona a criação de uma construção social da população delinquente. A atenção dos órgãos de controle passa a vigorar sobre as zonas sociais que jazem estigmatizadas e suas ações, por intermédio da expectativa da criminalidade, punem aqueles bestializados encontrados nos grupos débeis da sociedade. O sistema penal e suas penas agem como redutoras do *status* social dos selecionados que passam

HÁ UM DUPLO FILTRO QUE
DISTINGUE ENTRE A SELEÇÃO
DOS BENS JURÍDICOS
PENALMENTE PROTEGIDOS E DOS
COMPORTAMENTOS OFENSIVOS
A ESTES BENS, DESCRITOS NOS
TIPOS PENAI. A ESTIGMATIZAÇÃO
MOLDA TODA A ESTRUTURA
QUE DEFINE *OUTSIDERS*

a ser vistos como *outsiders* estigmatizados, consolidando carreiras criminosas, “devido aos efeitos da condenação sobre a identidade social dos desviantes”⁶¹. Nesse ínterim, o sistema das penas age conforme o sistema escolar, como um segregador dos grupos marginalizados ao contrário do que se esperaria numa ação de integração e promoção humana⁶².

A lógica do sistema penal, para Vera Regina Pereira de Andrade, entende que “o que orienta o funcionamento do sistema penal é a diferenciação ou seleção de pessoas”. Destarte, há, no processo de criminalização, duplo filtro que distingue entre “a seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos”⁶³. Dessa forma, a estigmatização parte das instituições de controle social e molda toda a estrutura que define *outsiders* e desviantes dos grupos estabelecidos e dominantes, desde a sua origem.



OS EFEITOS DO ETIQUETAMENTO
PODEM LEVAR A UM SEGUNDO
DESVIO NO COMPORTAMENTO,
REPRODUZINDO A IMAGEM
ANTES APLICADA. SURGE ASSIM
A FORMAÇÃO DE GRUPOS
DE PESSOAS IGUALMENTE
ESTIGMATIZADAS (SUBCULTURA
CRIMINAL) E O SEU ISOLAMENTO

Assim, o sistema escolar, como “primeiro aparato de seleção e marginalização na sociedade”⁶⁴ assegura a produção das desigualdades, ao refletir a estrutura vertical social valendo-se dos mecanismos de seleção (como notas e avaliações de medição intelectual) para evidenciar e nutrir a manutenção dessas disparidades, que engendram, paulatinamente, a distância social⁶⁵.

Baratta afirma haver “filtros sucessivos” entre o sistema discriminatório escolar e o sistema discriminatório penal que funcionam como transmissor da contínua e crescente divisão entre estabelecidos e *outsiders*. Os mecanismos que esses filtros abordam são instituições presentes especialmente nas sociedades capitalistas, que cumprem as “tarefas de assistência social, de prevenção e de reeducação em face do desvio de menores”⁶⁶. Baratta ressalta uma pesquisa realizada acerca de dois grupos de jovens distintos, onde o primeiro agrupamento, formado de jovens de uma classe social elevada, é selecionado para

um sistema de sanção informal, após algum desvio inicial ou primário. Tais sanções são resolvidas no âmbito familiar e no grupo de origem, sem intervenção dos institutos de controle penais ou de algum regime disciplinar para menores, imposto pelos órgãos de controle, que perfazem as sanções institucionais. Todavia, jovens das classes baixas são selecionados por esse sistema de sanções institucionais “(intervenção policial e dos órgãos judiciários do direito penal de menores etc.)”⁶⁷, pela origem de sua estratificação social. Assim, os grupos sociais mais elevados se furtam da ação dos mecanismos institucionais, não percebendo nenhuma relação com a estigmatização, que é realizada em detrimento dos menos favorecidos e oriundos das classes mais baixas do proletariado, que cada vez mais assume seu papel “definitivo de criminoso”⁶⁸.

Há, dessa forma, um esquema de proteção desses mecanismos aos jovens pertencentes aos grupos privilegiados em detrimento daqueles moradores das camadas mais desvalorizadas da sociedade, num resguardo de prevenção servido às famílias estabelecidas.

3. A identidade deteriorada e o direito penal

Para aquele selecionado pelo sistema penal após o desvio inicial, sendo delinquente enquanto menor ou criminoso quando adulto, recai a etiqueta negativa (ex-presidiário, usuário de drogas, criminoso). Os efeitos do etiquetamento podem levar a um segundo desvio no comportamento reproduzindo a imagem que lhe é aplicada, surgindo assim



a formação de grupos de pessoas igualmente estigmatizadas (subcultura criminal) e o seu isolamento. A etiqueta é tão “marcante na personalidade da pessoa que a sociedade somente enxerga essa marca do indivíduo e esquece das suas demais características”⁶⁹. Ao etiquetar alguém, esse sofre isolamento na sociedade, tal qual o *bullying* escolar dentro das instituições de ensino, normalmente perpetrado por colegas de sala do aluno rotulado. Tal ato causa o que Baratta identifica como “distância social”, aumentando cada vez mais seu afastamento.

A etiqueta incorpora-se à sua personalidade; que passa então a agir conforme sua nova identidade, aceita pelo indivíduo reputado: “a pessoa se converte no que está representado, ou seja, percebe a si mesma como os demais a veem”⁷⁰. A negatividade das etiquetas ainda é pior quando se revela formadora das subculturas, onde pessoas tidas como marginais se unem aos seus iguais, numa forma de proteção contra os preconceitos sociais advindos dos grupos estabelecidos. Dessa forma, o caminho que se busca é o da identidade e aceitação, que, não sendo usuais de se achar, fica facilitado encontrar em seus iguais algo que lhe proporcione esses dois aspectos, em um local onde se fortalece a ideia de pertencimento.

Não obstante, a drástica mudança que ocorre na identidade social do indivíduo é colocada em evidência a partir de um segundo desvio, quando a delinquência secundária enseja as formas de reincidência que constata a carreira criminosa em progresso⁷¹. Entretanto, a identidade deteriorada, causa de algum estigma imputado, para Goffman,

pode ocorrer devido a uma “relação com a questão do desvio”⁷². Para o sociólogo canadense, a sociedade estabelece maneiras de categorizar pessoas por atributos físicos ou de comportamento que estipulam a princípio a “identidade social real”. O conceito de estigma, portanto, é descrito por Goffman como “um atributo que torna o indivíduo diferente dos outros e menos desejável, contendo especialmente um efeito de descrédito”⁷³, associando alguém a um atributo negativo, que para o sistema penal é o chamamento de criminoso.

Para Dennis Chapman, em sua obra *O Estereótipo do Delinquente e suas Conseqüências Sociais*, a estereotipação é “uma atividade estrutural da sociedade e dos seus mecanismos de manipulação e marcação”, revelando que estereótipos definem a ideia e a imagem da identidade rotulada para toda a sociedade estabelecida e dessa forma, para os grupos e instituições de controle também⁷⁴. A identidade do indivíduo que possui o rótulo de criminoso passa então a ser reconhecida pela sua alcunha ou chamamento⁷⁵.

Como o desvio, o crime não é definido unicamente pela conduta do agente, mas sim, pelo que os organismos de controle social entendem como crime. Se um ato tido como desviante pode não ser gerado de algum crime, mas sim de uma conduta não aceita pelo grupo estabelecido ou por uma maioria como assertiva ou esperada para a boa convivência, da mesma forma, o verbo criminalizar quem e por que parte do controle penal do Estado e de suas instâncias punitivas. Percebe-se, dessa forma, que



estereótipos aquiescem a marcação cerrada do monitoramento e fiscalização policial entre os grupos considerados desviantes, geralmente, agrupamentos pertencentes a uma casta social economicamente estigmatizada, ou seja, as classes mais pobres⁷⁶.

O rótulo significa que se pode esperar algum comportamento desviante desse grupo de pessoas, conforme dita Zaffaroni, “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito) etc.”⁷⁷

Significa que a tendência do encarceramento é seguir punindo aqueles considerados desajustados sociais, estigmatizados e pertencentes às classes desviantes tidas como minorias, etnicamente diferentes e pobres.

Considerar alguém pelo estigma é negar, para Goffman, sua essência humana em dignidades e atributos, para isso, a construção de uma teoria do estigma que labora com intuito de explicar a inferioridade dos outros baseados em crenças individuais e concepções preestabelecidas estabelece a distinção: “Construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social”⁷⁸.

Tal animosidade chega ao ápice da segregação total de alguns grupos desviantes quando uma maneira eficaz de estigmatizar o novo agrupamento é marginalizando

atos e costumes da pessoa naquilo em que é diferente.

As mudanças provenientes do mercado e das práticas do consumo desmedido são “reconhecidas por muitos cientistas” uma vez que o “mercado altera o caráter dos bens e das práticas sociais por ele governados”⁷⁹, em um efeito corrosivo dos valores antes tidos como essenciais para a comunidade, assim como a convivência.

No conceito durkheimiano, os valores antes tidos como tradicionais em sociedades clássicas e solidárias evaporam-se e são constituídos novos valores, mediante ao tempo vivido e suas relativas mudanças, como a economia globalizada. Nesse ponto, a sociedade converteu-se em uma complexidade de valores, reunindo os cidadãos iguais e excluindo os desiguais, criando, assim, um novo tipo de *outsider* que deve ser segregado e controlado. Valores esses controlados pelo mercado neoliberal, indicadores do poder de consumo do cidadão; como mais um ente rotulante na sociedade complexa em que se vive.

Considerações finais

A sociologia do desvio e a criminologia crítica rompem com a corrente do pensamento criminal que considerava seus personagens rotulados, analisando-os biológica e psiquicamente, num determinismo pautado pelas suas diferenças físicas e mentais, contemplando os atos realizados em sociedade e quem considera certas atitudes como desvios de uma normalidade de condutas. A ampliação do rol de leis



entendidas como crime aumenta a possibilidade do reconhecimento e seleção penal, gerando, em um maior número de pessoas, a etiqueta que modela sua apresentação aos órgãos de controle, fazendo parte de um grupo estigmatizado e selecionável.

Contudo, o cerne principal e essencial do estudo da teoria do desvio transforma-se em seu problema de pesquisa, quando a compreensão do que é definido por desvio é concedida pela sociedade em si, que está sempre em transmutação e transformação, modificando seus valores e conhecimentos com frequência. Howard Becker define a sociedade como a principal idealizadora daquilo que considera desvio, devendo então o ato divergente constituir infrações diversas de origens heterogêneas, uma vez que a própria sociedade se transforma, causando inúmeras ações que podem ou não ser consideradas desviantes. Assim, não há como analisar desvio sem antes entender qual será a reação dos outros perante o ato cometido.

O desvio pode ser realizado por inúmeras pessoas, independente de classe social ou *status*, todavia, somente seguirá a ser ato considerado desviante se a reação das pessoas assim permitir ou entender. Significa que os estereótipos, estigmas e preconceitos contam muito nesse ponto.

A teoria interacionista estabelece o controle social como essência do desenvolvimento comportamental a partir do processo de interação entre os envolvidos e como essas pessoas se enxergam dentro da sociedade onde convivem. Por esse motivo, os estudos acerca do desvio são essenciais para entender como a divisão das pessoas, ainda que próximas entre si, apresenta o aspecto motivador para caracterizar quem faz ou não parte do grupo social aceito como estabelecido. A todos os outros dessemelhantes, oriundos de camadas sociais inferiores e bairros periféricos, se consideram desviantes de uma norma central ou uma virtude fundada na tradição e na comunhão entre iguais que não os aceitam em seu meio. Ao romper essa linha, essas pessoas são consideradas *outsiders*, ainda que não cometam nenhum tipo de desvio, conforme analisado por Becker em seus estudos.

É a partir de um primeiro deslize considerado criminoso ou delinquente que o estereótipo se confirma, realizando o desviante aquilo que se espera dele em sociedade, uma vez que é tido como um intruso em um seio social que carece de convivência e teme os estranhos. Dessa forma, moldar a personalidade daquele que carrega o rótulo passa a ser deliberadamente a essência

É A PARTIR DE UM PRIMEIRO DESLIZE CONSIDERADO CRIMINOSO OU DELINQUENTE
QUE O ESTEREÓTIPO SE CONFIRMA, REALIZANDO O DESVIANTE AQUILO QUE
SE ESPERA DELE EM SOCIEDADE, UMA VEZ QUE É TIDO COMO UM INTRUSO EM
UM SEIO SOCIAL QUE CARECE DE CONVIVÊNCIA E TEME OS ESTRANHOS



dos órgãos de controle do Estado, que considera a alcunha criminoso ou delinquente para fazer valer sua força legitimada pela sociedade em geral, contra alguns poucos escolhidos. Toda essa distinção serve para consolidar os grupos estabelecidos, num primeiro momento diante da seleção do sistema penal, e no segundo viés: para manter as classes sociais mais baixas do proletariado cada vez mais baixas e selecionáveis.

A estigmatização possui uma força irreversível quando há a necessidade de sobrevivência e busca por meios legítimos de postos de trabalho ou de convivência. Os personagens são marcados pelo rótulo causado pela alcunha reconhecida pelos certificados gerados em desfavor do sujeito pelo sistema de antecedentes criminais, causado por um primeiro desvio, gerando dificuldades à pessoa. Isso faz com que o rotulado busque maneiras alternativas para sua sobrevivência, muitas vezes incidindo em um segundo ato criminoso, confirmando a expectativa que os outros possuem do sujeito tido como desviante. A realização dessa expectativa define a personalidade da pessoa, atuando em seu âmbito o estigma, que Goffman define como a causa de uma identidade deteriorada, mutilando o “eu” que antes personificava o homem, transformando-o no *outsider* a ser temido, mesmo em seu próprio entendimento.

No mesmo ponto, a linha de atuação dos órgãos de controle do sistema penal do Estado busca pessoas rotuladas e já consideradas desviantes em toda a compreensão negativa do chamamento, por exclusão. Não tendo possibilidade, o próprio Esta-

do em transfigurar uma ressocialização, o que ocorre é a mutação constante da personalidade da pessoa e a mutilação de sua identidade, por intermédio do interacionismo simbólico que agora ocorre dentro das grandes penitenciárias ou prisões espalhadas pelas sociedades afora.

Por isso, a teoria do *labelling approach* surge como diferencial nos estudos criminológicos, pois define os conflitos sociais e a tensão entre empreendedores de regras/normas estipuladas em prol de um agrupamento: o estabelecido. Com ela, consolidou-se um modelo alternativo em relação ao paradigma etiológico, que é conhecido como paradigma da reação social, deslocando as causas do comportamento tido como criminoso para as condições definidas pela sociedade a certos grupos de pessoas selecionáveis para o uso da etiqueta e do rótulo constante, no crescente processo de criminalização. Tais conflitos partem da definição de desvio e como é realizado este entendimento, questionando a rotulação constante e a estigmatização desnecessária, muitas vezes, imposta em algum ato inerte ou insignificante para o direito.

Significa entender, pelos estudos realizados, que com o efeito da etiquetagem e da aceitação dessa pelos sistemas oficiais de controle (entre eles o próprio direito penal), que de fato o direito não contribui para reproduzir, assegurar e legitimar a igualdade e a verticalidade nos seus processos de interação com a comunidade, mas sim para valorizar as desigualdades e ampliar a distinção entre um e outro grupo de pessoas, cidadãos da mesma sociedade. ■



Notas

1. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal (Academia Brasileira de Direito Constitucional). Professor de Direito Penal, Criminologia e Prática Jurídica Penal. Advogado Criminalista atuante no Estado do Paraná. Autor dos livros: “Crime, Arte e Literatura”, e “O papel do judiciário na construção do desviante: A influência da sociedade complexa”. E-mail: iversonkf@hotmail.com
2. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88.
3. Historicamente, afirma Shecaira que “A Teoria do *Labelling* surge após a 2a. Guerra Mundial, os Estados Unidos são catapultados à condição de grande potência mundial, estando em pleno desenvolvimento o Estado do Bem-Estar Social, o que acaba por mascarar as fissuras internas vividas na sociedade americana. A década de 60 é marcada no plano externo pela divisão mundial entre blocos: capitalista versus socialista, delimitando o cenário da chamada Guerra Fria. Já no plano interno, os norte-americanos se deparam com a luta das minorias negras por igualdade, a luta pelo fim da discriminação sexual, o engajamento dos movimentos estudantis na reivindicação pelos direitos civis”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.371-374.
4. BECKER, Howard S. *Outsiders*. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. p. 15-20
5. CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.109.
6. BECKER, Howard S. *Outsiders...*, p. 22.
7. BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes criminais à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 201.
8. BECKER, Howard S. Op. cit., p. 206.
9. BISSOLI FILHO, Francisco. Op. cit., p. 46, nota 16.
10. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 286.
11. Baratta ainda confirma a consciência crítica envolvida nas construções da realidade social: “...o que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é visto, pelos representantes do *labelling approach*, principalmente, na consciência crítica que a nova concepção traz consigo, em face do problema gnosiológico e de sociologia do conhecimento que está ligado a este objeto (a criminalidade, o criminoso) quando não o consideramos como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar, mas como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e pratica, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam. Portanto esta realidade deve, antes de tudo, ser compreendida criticamente em sua construção” BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 87.
12. *Ibidem*, p. 86.
13. *Ibidem*, p. 94.
14. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 290.
15. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 102.
16. HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, p. 103.
17. LARRAURI, Elena. Op. cit., p. 58.
18. BARATTA, Alessandro. *Criminologia...*, p. 12.
19. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 25.
20. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 245-246.
21. *Ibidem*, p. 27.
22. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 307.
23. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 89.
24. *Ibidem*, p. 38.
25. *Ibidem*, p. 89.
26. *Ibidem*, p. 93.
27. *Ibidem*, p.69-70.
28. *Ibidem*, p. 70.
29. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 292-293.
30. BARATTA, Alessandro apud LEMERT. Op. cit., p. 90.
31. *Ibidem*, p. 90-91.
32. Becker, Howard S. Op. cit., p. 153.
33. *Ibidem*, p. 129.
34. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 9. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

35. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 87.

36. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 304.

37. BECKER, Howard S. Op. cit., p. 28.

38. BERGER, Peter L. Luckmann T. *A construção social da realidade*. Petrópolis: 8. ed. Vozes, 1990, p. 228.

39. CIAMPA, A. C. *A estória do Severino e a história da Severina*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 75.

40. ZAFFARONI, E. Raúl; BATTISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. 1.p 43.

41. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 179.

42. Idem, p. 179.

43. ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Hemus, 1966.

44. DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15.

45. BECKER, Howard. Op. cit., p. 22.

46. BARATTA, Alessandro apud LEMERT, Op. cit., p. 107.

47. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 172.

48. Idem p. 174.

49. Ibidem p. 175.

50. Ibidem, p. 172.

51. Idem p. 173.

52. Idem, p. 173.

53. Idem, p. 173.

54. Ibidem, p. 174.

55. MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1980. p. 470.

56. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 174.

57. Idem, p. 174.

58. Ibidem, p. 175.

59. Ibidem, p. 175-186.

60. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 175.

61. Ibidem, p. 180.

62. Ibidem, p. 180.

63. ANDRADE, Vera Regina Pereira Andrade de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 254.

64. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 171.

65. Ibidem, p. 175.

66. Ibidem, p. 181.

67. Idem, p. 181.

68. Ibidem, p. 181.

69. BISSOLI FILHO. Op. cit., p. 183.

70. Ibidem, p. 184.

71. Ibidem, p. 180.

72. GOFFMAN, Erwing. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed., Rio de Janeiro: L2008, p. 8.

73. Ibidem, p. 12.

74. BISSOLI FILHO, Francisco. Op. cit., p.198, Bissoli apud Chapman.

75. Destarte, “os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de dis-

cipliná-lo através de um largo e sutil processo (...) Dessa forma, quando as instâncias informais do controle social fracassam, entram em funcionamento as instâncias formais, que atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular status (de desviados, perigoso ou delinquente)” MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 134.

76. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 111.

77. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 130.

78. GOFFMAN, Erwing. Op. cit., p. 15

79. O efeito corrosivo do mercado foi estudado por Fred Hirsch, economista britânico do Fundo Monetário Internacional. Assegura que o efeito da comercialização é influenciador dos valores humanos mais regulares: “Efeito de comercialização é o efeito sobre as características de um produto ou atividade, do fato de ser fornecido exclusiva ou predominantemente em termos comerciais, no lugar de algum outro meio – como a troca informal, a obrigação mútua, o altruísmo ou o amor, ou ainda, sentimentos de prestação de serviço ou obrigação”. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 7. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.



Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira Andrade de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECKER, Howard S. *Outsiders*. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BERGER, Peter L. Luckmann T. *A construção social da realidade*. Petrópolis: 8. ed. Vozes, 1990.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes criminais à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- CIAMPA, A. C. *A estória do Severino e a história da Severina*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FRANÇA, S.M. *Diferença e preconceito: a efetividade da norma*. São Paulo, Summus, 1998.
- GOFFMAN, Erwing. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4. ed., Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- HASSEMER, Winfried; Muñoz CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de a criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1992.
- MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1980
- MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- STONEQUIST, Everett V. *O homem marginal: estudo de personalidade e conflito cultural*. Rio de Janeiro: Martins Fontes; 2000.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorroutu, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____. Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.





DISPOSTO A VENCER A LUTA

MARCEL FERREIRA DOS SANTOS

Presidente da Amapar

Por **Marcus Gomes**

Advogado e jornalista

Novo presidente Amapar é de atuação discreta e afeita aos processos. Ele não se nutre das redes sociais, se atém a divulgações institucionais e participa de eventos, palestras e cerimônias no justo equilíbrio de seus compromissos profissionais e, agora, associativos



Novo presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Marcel Ferreira dos Santos tomou posse no último 26 de janeiro para cumprir um mandato de dois anos. Nascido em 30 de julho de 1981, está prestes, portanto, a completar 43 anos e já é juiz de entrância final, como se diz no jargão judicial. Isso significa que cumpriu as três etapas obrigatórias. Foi magistrado de entrância inicial, com estágio probatório de dois anos, conforme previsto em lei, magistrado de entrância intermediária e cumpre, agora, sua última escala na hierarquia legal. Desembargador e ministro são outros quinhentos. Carecem de nomeação.

Santos foi juiz substituto em Campo Mourão, juiz titular em Mamborê e em Londrina, na região noroeste do estado e, desde o ano de 2013, atua como juiz de direito em Maringá.

Sua atuação é discreta e afeita aos processos. Ele não se nutre das redes sociais, se atém a divulgações institucionais e participa de eventos, palestras e cerimônias no justo equilíbrio de seus compromissos profissionais e, agora, associativos.

Em entrevista à CBN de Maringá, no ano passado, o magistrado não foi reticente quando confrontado com temas polêmicos. Em certa ocasião, os legisladores cogitaram punir os juízes por “crime de hermenêutica”. Sorte esse projeto não ter passado, afirma ele. Ensejaria a possibilidade de o magistrado ser punido por palavras ou

pelo conteúdo de suas decisões. “Seria um atentado ao estado democrático de direito”.

Sobre os subsídios e penduricalhos dos juízes, Santos diz que há que se fazer uma comparação. Executivos de empresas, com responsabilidades e exigências pesadas, recebem salários altos, correspondentes a sua dedicação e esforço. “O erro é medir os ganhos do juiz multiplicando-se o salário-mínimo. A remuneração do juiz deve ser correspondente ao seu cargo. E a Constituição estabelece que o magistrado deve exercer a sua função com exclusividade, com a exceção das aulas em faculdades de direito, que só podem ser ministradas fora do expediente. Ou seja, é trabalho a mais.

Quantos aos benefícios da magistratura, ele lembra: “juiz não tem FGTS, não recebe adicional de periculosidade. E o seu expediente não se resume ao fórum”.

Do ponto de vista de Santos, o subsídio, que era um atrativo no concurso, deixou de ser há muito tempo. “Nos últimos anos, dezenas de juízes estão abandonando a carreira para se dedicar à advocacia privada. Consideremos, por exemplo, que sobre os vencimentos do magistrado há 27,5% de imposto de renda e 15% de contribuição previdenciária. O que sobra faz muitos magistrados repensarem a sua vida profissional”.

A Amapar foi fundada em 1957 com o propósito inicial de pôr fim ao tratamento distinto entre juízes e desembargadores.

Havia mesmo um abismo entre os subsídios conferidos aos membros do Tribunal de Jus-



tiça e aos magistrados das comarcas em todo o estado. Hoje há 156 comarcas judiciais no Paraná, de um total de 399 municípios.

Foi o juiz Alceste Ribas de Macedo quem liderou o grupo que fincaria os pilares fundacionais da associação, cuja sigla então era AMP. Ele também constituiu as bases para que juízes de 1º e 2º grau, ativos ou inativos, se reunissem sob a mesma bandeira.

Ex-presidente do TRF-4, Vladimir Passos de Freitas diz que é difícil afirmar, com certeza, qual foi a primeira associação de magistrados do Brasil. Provavelmente teria surgido em São Paulo, na década de 30 do século passado, inspirada por um imbróglgio que também confrontava os juízes de direito com os tribunais. Lutava-se para garantir aos magistrados o acesso por antiguidade ao TJ de São Paulo, uma prerrogativa que havia sido extinta, por decreto do governo federal, em 1933.

Mais de uma década depois, registra-se a criação de uma associação de juízes no Rio Grande do Sul, calcada nos novos ares democráticos que se espalhavam no país, com o fim da ditadura de Getúlio Vargas, e no mundo, recém-saído de uma guerra que deixou marcas profundas em todas as nações.

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) veio depois, em 1949. A entidade contava com mais de 20 mil associados em balanço recente, mas esse número balança ao sabor do momento político. É maior entre os juízes estaduais e menor entre os magistrados federais e trabalhistas, estes orgulhosos de suas próprias associações.

Magistrado é sinônimo de juiz em território brasileiro, mas não no resto do mundo. Aliás,

magistrado não é sinônimo de juiz também no Brasil em determinadas áreas em que é necessário um árbitro (outro sinônimo). Juiz de futebol é árbitro, mas não magistrado. Árbitro é árbitro em uma resolução de conflitos extrajudicial. Não é juiz. Não é magistrado. E não se trata de uma divagação sem propósito.

Há países, como os Estados Unidos, em que magistrados são aqueles que decidem as pequenas causas (*magistrates*). Em nações latino-americanas, eles são apenas os juízes da corte suprema, que não são ministros. Exemplo: El Salvador. No México, o termo se refere aos membros do colegiado do tribunal ou da segunda instância, que, no Brasil, são desembargadores. Na Itália e em Portugal, magistrados também são os promotores.

Independente da nomenclatura ou do cenário histórico, associações de magistrados têm uma significativa parcela de influência no mundo jurídico. Seja em tempos de bonança, mais raros, ou de águas turbulentas, em que, eis o paradoxo, se critica o Judiciário na mesma proporção em que se busca seu auxílio.

É essa representatividade que o novo presidente da Amapar que ver cada vez mais fortalecida. Para Santos, a luta continua. E foi com essa crença, aliás, que ele se dispôs a submeter seu nome ao escrutínio de 1.200 associados. O magistrado, agora, quer ser a vez e a voz da entidade prestes a completar 70 anos de existência. Seu compromisso é o de consolidar a história da associação e erguer suas bandeiras. Para isso, dá como certo o apoio dos pares que lhe deram seu voto de confiança. Ele garante que irá retribuir da melhor maneira que sabe. Trabalhando.



Revista Bonijuris

Há 36 anos publicando o melhor do direito



Com periodicidade bimestral e circulação nacional, a Revista Bonijuris é o maior e mais importante periódico impresso jurídico do Brasil.

A revista apresenta diferentes seções, como entrevista, artigo de capa, doutrina, tribuna livre, súmulas, acórdãos e ementas.

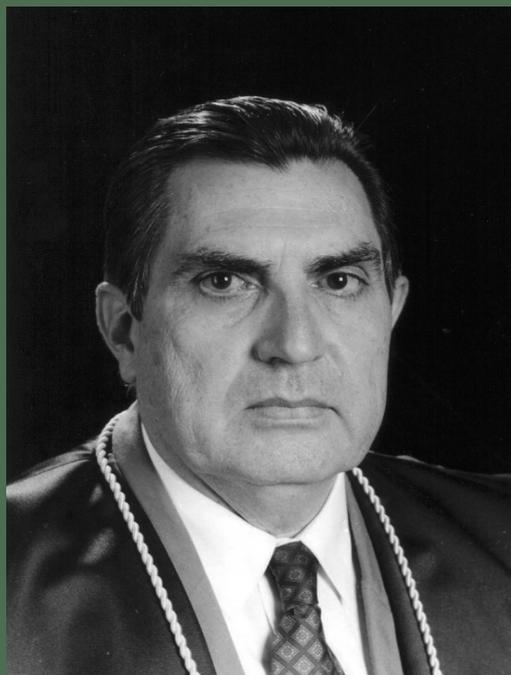
Os assuntos são cuidadosamente selecionados pela equipe editorial para que suas 260 páginas tragam a cada edição temas relevantes para o mundo jurídico.

CONHEÇA A
VERSÃO
DIGITAL



ASSINE A
VERSÃO
IMPRESSA





A HISTÓRIA DO DESEMBARGADOR MOACIR GUIMARÃES



Por **ROBSON MARQUES CURY**
Desembargador aposentado do TJPR



Moacir Guimarães, filho do desembargador Joaquim Ferreira Guimarães e de Adelina Guimarães, nasceu no dia 25 de janeiro de 1938, na cidade de Imbituva (PR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, turma de 1963.

Iniciou sua carreira na magistratura em 12 de junho de 1964, após concurso para juiz substituto, atuando, respectivamente, nas comarcas de Curitiba e Cornélio Procópio. Nomeado juiz de direito em 22 de dezembro de 1964, exerceu suas funções nas comarcas de Mallet, Goioerê, Tibagi e Ponta Grossa. Em 1977, foi promovido por merecimento à entrância final de Curitiba.

Atuou em diferentes varas cíveis e nas varas especializadas de Família e da Infância e Juventude. Nesta última, em 1984, criou e instalou no Paraná a Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), órgão que, encampado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, tornou-se padrão em todo o território nacional.

Em 29 de dezembro de 1987, foi nomeado juiz do Tribunal de Alçada e, no dia 24 de fevereiro de 1995, foi promovido a desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, sendo o primeiro vice-presidente na gestão 2005/2006.

Presidiu o Tribunal Regional Eleitoral no biênio 2003/2004.

Aposentou-se, compulsoriamente, no dia 25 de janeiro de 2008.

O magistrado Moacir Guimarães foi o meu paradigma para as questões envolvendo a legislação menorista abrangendo as crianças e adolescentes. Mirei no seu exemplo de julgador que dedicou praticamente toda a sua carreira no Judiciário em prol da infância brasileira. Aprendi, com as suas decisões e doutrina inerente, a bem julgar essas questões como juiz titular da vara de menores da comarca de Cascavel nos anos 1980, e tive o privilégio de, no início dos anos 1990, como juiz de direito substituto da capital, ter sido designado para substituir o titular da vara de menores de Curitiba, o juiz de direito Tufi Maron Filho, aprendendo as sábias lições da sua vasta produção jurídica nesse tempo dos processos físicos e dos livros de registros de sentenças.

Certa feita, ao descobrir que determinada instituição oferecia crianças pela internet, o desembargador Moacir Guimarães reagiu firmemente, dizendo que crianças não poderiam ficar expostas como em supermercado. Chamou o ato de barbaridade, indicando mais uma vez sua defesa intransigente do instituto da adoção. “Atende-se o interesse da criança, nunca do casal”, reiterava.

Prazerosamente atendendo ao meu pedido, o colega Luciano Carrasco Falavinha externou a sua imorredoura admiração pelo magistrado que sempre nos inspirou:



HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ

MOACIR GUIMARÃES FOI PARADIGMA NAS QUESTÕES ENVOLVENDO A LEGISLAÇÃO MENORISTA, ABRANGENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DEDICOU PRATICAMENTE TODA A SUA CARREIRA EM PROL DA INFÂNCIA BRASILEIRA. “ATENDE-SE O INTERESSE DA CRIANÇA, NÃO DO CASAL”, DIZIA

“O desembargador Moacir Guimarães, jubilado em 2008, representa aquilo que se espera da figura do juiz: juiz puro, na mais clara percepção da palavra, sereno, cortês e técnico; levou ao pé da letra os mandamentos do bom do juiz.

Depois de ter passado pelo interior, Goioerê, nos anos 1960 e, na sequência, Tibagi e, depois, sua saudosa Ponta Grossa, quando

trabalhou com seus amigos Tadeu Costa, Osiris Fontoura e Clotário Portugal, entre outros, o desembargador Moacir veio a Curitiba, sendo um dos primeiros juízes da vara de infância.

Lá, alavancou e organizou os processos de adoção no estado, celebrando convênios com o exterior, obtendo inúmeros prêmios pela condução destes processos. Instalou

O ESTADO CRUEL

REIS FRIEDE



Apresenta onze facetas cruéis do nosso país – corrupção, insegurança, violência, esquecimento, medievalismo, entre outras –, recolocando a questão no centro do debate jurídico-político. Mais do que uma contundente análise da realidade nacional, a obra desponta como um sublime ato de patriotismo do autor, que defende a consolidação da democracia brasileira.

ADQUIRA AGORA

Clique aqui

a CEJA, Comissão Estadual Judiciária de Adoção, cuja análise para as adoções internacionais passou a ser obrigatória quando a lei somente facultava a consulta a este órgão. Com isso, tornou muito mais seguras as adoções internacionais, tornando-se modelo para o Brasil.

Cumpre-me aqui fazer um registro: todos me falavam que o então juiz Moacir demonstrava alegria imensa quando entregava uma criança para os pais adotivos ao finalizar o processo de adoção. Isso era corriqueiro. Porém, tive a grata surpresa de ver a alegria do então desembargador quando me pediu para acompanhar uma antiga funcionária do tribunal, que, nervosa que estava, não conseguia dirigir seu veículo para buscar a sua filha, depois de obter êxito em um processo de adoção. Poucas vezes vi alguém tão feliz com o futuro de uma criança a partir daquele momento.

Em seu gabinete, ostentava com orgulho quadro com dezenas de crianças adotadas no estrangeiro. Certeza de que o futuro delas era melhor do que quando foram entregues à adoção.

Fui seu assessor e juiz auxiliar quando estive à frente da primeira vice-presidência. Além de compreender todos os caminhos do tribunal, aprendizado que se leva para a vida inteira, aprendi com ele que o juiz sem coragem não é juiz; que juiz covarde não merece vestir a toga. Juiz sem autoridade não aplica justiça. Juiz sem amor pelo que faz não é juiz.

Eliezer Rosa, no livro *A Voz da Toga* (aliás, livro que ganhei do desembargador Kfour

em 1998, quando ingressei na magistratura), traz lição de que o juiz tem que ser forte de corpo, forte de alma e forte do saber. O desembargador Moacir Guimarães reúne essas características.

É preciso pontuar que carrego imensa responsabilidade com este tribunal e com o desembargador Moacir: além de usar sua toga para tomar posse, assinei o termo com a mesma caneta que ele usou há cerca de trinta anos neste mesmo ato.

Enfim, tenho a grata satisfação de ter o tio Moa como grande amigo. E a magistratura do Paraná por ter tido em seus quadros um grande juiz.”

Recebi o expressivo discurso alinhavado pelo desembargador Luciano Carrasco Falavinha Souza, no qual homenageia todos que participaram da sua trajetória, e o rotulei como “O discurso que não foi lido”. Escrito pelo doutor Luciano para a sua posse no cargo de desembargador, o momento e o local são propícios para a divulgação, pois a maior parte da inspiração do novel desembargador Luciano provém do tio Moa.

**“APRENDI COM ELE QUE O
JUIZ SEM CORAGEM NÃO É
JUIZ; QUE JUIZ COVARDE NÃO
MERECE VESTIR A TOGA. JUIZ
SEM AUTORIDADE NÃO APLICA
JUSTIÇA. JUIZ SEM AMOR
PELO QUE FAZ NÃO É JUIZ”**





A HISTÓRIA DO ADVOGADO EDUARDO ROCHA VIRMOND¹

Por **CLÈMERSON MERLIN CLÈVE²**

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná

Com **Daniela Urtado³**

Mestra em Direito pela PUCPR



A palavra ilumina o caminho de Eduardo Rocha Virmond

Helena Kolody, 1994.

O jurista crítico de artes

Há 30 anos, Eduardo Rocha Virmond foi saudado pela acadêmica Helena Kolody, em discurso proferido por ocasião de sua posse na Cadeira 4 da Academia Paranaense de Letras⁴. A poeta, na oportunidade, destacou que a vasta cultura do empossado o autorizava a transitar com desenvoltura por diversos saberes que se encontravam no exercício da palavra. Lembrou que “é a palavra que aprisiona o fugitivo instante e impede que ele mergulhe, para sempre, no esquecimento”⁵.

A convivência com intelectuais, em um centro cultural eferescente, embora periférico, reafirma a formação singular de Virmond, a um tempo, crítico artístico atento e advogado habilidoso. Qual a medida dos elementos componentes da trajetória ímpar? Que envolve, afinal, percurso irreplicável? Não há um roteiro. O que há, e isso soa como alento às novas gerações, é inspiração, compromisso e contestação, um mergulho nas águas que a vida oferece.

Virmond frequentou, nos anos dourados da juventude, na segunda metade da década de 1940, o festejado *Café Belas Artes*, local que reunia intelectuais como Glauco Flores de Sá Brito, José Paulo Paes e Samuel Guimarães da Costa. Ora, José Paulo Paes publicava, naquele momento, o seu primeiro livro intitulado *O Aluno*⁶. O título, para Virmond, confirmava o sentimento de que o *Café Belas Artes* era, então, “a melhor Universidade do Paraná”⁷.

Nascido em Curitiba, no dia 13 de janeiro de 1929, Eduardo faz parte da geração que ficou marcada pela segunda guerra mundial. Ter testemunhado situação marcante da história impulsionou o seu interesse pela experiência política do país. Virmond guardou na memória o tempo em que acompanhou, cotidianamente, pelo rádio e pelos jornais, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1946. Considerava, mesmo, ter sido, a de 1946, a melhor Constituição que o Brasil teve⁸.

Tendo concluído o bacharelado em direito pela centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná no segundo ano da década de 50, já a partir de maio de 1955, inicialmente nas tardes de domingo, comandava o *Jam Session*⁹, programa sobre *jazz*, para o qual disponibilizava os discos de seu invejável acervo pessoal. Mais tarde, aos sábados, conduziu a produção de *Música de Sempre*, dedicado à música clássica. Ambos os programas eram transmitidos pela Rádio Colombo¹⁰. O sucesso de *Jam Session*, noticiava o *Diário do Paraná*, alcançou lugar de destaque entre as iniciativas radiofônicas mais ouvidas de Curitiba. Nesse tempo, não era incomum encontrar Virmond participando, também, ao lado de Norberto Castilho, das intermináveis mesas redondas sobre temas musicais veiculadas pelas Rádios Guairacá e Clube Paranaense¹¹.



Advogado, entre uma e outra peça forense redigida como exigência da profissão, escreveu com regularidade para a *Gazeta do Povo* e para o *Diário do Paraná*. Contribuiu, ainda, para *O Dia*, criado por Glauco Flores de Sá Brito, e para o conceituado periódico cultural *Nicolau* (1987-1997), entre outros periódicos. Quantas, por outro lado, não foram as peças de teatro, as obras literárias e musicais estudadas por Virmond? A crítica séria por ele desenvolvida e as reflexões agudas sobre a produção local levantaram, a seu tempo, importantes questões sobre o que significava a produção e, mais do que isso, a vida cultural do Paraná¹². A crítica reclama, escreveu certa vez, “vigilância e responsabilidade”¹³.

A atenção dedicada, em particular, à vida cultural paranaense não supõe, ao contrário, atitude provinciana. A experiência paranaense não ignora aquilo que ocorre em outros horizontes. Por isso, através da literatura, da apreciação de todas as formas de manifestação artística, em suas vestes de

crítico, *vigilante e responsável*, procurou compreender o mundo e o “Brasil profundo e múltiplo”¹⁴, universalizou-se aconselhado pela metáfora feliz de Guimarães Rosa: – “o sertão está em toda a parte”.

Teve ocasião de reconhecer que a nossa melhor poesia está bem representada nos versos de Kolody, que, muito mais do que poeta, “foi um guia para tantos que com simplicidade procuravam o modelo de generosidade, de franqueza, de bondade, de um proceder incensurável”¹⁵. Com análoga sensibilidade, e não apenas nas terras dos pinheirais, integrou comissões julgadoras de obras artísticas. É o caso, por exemplo, da Pré-Bienal de São Paulo, de 1970, sem esquecer o labor desenvolvido junto ao Museu de Arte Contemporânea do Paraná (MAC). A vivência acumulada no campo cultural o recomendou para a docência na área, tendo lecionado, por algum tempo, a cadeira de História da Arte na Universidade Federal do Paraná. Foi também chamado, no governo de Jaime Lerner, para comandar a, então, muito prestigiada Secretaria de Estado da Cultura do Paraná, onde, inclusive, mais tarde, já no período em que era comandada por outro grande paranaense, René Dotti, viria a contribuir para o *Nicolau*^{16 - 17}.

Escreveu muito. Artigos para jornais e revistas, sobretudo. Mas, também, outras peças, como a apresentação do livro condensando a poesia de Glauco Flores de Sá Brito ou a coletânea de contos de Luci Collin, sua confreira na Academia de Letras do Paraná. Traduziu, também, na década de 80, *Imagens do Brasil*, livro de litogravuras com comentários de Paul Garfunkel.

**NASCIDO EM CURITIBA, NO
DIA 13 DE JANEIRO DE 1929,
VIRMOND FAZ PARTE DA
GERAÇÃO QUE FICOU MARCADA
PELA SEGUNDA GUERRA
MUNDIAL, O QUE IMPULSIONOU
SEU INTERESSE PELA
EXPERIÊNCIA POLÍTICA DO PAÍS**



COLEÇÃO LIVROS Jurídicos



ADQUIRA AGORA
ATRAVÉS DO
QR CODE

CANAIS DE VENDA:



41 3323 4020



0800 645 4020



www.livrariabonijuris.com.br

SUA ATUAÇÃO COMO PRESIDENTE DA OAB-PR REPERCUTIU NACIONALMENTE DIANTE DA DEFESA DAS LIBERDADES E DA DEMOCRACIA. NÃO POUCAS VEZES, DENUNCIOU VIOLAÇÕES DE DIREITOS OCORRIDAS DURANTE [A DITADURA]

Causa surpresa que não tenha publicado, ao menos não se tem notícia, obra reunindo os seus escritos, em particular aqueles que vieram a lume com a pena do crítico de arte. Helena Kolody, saudando o novo imortal da Academia Paranaense de Letras, percebeu essa ausência, referindo-se a cerca de 150 textos que reclamavam “reprodução em formato de livro”¹⁸. Esta é uma providência meritória que o meio editorial não pode deixar passar.

“Polêmico e contestatório”: a luta contra o arbítrio

Nos tempos duros, sombrios, os juristas se revelam. Alguns colaboram com a escuridão, outros lutam pela luz. O direito pode servir à democracia, prestando inestimável serviço para a construção de sociedades mais justas¹⁹, mas pode, igualmente, ser manipulado, instrumentalizado, pelo poder dominante para fins autoritários. Durante a longa noite da ditadura militar brasileira (1964-1985), essas duas faces disputaram caminho, a insurgente e a instituída, desenhadas por juristas que

lutaram pela liberdade ou por aqueles que justificaram o arbítrio²⁰.

Eduardo Rocha Virmond é exemplo de jurista do primeiro tipo, do que soube, no tempo certo e com os meios que tinha à sua disposição como advogado, lutar pela causa democrática. Desde os primeiros dias do golpe de 1964, esteve a visitar pessoas encarceradas para tomar consciência desta triste e injusta condição. Foi membro efetivo da Comissão de Justiça e Paz do Paraná, importante manifestação da sociedade civil instituída no âmbito da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que, ao lado daquelas de outros estados, inspirada pela atuação exitosa da paulista²¹, tinha por objetivo investigar e agir nos casos de violação de direitos humanos.

Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná, em meados da década de 1970, foi, na mesma época, eleito presidente da seccional paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil. Sua atuação repercutiu nacionalmente diante da postura intransigente na defesa das liberdades, da democracia e do estado de direito. Denunciou, não poucas vezes, as violações de direitos ocorridas durante aqueles tempos de chumbo²².

Como *batonnier*, obteve expressiva conquista. Com efeito, entre os dias 7 e 12 de maio de 1978, Curitiba foi sede da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Os anfitriões, ele e Raymundo Faoro, presidente do Conselho Federal, presidiram o encontro que reuniu cerca de três mil participantes²³ e marcou de modo indelével a história brasileira.



A conferência foi monitorada pelos órgãos de repressão da ditadura, denunciaram documentos dos antigos SNI e Dops que podem ser consultados no Arquivo Nacional e no Arquivo Público do Paraná. O Ato Institucional 5 estava em vigor, a despeito do discurso de “abertura” ensaiado pelo governo militar.

O tema central da conferência foi providencial: – *Estado de Direito*. A “profunda crise de legitimidade” que abalava as instituições do país, dizia Faoro, era o sentido da escolha temática. Os advogados postulavam o retorno da legalidade democrática e o fim do regime de exceção. A coragem dos advogados orientaria, doravante, a direção e a velocidade das águas na calha política. Houve, afinal, manifestação reivindicatória e protestante de uma classe relevante, integrando nomes de prestígio nacional indiscutível, como, entre tantos, Pontes de Miranda, Victor Nunes Leal, Goffredo da Silva Telles, Evandro Lins e Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba. Estiveram presentes, também, cientistas políticos reconhecidos co-

mo Bolívar Lamounier, Francisco Corrêa Weffort e Oliveiros da Silva Ferreira.

Dezenas de teses (quase cinco) foram apresentadas nas comissões especiais que ocorreram nas dependências da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná²⁴. Pontes de Miranda, no salão nobre, apresentou uma das mais esperadas, cuidando do *habeas corpus*, um dos temas mais sensíveis na circunstância. A *Folha de S. Paulo* noticiou que Pontes de Miranda, com seus 80 anos, esperava “não morrer antes de ver o *habeas corpus* restaurado”²⁵. Raymundo Faoro enfatizou a necessidade de conferir prioridade a duas pautas, antes de projetar uma nova constituinte, o retorno pleno do *habeas corpus* e das garantias da magistratura. Para o autor de *Os Donos do Poder*, o gradualismo do *discurso de distensão* do governo Geisel era, antes de tudo, um obstáculo ao retorno daquelas garantias²⁶. René Dotti, por seu turno, dissertou sobre a “A informação cultural no Estado de Direito”, ocasião em que defendeu inexistirem “liberdades públicas autênticas



COELHO

ARTIGOS
PARA HOMENS

DESDE

1957

OFERECENDO QUALIDADE
E BOM GOSTO.

Rua Senador Alencar Guimarães, 16 | Curitiba | PR
41 3224 0804  CoelhoArtigosParaHomens

fora do Estado de Direito”²⁷. Dotti, inclusive, em momento posterior, lembrou da “dimensão extraordinária” da conferência e do significado político do documento final conhecido como “Declaração dos Advogados Brasileiros”, preparado por Raymundo Faoro, no qual sustentava que o estado de direito somente alcançaria legitimidade no contexto de uma democracia²⁸.

No último dia do evento, a capa da *Folha de S. Paulo* noticiava que os “Advogados decidem pedir tudo”²⁹. Sintetizava desse modo os anseios de uma nova ordem constitucional fundamentada em valores democráticos. Não bastava a revogação do AI-5, porque a constituição vigente à época, a Constituição de 1967, outorgada pelo Congresso Nacional aviltado e, depois, reescrita em 1969 por uma junta militar na forma de emenda constitucional, configurava ordem ilegítima.

Faoro, em entrevista concedida em fevereiro de 1979, falou sobre a relevância da VII Conferência da OAB:

Ela teve um aspecto simbólico que eu gostaria de recordar. No momento em que o palco do Teatro Guaíra se abriu e mostrou o teatro lotado, gente em pé, uma multidão lá fora que não tinha conseguido entrar, estavam lá o presidente do Senado, da Câmara, o governador do Paraná. Estava lá, também,

o representante do presidente da República. Luiz Raphael Meyer. [...] Houve manifestações delirantes da plateia quando se falava em *habeas corpus*. Eu acho que isto pode ter influenciado, porque eles podem ter sentido que nós não estávamos blefando, que havia um setor da sociedade civil – os advogados – que tinha sensibilizado a opinião da sociedade para uma reivindicação tida como prioritária e fundamental. [...] Um estado de direito democrático.³⁰

No seu pronunciamento de abertura da VII Conferência, intitulado “O aperfeiçoamento do arbítrio”, Eduardo Virmond denunciava a “espionagem, a censura, a delação [...], como o mais ignóbil instrumento de perversão da autoridade do poder e da mais insinuante deterioração da segurança individual”³¹.

Em outro evento, na cerimônia de abertura dos trabalhos do ano judiciário, em fevereiro de 1979, convidado a se pronunciar no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seu último dia como presidente da OAB/PR, remarcou os resultados proveitosos da VII Conferência que denunciou o arbítrio, condenou a tortura e levantou as bandeiras da anistia e da liberdade democrática. Bravo, destemido, a ditadura identificava Virmond, segundo documento confidencial do SNI, como “altamente polêmico e contestatório”³².

A TRAJETÓRIA DE VIRMOND, FALECIDO EM 17 DE NOVEMBRO DE 2023 EM CURITIBA, CONFERE MATIZ SINGULAR À VIDA POLÍTICA E CULTURAL DO PARANÁ. PARA VIVER, SUGERE O TERNO GUIMARÃES ROSA, É PRECISO TER CORAGEM



Na Comissão Estadual da Verdade do Paraná, criada pela Lei 1.7362 de 2012, Eduardo Rocha Virmond foi convidado a depor na 9ª audiência pública sobre o tema “ditaduras, sistemas de justiça e militarização”, realizada em outubro de 2014. A iniciativa constituiu uma forma de homenagem aos advogados e estudantes de direito, a partir da relação de nomes providenciada pela Comissão da Verdade da OAB/PR, que “se notabilizaram na defesa da democracia e das liberdades”³³.

Não por acaso, recebeu a *Medalha Vieira Netto*, a mais alta comenda concedida pela OAB-PR para aqueles que tenham dado contribuição relevante à justiça, ao direito e à classe dos advogados³⁴. A medalha presta homenagem ao advogado José Rodrigues Vieira Netto, com quem

Virmond trabalhou por mais de uma década e afirmou ter sido o maior advogado que conheceu³⁵. É preciso recordar que Vieira Netto foi perseguido pela ditadura, tendo sido preso entre os meses de setembro e novembro de 1967³⁶.

A trajetória de Eduardo Rocha Virmond, falecido em 17 de novembro de 2023 em Curitiba, confere matiz singular à vida política e cultural do Paraná. Para viver, sugere o terno Guimarães Rosa, *é preciso ter coragem*. Virmond, erudito no campo da cultura e bravo entre os guerreiros da justiça, da liberdade e da democracia, se agigantou nos anos tenebrosos da história recente deste país continental. A sua atuação corajosa, gravada no tabuleiro da história, continuará, nos anos à frente, a inspirar as futuras gerações.

NOVO DIVÓRCIO BRASILEIRO

INACIO DE CARVALHO NETO

Esta 15ª edição de uma obra seminal no direito de família conta com a nova legislação e a jurisprudência mais recente sobre o tema. Comentários bem fundamentados sobre a Lei da Palmada, da Alienação Parental, de Alimentos Gravidico e da Guarda Compartilhada.



ADQUIRA AGORA

[Clique aqui](#)

CANAIS DE VENDA:

41 3323 4020

livrariabonijuris.com.br

Notas

1. NOTA DO EDITOR: O advogado e ex-presidente da OAB, Eduardo Rocha Virmond, faleceu em 17 de novembro de 2023.
2. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná e do UniBrasil – Centro Universitário. Cadeira 3 da Academia Paranaense de Letras.
3. Mestre em Direito pela PUCPR. Doutoranda em Direito pela UFPR. Pesquisadora.
4. Eduardo Rocha Virmond é o segundo ocupante da Cadeira 4 da Academia Paranaense de Letras. O patrono, o fundador e o primeiro ocupante da Cadeira 4 foram homens de três gerações da mesma família, respectivamente, José Cândido da Silva Muricy (1827-1879), o filho, José Cândido da Silva Muricy (1863-1943) e o neto, José Cândido de Andrade Muricy (1895-1984).
5. KOLODY, Helena. Discurso pronunciado pela acadêmica Helena Kolody, na Academia Paranaense de Letras, saudando o acadêmico Eduardo Rocha Virmond em sua posse em 22/09/1994. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 58, n. 33, p. 76-81, dez., 1994.
6. SANCHES NETO, Miguel. *Como voltar a Curitiba*. Cândido. s/d. Disponível em: <https://www.bpp.pr.gov.br/Candido/Pagina/Ensaio-Anos-curitibanos>. Acesso em: 13 abr. 2023.
7. KOLODY, Helena. Discurso pronunciado pela acadêmica Helena Kolody, na Academia Paranaense de Letras, saudando o acadêmico Eduardo Rocha Virmond em sua posse em 22/09/1994. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 58, n. 33, p. 76-81, dez., 1994.
8. VIRMOND, Eduardo Rocha. Constituição de 1946: 70 anos. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 77, n. 66, jun., 2016.
9. DIÁRIO DO PARANÁ. Jam Session. 6 de maio de 1955. *Hemeroteca Digital*. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/761672/5708>. Acesso em: 29 mar. 2023.
10. Entrevista concedida por Eduardo Rocha Virmond ao Memórias Paraná 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bDL2wGP61fw&t=2952s>. Acesso em: 11 abr. 2023.
11. DIÁRIO DO PARANÁ. Jazz para quarta-feira. 9 de outubro de 1955. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/761672/7758>. Acesso em: 13 abr. 2023.
12. VIRMOND, Eduardo Rocha. Música e alguns músicos no Paraná. *Diário do Paraná*. 29 de março de 1957. *Hemeroteca Digital*. Disponível em: <https://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=761672&Pesq=%22eduardo%20rocha%20virmond%22&pagfis=15251>. Acesso em: 29 mar. 2023.
13. VIRMOND, Eduardo Rocha. O Sul do Mundo. *Diário do Paraná*. 2 de fevereiro de 1967. *Hemeroteca Digital*. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/761672/61651/>. Acesso em: 29 mar. 2023.
14. VIRMOND, Eduardo Rocha. Brasil Profundo/Múltiplo. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 77, n. 66, jun., 2016.
15. VIRMOND, Eduardo Rocha. Helena Kolody. *Helena*, Curitiba, v.1, n.0, p.9, jun. 2012.
16. Edições podem ser consultadas no sítio da Hemeroteca Digital.
17. CÂNDIDO. *Especial Nicolau: Linha do tempo*. Disponível em: <https://www.bpp.pr.gov.br/Candi-do/Pagina/Especial-Nicolau-Linha-do-tempo/>.
18. KOLODY, Helena. Discurso pronunciado pela acadêmica Helena Kolody, na Academia Paranaense de Letras, saudando o acadêmico Eduardo Rocha Virmond em sua posse em 22/09/1994. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 58, n. 33, p. 76-81, dez., 1994.
19. CLÈVE, Clèmerson. Por uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
20. Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva participaram ativamente da feitura dos Atos Institucionais, notadamente, os primeiros. Medeiros Silva foi ainda indicado por Castelo Branco à vaga no STF, renunciando após oito meses para atuar como Ministro da Justiça, contribuindo com a escrita da Constituição de 1967, além das leis de segurança nacional e de imprensa.
21. CPDOC. Verbete: Comissão de Justiça e Paz. FGV. Disponível em: <https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/comissao-de-justica-e-paz>. Acesso em: 29 mar. 2023.
22. Nota oficial do presidente da OAB-PR, Eduardo Rocha Virmond, repudiando as violências sofridas por estudantes. Divulgada pelo Correio de Notícias (PR). 7 de junho de 1977. *Hemeroteca Digital*. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/325538_00/188. Acesso em: 29 mar. 2023.
23. FOLHA DE S. PAULO. Protesto contra a abertura política, lenta e gradual. 8 de maio de 1978. Acervo da Folha.
24. FOLHA DE S. PAULO. Advogados ultimam reivindicações. 12 de maio de 1978. Acervo da Folha.



25. FOLHA DE S. PAULO. Estado de Direito, tema da OAB. 7 de maio de 1978. Acervo da Folha.

26. FOLHA DE S. PAULO. Estado de Direito, tema da OAB. 7 de maio de 1978. Acervo da Folha.

27. FOLHA DE S. PAULO. Na OAB, apelos ao fim da exceção. 11 de maio de 1978. Acervo da Folha.

28. DOTTI, René Ariel. Da ditadura militar à democracia civil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 179-180, p. 191, 2008.

29. FOLHA DE S. PAULO. Advogados decidem pedir tudo. 12 de maio de 1978. Acervo da Folha.

30. FAORO, Raymundo. A democracia traída: entrevistas. Organização e notas de Maurício Dias. São Paulo: Globo, 2008, p. 31-32.

31. FOLHA DE S. PAULO. Abertura da conferência da OAB. 8 de maio de 1978. Acervo da Folha.

32. BRASIL. Ficha de distribuição e processamento de documentos. SNI. 12.3.1979. Arquivo Nacional. Disponível em: http://imagem.sian.an.gov.br/acervo/derivadas/br_dfanbsb_v8/mic/gnc/aaa/79001232/br_dfanbsb_v8_mic_gnc_aaa_79001232_d0001de0001.pdf. Acesso em: 29 de mar. 2023.

33. Relatório Final da Comissão Estadual da Verdade Teresa Urban. Curitiba: Comissão Estadual da Verdade do Paraná, 2014. Disponível em: <https://documentosrevelados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/relatorioceveresaurban2014.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

34. Oito pessoas receberam a honraria: Alir Rastachescki, Egas Dirceu Moniz de Aragão, René Ariel Dotti, Eduardo Rocha Virmond, Newton José de Sisti, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Edni de Andrade Arruda e José Lucio Glomb.

35. VIRMOND, Eduardo Rocha. Trem das onze: para a OAB, advogados e Cia. Curitiba: OAB Paraná, 2009.

36. Relatório Final da Comissão Estadual da Verdade do Paraná – Teresa Urban. Curitiba: Comissão Estadual da Verdade do Paraná, 2014. Disponível em: <https://documentosrevelados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/relatorioceveresaurban2014.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

LANÇAMENTO

LEGISLAÇÃO PENAL CONSTITUCIONAL

L. F. QUEIROZ



É o primeiro passo para quem quer estudar o direito penal brasileiro, pois o texto constitucional tem especial atenção às garantias individuais do cidadão, aos princípios processuais penais, à atividade dos agentes públicos e seus excessos, aos crimes internacionais, assim como aos remédios constitucionais, que são importantes ferramentas jurídicas destinadas a impedir ou evitar ilegalidades e abusos de poder.

ADQUIRA AGORA

Clique aqui

Referências

BRASIL. Ficha de distribuição e processamento de documentos. SNI. 12. 3.1979. Arquivo Nacional. Disponível em: http://imagem.sian.an.gov.br/acervo/derivadas/br_dfanbsb_v8/mic/gnc/aaa/79001232/br_dfanbsb_v8_mic_gnc_aaa_79001232_d0001de0001.pdf. Acesso em: 29 de mar. 2023.

CLÈVE, Clèmerson. *Por uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CPDOC. Verbete: Comissão de Justiça e Paz. FGV. Disponível em: <https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/comissao-de-justica-e-paz>. Acesso em: 29 mar. 2023.

DIÁRIO DO PARANÁ. Jam Session. 6 de maio de 1955. Hemeroteca Digital. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/761672/5708>. Acesso em: 29 mar. 2023.

DOTTI, René Ariel. Da ditadura militar à democracia civil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 179-180, p. 191, 2008.

FAORO, Raymundo. *A democracia traída: entrevistas*. Organização e notas de Maurício Dias. São Paulo: Globo, 2008.

FOLHA DE S. PAULO. Advogados decidem pedir tudo. 12 de maio de 1978. Acervo da Folha.

FOLHA DE S. PAULO. Advogados ultimam reivindicações. 12 de maio de 1978. Acervo da Folha.

FOLHA DE S. PAULO. Na OAB, apelos ao fim da exceção. 11 de maio de 1978. Acervo da Folha.

FOLHA DE S. PAULO. Abertura da conferência da OAB. 8 de maio de 1978. Acervo da Folha.

FOLHA DE S. PAULO. Protesto contra a abertura política, lenta e gradual. 8 de maio de 1978. Acervo da Folha.

FOLHA DE S. PAULO. Estado de Direito, tema da OAB. 7 de maio de 1978. Acervo da Folha.

KOLOGY, Helena. Discurso pronunciado pela acadêmica Helena Kolody, na Academia Paranaense de Letras, saudando o acadêmico Eduardo Rocha Virmond em sua posse em 22/09/1994. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 58, n. 33, p. 76-81, dez., 1994.

Relatório Final da Comissão Estadual da Verdade Teresa Urban. Curitiba: Comissão Estadual da Verdade do Paraná, 2014. Disponível em: <https://documentosrevelados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/relatorioceveteresaurban2014.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

SANCHES NETO, Miguel. *Como voltar a Curitiba*. Cândido. s/d. Disponível em: <https://www.bpp.pr.gov.br/Candido/Pagina/Ensaio-Anos-curitibanos>. Acesso em: 13 abr. 2023.

VIRMOND, Eduardo Rocha. Constituição de 1946: 70 anos. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 77, n. 66, jun., 2016.

_____. Brasil Profundo/Múltiplo. *Revista da Academia Paranaense de Letras*, v. 77, n. 66, jun., 2016.

_____. Helena Kolody. *Helena*, Curitiba, v.1, n.0, p.9, jun. 2012.

_____. *Trem das onze: para a OAB, advogados e Cia*. Curitiba: OAB Paraná, 2009.

_____. O Sul do Mundo. *Diário do Paraná*. 2 de fevereiro de 1967. Hemeroteca Digital. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/761672/61651> Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. Música e alguns músicos no Paraná. *Diário do Paraná*. 29 de março de 1957. Hemeroteca Digital. Disponível em: <https://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=761672&Pesq=%22eduardo%20rocha%20virmond%22&pagfis=15251>. Acesso em: 29 mar. 2023.





A SEGURANÇA QUE O SEU PATRIMÔNIO PRECISA

Engenharia voltada para o rastreamento, monitoramento e telemetria embarcada de frotas empresariais.

Serviços que aumentam a competitividade do cliente com tecnologia logística e segurança eletrônica.

MONITORAMENTO DE:

- VEÍCULOS DE PASSEIO
- CAMINHÕES CÂMARA FRIA
- CAMINHÕES BETONEIRA
- CARGAS VARIADAS



41 3095 0970
41 98406 8622
telemachine.com.br



IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA POR *TRADING COMPANY*. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DE DOCUMENTO PRIVADO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO

Por **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

*Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional*



Com **Rogério Vidal Gandra Martins**

*Advogado especialista e professor em Direito Tributário pelo
Centro de Extensão Universitária-CEU/IICS*



Roberta de Amorim Dutra

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional Tributário pela PUC-SP

Formula-nos a empresa [...] a seguinte consulta:

“A consulente é uma empresa Trading que opera com importação na modalidade de Encomenda e por conta e ordem de terceiro.

Conforme noticiado pela nossa empresa, a mesma responde em inquérito policial instaurado a partir de representação fiscal para fins penais, encaminhada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, de mandado de procedimento fiscal nº [...], e seu sócio [...] responde como denunciado nos autos da ação penal nº [...], juntamente com [...]. A presente ação tem por objeto o mandado de procedimento fiscal [...], autuado em nome da empresa Consulente, que objetiva o recolhimento de CSLL e IRPJ, exigidos nos autos do Processo Administrativo nº [...], no qual, segundo a fiscalização, restou evidenciada a prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, II III e IV, da Lei 8.137/90.

Nos autos do processo [...] teria ocorrido crime de falsidade ideológica de documento de natureza pública, no caso, a declaração de importação, por terem sido inseridas declarações falsas ou diversas daquelas que deveriam ter constado do referido documento.

Diante disso, a Consulente indaga:

- 1) O que se pode entender por documento público e por documento particular?
- 2) A declaração de importação teria a natureza jurídica de um documento público?

- 3) Em caso negativo ao quesito anterior, a documentação de importação é um documento privado?
- 4) Quais os efeitos de se caracterizar como um documento privado?

Parecer:*

Antes de responder à questão formulada pela eminente advogada do consulente, que, na verdade, implica a análise de vários temas de direito, cabem algumas considerações preambulares.

A primeira delas, de natureza econômica, é a de que, na questão que se examina, decorrente de representação fiscal para fins penais em virtude de pesadas multas relacionadas a operações em que foram desconsideradas as importações realizadas pelo encomendante, **NÃO HOUVE QUALQUER PREJUÍZO AO ERÁRIO**, pois o imposto de importação foi recolhido pelo contribuinte responsável pelo débito, que não é a empresa consulente, nem tampouco seu sócio.

Importante, igualmente, observar que as importações foram acompanhadas pela fiscalização, que examinou toda a documentação para a entrada dos bens, em regime temporário, no Brasil, considerando-as **RIGOROSAMENTE LEGAIS**.

Essas observações são de extrema importância para demonstrar que a interpretação esposada pelas dignas autoridades administrativas e judiciais é, como demonstramos adiante, contrária à ordem jurídica e geradora de insegurança tributária, realida-

de que tem, ultimamente, afastado investidores do País¹.

Uma segunda consideração preliminar, esta de natureza jurídica, diz respeito à análise a partir dos preceitos constitucionais que norteiam as relações sociais.

Qualquer análise que despreze o regramento constitucional será necessariamente uma análise distorcida do Direito, vale dizer, uma análise de uma parte sem levar em conta o todo, o que seria interpretar um conjunto de normas não considerando seus fundamentos de validade.

Neste diapasão, ao nos defrontarmos com a CF, veremos que o constituinte fez questão de dedicar todo um Capítulo ao modo de atuação da Administração Pública, estabelecendo os princípios norteadores de sua atividade e de seus agentes, criando limitações a sua ação, conformando suas atribuições e moldando suas prerrogativas, a fim de que pudesse servir da melhor forma à sociedade, e não dela se servir.

Assim, três são as regras básicas da hermenêutica para tais campos de incidência normativa, sendo relevante, pois, o § 2º, grafado no texto retro transcrito:

- 1) Lei especial e lei geral, se veiculadas por diplomas diversos, atuam em campos diversos, sem invasão da área própria de cada uma;
- 2) Disposição geral, com exceção normativa à norma geral no mesmo diploma, cria dois campos de incidência normativa diferentes;

- 3) Disposição geral, com exceção à disposição geral e disposição especial não relacionada à disposição geral, pode conter exceções próprias.

Ora, o caso específico da então Portaria nº 36 de 22/11/2007 serviria bem para ilustrar a interpretação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

Há uma regra especial definida no artigo 7º, assim redigido:

“Art. 7º Como regra geral, as importações brasileiras estão dispensadas de licenciamento, devendo os importadores tão somente providenciar o registro da Declaração de Importação (DI) no Siscomex, com o objetivo de dar início aos procedimentos de Despacho Aduaneiro junto à unidade local da Receita Federal do Brasil (RFB)”².

Tal regra, de rigor, é uma regra especial e não geral, pois elenca, seu § único, em “*numerus clausus*”, as hipóteses em que a dispensa de licenciamento constitui uma regra especial. O que nela não estiver estará fora da dispensa de licenciamento como regra especial, segundo a determinação do “*caput*” do referido artigo.

No direito romano, o período mais crítico do seu processo civil foi o período formulário, do início da República, em que, se não se utilizasse a palavra certa (por exemplo, “videira” em vez de “árvore”), a questão seria perdida. O bom senso dos jurisconsultos romanos, para que o proces-



so não se transformasse em veículo de iniqüidade e injustiça, levou-os a reformular a processualística, enterrando aquele período em que a forma valia mais que o conteúdo e a verdade material.

Uma quarta consideração diz respeito ao artigo 146 do CTN, assim redigido:

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”³.

A questão presente enquadra-se, perfeitamente, na impossibilidade de revisão de orientação anterior, dada pela autoridade em relação ao mesmo contribuinte.

Ora, o processo revisional, que demonstra alteração de critério exegético – para a primeira autoridade, a licença não era necessária e para segunda, sim –, não poderia ter sido aplicado, senão para futuras importações, admitindo-se, por argumentação pelo absurdo, que o segundo critério seria o correto, que não é. Não cabe, pois, a referida revisão hermenêutica produzir efeitos para o passado⁴.

Sendo a lei complementar uma sobrenorma legislativa e subnorma constitucional – explicitando o princípio ou norma da Constituição e condicionando a produção da lei ordinária –, as autoridades fiscais,

todas elas, sem exceção, independente da legislação ordinária ou regulamentar a que se submetam, estão, EM PRIMEIRO LUGAR, SUBORDINADAS À LEI COMPLEMENTAR, no caso, tratando-se do CTN, diploma com eficácia de lei complementar, por ser de 1966 e ter ganho tal eficácia em 1967, com a Constituição daquele ano. Nenhuma norma infracomplementar pode contrariar o que está previsto no referido Código⁵.

Desta forma, por ter sido examinada toda a documentação contendo as informações solicitadas e necessárias para a realização da importação e desembaraço das mercadorias, os autos de infração, no máximo, poderiam representar alteração de critério exegético, sendo, portanto, violadores do artigo 146 do CTN e, por esta razão, insubsistentes.

Isso porque a IN 680/2006, por meio de seus arts. 17, 45 e 46, dispõe sobre a forma de despacho da mercadoria e sua retificação no caso de recolhimentos a maior ou menor.

É de se lembrar que NÃO SE TRATA DE REVISÃO ADUANEIRA (art. 54 do DL 37/66)⁶, pois esta só pode ser feita SE HOUVER INCORREÇÃO NA DECLARAÇÃO DO IMPORTADOR, que, à evidência, não houve. Sendo um novo critério sobre as mesmas informações corretas e completas, a regência é do art. 146 do CTN, e não do 54 do DL 37/66.

Acrescente-se a este, o artigo 149 do CTN, que apenas justifica revisão de lançamento, se comprovada falsidade, erro ou dolo na declaração, ou informações incorretas, ca-

bendo como uma luva, para o presente caso, a decisão relatada pelo Ministro Humberto Martins:

“TRIBUTÁRIO – IPI – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA – DESEMBARAÇO ADUANEIRO – CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA – AUTUAÇÃO POSTERIOR – REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO – SÚMULA 227/TRF – PRECEDENTES DO STJ.

O art. 149 do CTN somente autoriza a revisão do lançamento, entre outras hipóteses, quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento – definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória, ou seja, quando há erro de direito. Se a autoridade fiscal teve acesso à mercadoria importada, examinando sua qualidade, quantidade, marca, modelo e outros atributos, ratificando os termos da declaração de importação preenchida pelo contribuinte, não lhe cabe ulterior impugnação ou revisão do lançamento por alegação de qualquer equívoco. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido. (negrito ausente no original)⁷

A junção dos artigos 146 e 149 tornam, pois, improcedente a revisão aduaneira por parte das autoridades para realizar a autuação fiscal e posterior representação fiscal para fins penais que originou os autos do Processo nº 5004264-25.2021.404.7102-RS, sob a justificativa de que teriam ocorrido práticas de falsificação nas declarações de importação ora ofertadas pela Consulente.

Ora, tal argumentação não encontra amparo fático nem jurídico, visto que a empresa Consulente apenas atuou dentro dos procedimentos normais de suas operações de *trading company*.

Isso porque a importação feita por encomenda tem como importador a empresa que a realiza, ou seja, aquela que responde perante o Fisco pelo IPI devido e cujo nome consta da Declaração de importação. Havendo prévio compromisso para entrega futura, à evidência tal importação representa uma importação por encomenda, em que o importador é o responsável por toda a operação, devendo entregar ao destinatário contratado a mercadoria, uma vez nacionalizada pela “trading importadora”, e somente, então, recebendo o pagamento por esta aquisição⁸.

Nitidamente, no caso da consulente foi o que ocorreu, não havendo qualquer ilícitude ou fraude, mormente quando o próprio destinatário firmou contrato de aquisição futura do produto importado.

É de se lembrar que, nas importações por encomenda, a “trading” está importando para **destinatário certo** que, por outro lado, determina o produto que pede para importar. Isso, aliás, consta do contrato realizado entre a consulente, a “trading” importadora e o seu cliente, documento que foi entregue – não só o contrato, mas toda a troca de e-mails – espontaneamente pela consulente ao Fisco. Nenhuma fraude, nenhuma ilícitude e rigoroso cumprimento da legislação à época vigente foi realizado pela Consulente.



Nem mesmo poder-se-ia cogitar de desconsideração da operação, pois, no direito tributário, tais hipóteses são claramente delineadas na lei, como no caso da distribuição disfarçada de lucros⁹.

Os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal seriam seriamente maculados, se fosse admissível a interpretação emprestada pelos dignos agentes fiscais à hipótese consultada.

Com efeito, o processo administrativo é hoje reconhecido como um dos instrumentos mais importantes para o pleno exercício da cidadania e o controle da atuação estatal no Estado Democrático de Direito, modelo adotado no art. 1º da CF. Com efeito, diante do gigantismo do Estado, **a garantia dos cidadãos depende da prefixação, dos meios, condições e formas a que o ente estatal deve se ater no exercício das funções que lhe cabem, sempre que essa atuação possa interferir na esfera de direitos do indivíduo juridicamente protegidos – como é o caso dos direitos fundamentais –, podendo causar-lhe algum agravo.**

Bem por isso, sua sede Constitucional está no art. 5º do Estatuto Supremo, que, a par de uma série de princípios, direitos e garantias que caracterizam o Estado de Direito, consagra **a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa**, definidos nos seguintes termos:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ga-

rantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

– ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
– aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por outro lado, o art. 37 da CF impõe à Administração Pública a observância de outros princípios que conformam o regime jurídico de direito público, a saber:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também aos seguintes; [...]”.

Todos esses princípios que informam o processo administrativo se desdobram em outros, específicos desse procedimento, tais como necessidade de audiência do interessado, acessibilidade aos elementos do expediente, ampla instrução probatória, motivação, revisibilidade, lealdade e boa-fé na busca da verdade material.

Como se vê, todos esses critérios estão voltados a assegurar que o particular tenha



plena ciência de tudo o que ocorre no processo administrativo de seu interesse para aferir-lhe a legalidade, **sendo o princípio da publicidade a pedra angular que dá efetividade a todas as garantias individuais, nas relações de subordinação que se estabelecem entre ele e o Estado.**

Bem por isso, as regras do processo administrativo inseridas no Decreto 70.235/72 – que regulam o processo administrativo tributário – contêm previsão **detalhada da forma pela qual o sujeito passivo deve ser comunicado dos atos praticados pela Administração, para que possa exercer o direito de ampla defesa e o contraditório, respeitando-se, assim, o devido processo legal.**

Ora, o contrato celebrado entre a consulente e a empresa encomendante para aquisição por encomenda de produtos certos a lhe serem posteriormente revendidos pela importadora demonstra, à saciedade, tratar-se de importação por encomenda, e não por conta e ordem ou direta.

Nenhuma ilicitude, portanto, no procedimento da consulente.

Acrescente-se que a Constituição de 1988, preocupada em deixar o obscurantismo do período autoritário definitivamente no passado, garantiu a imutabilidade dos direitos individuais, dentre os quais os acima citados, preservando-os, inclusive de emendas constitucionais. A esse respeito, o primeiro subscritor do presente teceu, em conjunto com Antonio Cláudio Mariz de Oliveira¹⁰:

“Em verdade, tais garantias de *segurança e liberdade* decorreram de não pretenderem, os constituintes, o retorno a um regime autoritário, colocando, pois, **a pessoa humana como a verdadeira destinatária da ordem social, para quem as instituições deveriam estar voltadas**¹¹.

Mais do que isso, alargaram o elenco de cláusulas pétreas – apenas duas, na lei anterior (república e federação) – para um número maior. Estão, como cláusulas imodificáveis, os direitos e garantias do artigo 5º, além de outros disseminados pelo texto supremo, como preceitua o artigo 60, § 4º, assim redigido:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais”.

(grifos meus).
Tal comando maior determina, pois, que todos os direitos individuais existentes à época NÃO PODERIAM MAIS SER REDUZIDOS POR LEGISLAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL, NEM MESMO POR EMENDAS À CARTA MAGNA.

Ora, entre tais comandos que se dirigem às autoridades públicas, encontra-se extensiva e fantástica lista de disposições impeditivas de desfiguração da pessoa, violação a seus direitos fundamentais e de sua dig-



nidade humana, destacando-se entre eles os previstos nos seguintes incisos: III, X, XXXV, XLI, XLIX, LIV, LV, LVI, LVII, LX, LXI, LXVI, LXVIII, LXXV, LXXVIII, cujos textos transcrevo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em ge-

ral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...]

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

[...]

LXVIII – conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

[...]

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que ga-

rantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]” (grifos nossos)

Desses poucos dispositivos, entre os muitos que cuidam da dignidade da pessoa humana na Lei Maior – DIREITOS DA CIDADANIA QUE, DESDE 05 DE OUTUBRO DE 1988, NÃO PODEM SER DE FORMA ALGUMA, EM NENHUM PONTO, REDUZIDOS –, é de se destacar alguns importantes aspectos, a saber:

**a dignidade humana é o que de mais relevante o constituinte procurou acen-
tuar, determinando que o tratamento
desumano e degradante seja vedado** por parte das autoridades de repressão (III)¹², SENDO INVOLÁVEIS A INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA, IMAGEM (inc. X)¹³ de qualquer pessoa até o TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO CONDENATÓRIA (inc. LVII)¹⁴.

[...]

A destruição da **imagem da pessoa** sem prévio julgamento, apenas por meras suspeitas, a título de averiguação, fere profundamente o texto constitucional, que garante:

- 1) o devido processo legal (LIV)¹⁵;
- 2) a ampla defesa (LV)¹⁶;
- 3) o respeito à sua inocência, até o trânsito em julgado de qualquer decisão condenatória (LVIII)¹⁷.

Em outras palavras, os efeitos “hollywoodianos” que pretendem as autoridades, ao expor e prender para meras averiguações, objetivando, com a ampla divulgação midiática de seus atos, obter, previamente, a

pior das condenações, que é a condenação popular, antes de qualquer julgamento, fere, letalmente, o principal intento constitucional, ao assegurar, na democracia, o respeito à dignidade das pessoas e principalmente aos acusados. Por essa razão, o constituinte utilizou-se de um adjetivo de fantástica densidade ôptica para garantir o direito de defesa, ou seja, que ao acusado é assegurado não apenas a defesa, mas sim a **AMPLA DEFESA**.

Ora, quando o efeito cinematográfico, desfigurador da imagem de qualquer pessoa, é o primeiro objetivo do agir da autoridade pública – já que **a mídia está sempre informada desses eventos**, chegando alguns a afirmar que são as próprias autoridades que divulgam essas informações à imprensa, antecipadamente –, e os detentos são retratados antes mesmo de chegarem aos estabelecimentos penais nos quais a ordem judicial determinou seu encarceramento, **já se obteve a condenação popular**. Tais **eventos são sempre primeira página de todos os jornais, a notícia mais relevante das emissoras e da televisão, com imagens repetidas à exaustão. Aqueles, portanto, que querem uma condenação antes do julgamento, à luz apenas de suspeitas levantadas ou mesmo de provas obtidas, embora ainda não contestadas, já conseguem a DESFIGURAÇÃO do encarcerado PORANOS, o que não é apagado nem mesmo quando absolvido, prevalecendo a marca indelével daquela exibição digna de regimes ditatoriais**¹⁸.

O primeiro subscritor (no caso, o ora subscritor) sabe o que isso representa, pois,



no dia 13 de fevereiro de 1969, por estar defendendo empresa que o governo militar acionava na Justiça e por ter declarado os honorários recebidos, teve um pedido de confisco de seus bens e abertura de um inquérito policial militar (IPM), que, à época, era o mais temido processo, com prisões semelhantes às que atualmente são feitas, mas com desaparecimento, muitas vezes, do detento. Entendiam as autoridades que os honorários haviam sido pagos com o produto da presumida sonegação praticada pelo cliente.

Apesar de terem sido arquivados, no Ministério da Justiça, ambos os pedidos do Ministério da Fazenda, **a divulgação imediata pelos principais jornais do Brasil daquele pedido prejudicou por muitos anos sua advocacia**, em face do receio que tinham eventuais clientes de consultar um causídico que fora acionado por um governo de exceção.

O Ministro da Justiça da época, que fora seu professor, Ministro Gama e Silva, após comunicar o arquivamento dos dois processos, fez questão de telefonar ao primeiro subscritor, desculpando-se, mostrando que a iniciativa não partira de seu Ministério, responsável pelos IPMs, mas da Fazenda. **A condenação midiática, entretanto, por anos, foi sentida**, pois tal forma de agir é própria de regimes ditatoriais.

[...]

Como um velho operador do Direito, o primeiro octogenário subscritor deste parecer entende que a exibição pública, cinematográfica, spielberguiana, daqueles que são detidos preventivamente, representa

violação do inciso LVI, pois é uma forma ilícita, atentatória à dignidade humana, a ampla exposição midiática com esta conotação de prévia condenação popular¹⁹.

Há diversas formas de tortura (inc. III). Uma delas é a tortura moral, esta sofisticadamente imposta aos presos preventivos, em que a busca de sua confissão premiada leva o Poder Judiciário a mantê-los encarcerados por tanto tempo quanto for necessário para derrubar sua resistência psíquica, sendo a confissão e a delação premiada o caminho para sair das prolongadas prisões decretadas”. (grifamos, demais destaques no original)

A matéria posta na presente ação penal objeto da presente consulta não destoa daquela que deu origem ao parecer em questão, justamente por cuidar-se de conflito entre direito subjetivo e o interesse público à persecução penal.

A nosso ver, portanto, não há que se falar em fraude, nem tampouco em crime de falsificação de documento, seja ele público ou privado. **Até porque não se trata de importação por conta e ordem, mas de importação por encomenda, que não pode ser considerada fraudulenta, uma vez que as importadoras foram os titulares do negócio subjacente celebrado com a empresa estrangeira.**

Paulo de Barros Carvalho também assim se manifesta:

“Supor que um fato tenha acontecido, ou que sua materialidade tenha sido efetiva-



**da, não é o mesmo que exibir a concre-
tude de sua existência, mediante prova
direta**, conferindo-lhe segurança e certeza.
[...]

**São distintos os traços jurídicos da pre-
sunção e dos indícios.**

[...]

**O indício, por sua vez, é o motivo pa-
ra desencadear-se o esforço de prova”**
(CARVALHO, Paulo de Barros. *Notas so-
bre a prova no processo administrativo tri-
butário*. In: Direito Tributário – Homena-
gem a Alcides Jorge Costa. Vol. II. Quartier
Latin: São Paulo. 2003, p. 861). (grifamos)

Vale lembrar, ainda, o alerta da jurispru-
dência do **Supremo Tribunal Federal**:

**“os fins não justificam os meios. Há pa-
râmetros ético-jurídicos que não podem
e não devem ser transpostos** pelos órgãos,
pelos agentes ou pelas instituições do Esta-
do. **Os órgãos do Poder Público**, quando
investigam, processam ou julgam, **não es-
tão exonerados do dever de respeitar os
estritos limites da lei e da Constituição**,
por mais graves que sejam os fatos cuja prá-
tica motivou a instauração do procedimento
estatal. Mesmo o indiciado, portanto, quan-
do submetido a procedimento inquisitivo,
de caráter unilateral, não se despoja de sua
condição de sujeito de determinados direi-
tos e de senhor de garantias indisponíveis,
cujo desrespeito põe em evidência a **cen-
surável face arbitrária do Estado** cujos
poderes devem, necessariamente, confor-
mar-se ao que impõe o ordenamento posi-
tivo da República. Esse entendimento – que
reflete a própria jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, construída sob a égide da
vigente Constituição – encontra apoio na
lição de autores eminentes, que, não des-
conhecendo que o exercício do poder não
autoriza a prática do arbítrio, ainda que se
cuide de mera investigação conduzida sem
a garantia do contraditório, enfatizam que,
em tal procedimento inquisitivo, há direitos
titularizados pelo indiciado que não podem
ser ignorados pelo Estado”²⁰.

Resta claro, portanto, que o exercício da
competência tributária não pode se dar me-
diante qualquer inobservância ao que deter-
mina a lei e a Constituição Federal, o que
invalida as autuações trazidas à análise.

Feitas essas considerações, passaremos a
analisar a discussão acerca da natureza ju-
rídica da declaração de importação, pois
a questão central do presente parecer se
apoiar na natureza jurídica do documento
elaborado pela Consulente, no caso, a de-
claração de importação.

Conceito de documento:

a conceituação de documento pode ser de-
finida como sendo a manifestação de von-
tade externada em determinado meio (físi-
co, digital etc.) expressando determinado
fato, ato ou negócio jurídico.

A palavra documento tem origem no latim
“docere”, que vem a ser mostrar, dar a en-
tender, ensinar algo sobre²¹.

Alguns autores, como **PONTES DE MI-
RANDA**, destrincham a essência docu-
mental nestes termos:



“[...] coisa em que se expressa, por meio de sinais, o pensamento, esse o sentido restrito e técnico que supõe o conteúdo intelectual como elemento definidor de documento [...]”²².

Outros, como **MIRABETE**²³, entendem que o documento pode ser conceituado de forma ampla ou restrita:

“O documento pode ser conceituado de forma ampla ou de modo restrito. Em sentido amplo, é o objeto idôneo a servir de prova, que inclui não só o escrito, mas também uma pedra, um fragmento de metal etc. Em latíssimo sentido, é a materialização do pensamento humano aplicado às artes, às ciências ou às relações do Estado com os indivíduos e dos indivíduos entre si”.

Podemos afirmar, então, que se considera documento toda representação material destinada a reproduzir, com idoneidade, uma certa manifestação do pensamento indicada em papel escrito.

Podemos classificar um documento de acordo com a maneira pela qual o documento se produz, podendo ser público ou particular.

Embora seja o vocábulo instrumento tomado na mesma acepção de documento, há distinção entre eles.

É, pois, a prova material e literal da relação jurídica instituída entre duas ou mais pessoas, decorrente de convenção ou contrato.

E o documento, em sentido muito mais amplo, abrange outras espécies de escrito, em

que nem mesmo se cogita estabelecer um contrato ou uma obrigação, embora possa vir a mostrar o fato, que tenha dependência com o que se quer provar.

Nessa linha, todos os objetivos que dão testemunho da realidade de um acontecimento e que foram criados com a finalidade de prova podem ser considerados como documentos, pois foram gerados para consagrar a memória de um fato ou fundamentar um direito existente.

Outro elemento fundamental que deve ser analisado, ao se estudar a essência e os elementos de um documento, vem a ser sua autoria, vale dizer, qual a pessoa que foi o sujeito da externalização da vontade. A autoria ganha especial relevância, vez que é delimitador indispensável na classificação de documentos públicos e documentos privados, já que o documento público, como visto quando da análise dos princípios constitucionais da Administração Pública, é aquele documento exarado necessariamente por agente público competente, no exercício de suas regulares funções.

O agente público só pode exarar decisão dentro de um processo administrativo, que possui seu fundamento maior de validade na Constituição Federal, como uma garantia fundamental, regido pelo direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da CF).

A observância desses direitos abrange não só a obrigação de ser ofertada ao particular a oportunidade de defender-se, mas tam-

bém de que sua defesa seja efetivamente apreciada pela Administração, a fim de que se chegue ao *quantum debeat* da forma mais justa, precisa e sem supressão de direitos e potestades.

Trata-se, aliás, de imperativo que consulta aos interesses do próprio Estado, pois da colaboração entre o particular e o agente público resulta uma atividade de controle de que depende a validade do ato administrativo, já que o agir da Administração só é legítimo se exercido segundo a lei, a teor do art. 37 da CF²⁴.

O ato administrativo, portanto, deve preencher os requisitos constitucionais acima citados, sob pena de nulidade e inconstitucionalidade, a demonstrar, de forma clara, que o poder da Administração não é uma potestade arbitrária. Cuida-se, na verdade, de poder que só encontra fundamento de validade se jungido à lei²⁵. Sem previsão legal não há como o ente tributante praticar qualquer tipo de ato. A legalidade é o princípio magno que reveste o agir da Administração, garantindo ao cidadão proteção contra eventual arbítrio do Estado.

Em outras palavras, não se pode conceber um Estado de Direito em que o Estado e todos os seus órgãos não sejam pautados pelo princípio da legalidade!

Muito oportunas são aqui as lições de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, ao demonstrar a finalidade e a importância do processo administrativo para manter a atuação da Administração jungida à lei:

“18. Diante deste fenômeno do agigantamento do Estado e, mais do que isto, do agigantamento da Administração, que passou a intervir avassaladora na vida de cada cidadão, a resposta adequada e natural para impedir o amesquinhamento e buscar preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre ambos teria de ser o asseguramento da presença do administrado no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo. Com isso, também se enseja maior descortino para as atuações da administração, pois esta agirá informada, também, pela perspectiva exibida pelo interessado, o qual pode acender as luzes prestantes para a avaliação mais completa do assunto que esteja em causa. Uma vez que a ‘vontade’ administrativa do estado é formada na sequência que se denomina ‘processo administrativo’, discipliná-lo é o meio idôneo para mantê-la sob controle. Assim, antes que desemboque em sua conclusão final – antes, pois, de se fazer eventualmente gravosa para alguém –, pode-se zelar por seu correto e prudente encaminhamento” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 15 ed., p. 452).

No caso em tela, o simples preenchimento da declaração de importação junto ao SIS-COMEX não significa que tal fato a tornaria um documento público.

Assim, não se pode admitir, nem *ad argumentandum*, o raciocínio de que a declaração de importação emitida pela empresa, por ser formulada e construída pelo impor-



tador, a partir do SISCOMEX, que é mantido pela União, já justificaria que a mesma tenha a natureza jurídica de se tratar de um documento público.

Distinção entre documento particular e documento público:

O Direito Privado tem por condão construir a teoria jurídica da atividade do indivíduo dirigida à produção direta de modificações jurídicas e teve que apoiar essa teoria sobre o conceito base de negócio jurídico, definido como a declaração de vontade encaminhada diretamente à produção de modificações jurídicas.

Já, no Direito Público – e também no Direito Privado, ainda que menos acentuadamente –, com respeito à atividade dos entes coletivos não sucede o mesmo, tanto pela estrutura que a Administração tem de ente coletivo, como pelo sistema de controles estabelecidos pelo Direito Público, sobre os órgãos da Administração Pública, porque, quando se estabelece um sistema de controles sobre a atividade do órgão, toda a determinação volitiva do mesmo que tenha certa importância deve ter consistência externa apreciável. No Direito Público se dá, ademais, o fenômeno pelo qual adquirem existência formal externa autônoma sob a forma de acordo, e relevância jurídica, certas determinações da autoridade administrativa. No caso do indivíduo, não tem relevância jurídica, pelo menos quanto a sua manifestação formal externa.

Frequentemente, com efeito, mesmo aque-

las determinações volitivas que não têm por objeto direto a produção de um determinado efeito jurídico, mas que se referem simplesmente ao posterior exercício de uma atividade material ou jurídica por parte da referida autoridade (p. ex., a determinação volitiva da autoridade municipal de derrubar um edifício de propriedade da Prefeitura, ou, então, de obter um empréstimo) ou de uma autoridade distinta que fique obrigada a isso (por ex., um acordo do Conselho de Ministros, deliberando que um deles cite determinado decreto), devem alcançar uma existência externa autônoma, na maior parte dos casos sob a forma de **ACORDOS FORMAIS**.

Ainda que não constituam estritamente negócios jurídicos verdadeiros e próprios, por não produzirem **direta e voluntariamente** modificações jurídicas, mas permanecendo como mera manifestação de determinações volitivas bem distintas da concreta realização da atividade jurídica ou material à qual se referem, têm relevância para o Direito sob outros aspectos e ficam indiretamente ligados a modificações jurídicas.

Outra peculiaridade da atividade administrativa está ligada à posição da Administração – como expressão do Estado atuando concretamente para a satisfação do interesse público, quer dizer, na posição de superioridade de que goza a Administração Pública como titular do poder de império com a finalidade de satisfazer o interesse público.

Assim como a atividade negocial do parti-

cular constitui exercício do poder jurídico de que é titular com o fim de satisfazer seu próprio e pessoal interesse, igualmente a atividade administrativa – ao menos a parte de maior significação desta – constitui exercício do poder jurídico que é conferido à Administração para a satisfação dos interesses públicos. Assim, enquanto o exercício dos poderes conferidos ao particular não pode ter eficácia para além da esfera jurídica de seu titular, ou de seus titulares, quando se trate de manifestações plurilaterais (dada a situação de igualdade dos particulares entre si, situados em um mesmo plano), o exercício do poder conferido à Administração Pública, ao contrário, dada sua supremacia jurídica, pode estender-se à modificação da esfera jurídica de sujeitos estranhos, subordinados, mediante manifestações unilaterais de poder por parte da Administração.

Por outro lado, enquanto o poder concedido ao particular deve dirigir-se à satisfação de seus próprios interesses (daí sua total liberdade de valorá-los como considere mais conveniente para sua satisfação), o poder de que é titular a Administração deve dirigir-se à satisfação dos interesses públicos que se englobam no conceito de interesse **coletivo primário** e que não se identificam com interesse das pessoas físicas que atuam na qualidade de órgãos da Administração.

Feitas tais considerações, podemos passar a analisar os conceitos que diferenciam um documento público de um documento privado.

Alguns autores²⁶ conceituam documento particular como:

“DOCUMENTO PARTICULAR. Assim se entende o que é escrito pela própria pessoa que o passou ou escreveu. É assim o que é feito, particularmente, sob assinatura das partes, sem a intervenção do serventário público”.

Dessa forma, conceitua-se documento particular como aquele que é feito ou assinado por particulares, sem interferência de funcionário público, no exercício de suas funções, seja para criar uma obrigação, seja para atestar qualquer outra manifestação da vontade, ainda quando expressivo de ato unilateral²⁷.

No mesmo sentido, já se manifestou o **Supremo Tribunal Federal**²⁸:

“[...]”

2. Qualificam-se como documentos públicos os elaborados, na forma prevista em lei, por funcionário público no exercício das funções, e, por equiparação, os definidos no artigo 297, § 2º, do Código Penal: documento emanado de entidade paraestatal, título ao portador ou transmissível por endosso, ações de sociedade comercial, livros mercantis e testamento particular. A emissão de nota fiscal é de iniciativa exclusiva do particular, revelando-se ausente participação de funcionário público. Trata-se de documento particular, mostrando-se inadequado o enquadramento no artigo 304 a partir das balizas do artigo 297 do Código Penal”.



Já, por documento público, entende-se aquele documento elaborado por funcionário público no exercício de suas funções, contendo informações de conteúdo público.

Fernando Capez²⁹ conceitua com clareza o documento público, ao afirmar que seria:

“a) documento formal e substancialmente público: o documento, na hipótese, é formado, criado, emitido por funcionário público, no exercício de suas atribuições legais, além do que seu conteúdo é relativo a questões de natureza pública. Consideram-se como tais todos os documentos emanados de atos do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como qualquer outro, expedido por funcionário público, desde que represente interesses do Estado; b) documento formalmente público, mas substancialmente privado. Na hipótese o documento é formado, criado, emitido por funcionário público, mas seu conteúdo é relativo a interesses particulares, por exemplo, uma escritura pública de transferência de propriedade imóvel. O interesse envolvido é particular, mas formalmente o documento é público, pois a escritura foi lavrada pelo oficial de Registros Públicos, que é um profissional dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício dessa atividade (art. 3º da Lei n. 8.935/94)”.

Das lições acima, podemos concluir que **o conceito de documento particular é encontrado por exclusão, ou seja, se o documento não gozar da qualidade de público ou de fé pública, então deve ser**

reconhecido como particular, desde que cumpra com os requisitos acima expostos.

Nesse sentido, **Delmanto**³⁰, ao comentar o artigo 298 do CP, também se posiciona:

Art. 298. “Objeto material: É o documento particular, considerando-se como tal o que não está compreendido como documento público (art. 297, caput), ou que não é a este equiparado para fins penais (art. 297, §2º).

Ainda que emitido por funcionário público, o documento terá caráter particular sempre que não se enquadre entre os que o funcionário tem por função emitir³¹.

Referido ato pode ser conceituado como sendo publicidade informativa, no qual determinadas pessoas terão acesso à determinada informação sem, contudo, torná-las com caráter público, dando apenas publicidade àquela informação.

O que vale dizer é que o fato de um documento particular ser levado à registro em órgão público competente não tem o condão de mudar sua característica essencial de documento particular. É o que ocorre, por exemplo, com o contrato social, quando registrado na Junta Comercial. Após ser redigido por particular, com informações particulares, tais informações são levadas ao órgão competente e aproveitadas para a fiscalização dos órgãos públicos, inclusive, para produção de seus efeitos, depende do deferimento do órgão público, visto que a boa-fé conferida pela Administração Pública teria apenas a finalidade de dar publicidade às suas informações.



Nesse sentido, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar um caso similar ao presente considerou que o fato de o contrato social ser registrado não descaracteriza sua natureza jurídica de documento particular. Confira-se:

“PENAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – CONTRATO SOCIAL – DOCUMENTO PARTICULAR E NÃO PÚBLICO – FALSIDADE INSERIDA NO CONTRATO ORIGINÁRIO E SUAS ALTERAÇÕES – PRESCRIÇÃO QUE DEVE SER EXAMINADA EM RELAÇÃO A CADA UM DOS CRIMES ISOLADAMENTE – PRESCRIÇÃO JÁ OCORRIDA – RECURSO PROVIDO PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE, DETERMINANDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

O contrato social, ainda que devidamente registrado, com a finalidade de lhe dar publicidade, não constitui, para fins penais, documento público, e sim documento particular.

Documento público, para fins penais, é aquele emitido, na sua origem, por funcionário público, de qualquer dos Poderes, no exercício de suas funções.

Documentos públicos por equiparação, para fins penais, são os previstos nos parágrafos 2º, 3º e 4º, do artigo 297 do Código Penal, não podendo ser ampliado o rol ali existente.

No caso de concurso de crimes, a prescrição deve incidir sobre cada um dos delitos, isoladamente, podendo alcançar prazo anterior ao recebimento da denúncia.

O crime do artigo 299, c/c o artigo 297, ambos do Código Penal, prescreve em oito anos.

Recurso provido para reconhecer a prescrição e determinar o trancamento da ação penal”. (RHC n. 24.674/PR, relator Ministro Celso Limongi [Desembargador Convocado do TJ/SP], Sexta Turma, julgado em 19/2/2009, DJe de 16/3/2009)

Nesta linha, deve se considerar que a lista dos documentos particulares equiparados a públicos, **nos termos do art. 297, § 2º, 3º e 4º do Código Penal³², é taxativa, não podendo o intérprete flexibilizá-la para fins de dar a documento privado a natureza de público, qualquer que seja a forma exegética que se adote.**

Como se sabe, **a lei não tem palavras inúteis.** A violação tem que ser objetivamente aferível, inquestionável, devidamente comprovada. Para cumprimento desse requisito, literalmente exigido pela Lei³³, é indispensável, primeiramente, indicar qual, ou quais, daquelas possíveis infrações teria sido “patentemente” configurada e comprovada, o que não é o caso da Consulente.

No Estado de Direito, a lei, geral, abstrata e igual, provém do Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo. A vontade geral predomina sobre os atos normativos emanados dos demais poderes. A Administração Pública apoia-se, exclusivamente, na lei³⁴, coibindo ações em desfavor das pessoas. A Constituição vincula, inclusive, o legislador, de forma que a lei se sujeita a controle de constitucionalidade, que, no



nosso sistema, é exercido, *a posteriori*, pelo Poder Judiciário.

O Poder Público é, em um Estado de Direito, autor e sujeito de direito, pois limita seu agir com a edição de normas jurídicas, pelo Poder Legislativo. A Administração Pública deve apenas cumprir a vontade do povo contida na lei, pois é o povo o senhor absoluto da coisa pública.

Na Constituição atual, o princípio da legalidade está expresso no art. 5º II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei³⁵”. Este dispositivo encerra, também, o conceito de liberdade.

De fato, a vida em sociedade não é possível sem certas limitações. No entanto, essas restrições só podem advir de lei, genérica e igualitária, elaborada por mandatários do povo, obedecido o procedimento previsto na Constituição Federal e o princípio republicano.

Não sem razão, **Carlos Maximiliano** lembra que a interpretação da lei suprema exige técnica diversa e instrumental de trabalho mais abrangente, por parte do exegeta, escrevendo que:

“O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, e a grande instabilidade dos elementos de que se cerca determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, compe-

tência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais frequente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à ideia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional³⁶.

Não há, pois, como desconhecer a motivação, a intenção do contribuinte, no plasmar, dar perfil, conformar a norma primeira, que, a meu ver, não é, como Kelsen analisava, uma “norma fundamental” não escrita e anterior, mas pura e simplesmente a vontade do povo traduzida na intenção do constituinte³⁷.

Um segundo aspecto é relevante para exame de qualquer princípio ou norma constitucional. É aquele que diz respeito ao con-

dicionamento de sua eficácia à produção de legislação inferior. Tal matéria vem sendo objeto de intensa discussão entre doutrinadores, hoje prevalecendo a tese de que cabe ao legislador infraconstitucional apenas extrair o perfil da Constituição para explicitá-la, não tendo poder de criar hipóteses que já não estejam implicitamente previstas ou modificar os próprios princípios constitucionais.

Quando o legislador supremo declara que aquele princípio ou aquela norma serão aplicados “nos termos da lei”, não está delegando ao legislador ordinário o direito de criar como deseje as hipóteses de aplicação, mas, apenas, o de explicitar o que implicitamente contido está na Constituição. Em outras palavras, não é o constituinte que fica subordinado ao legislador ordinário que, se assim fosse, poderia alterar quantas vezes desejasse a própria Constituição. É o legislador ordinário que subordinado fica ao constituinte, não podendo senão reproduzir a formulação constitucional, tornando-a exequível.

O legislador, o administrador público e o juiz não são senhores, mas servidores da lei, estão subordinados à Constituição, cujos preceitos a lei deve obedecer. Por essa razão, a Administração Pública deve submeter-se a controles internos e externos que permitam averiguar a legalidade dos atos praticados e a competência dos agentes. Nos termos do “caput” do art. 37 CF, para além de atender à legalidade, a Administração Pública deve pautar seus

atos de acordo com critérios de equidade, impessoalidade, moralidade, publicidade etc., agindo sempre de modo mais útil ao interesse público.

Diante de tais lições, **não se pode considerar a declaração de importação como sendo um documento público, pois lhe faltam os requisitos mínimos para tanto, pois a mesma é elaborada por particular, sem nenhuma intervenção de funcionário público, apesar de servir de instrumento para a prestação do serviço público de despacho aduaneiro.**

Tampouco poderá ser equiparada a documento público, para fins penais, vez que a lei expressamente deixou de mencionar a hipótese da declaração de importação em seu rol taxativo, significando, assim, que a mesma não se trata de documento equiparado ao público.

Ainda que se entendesse que a publicidade por meio de registro pudesse alterar a natureza do documento particular, o que *smj*, não podemos concordar, tal condição não poderia, jamais, ser aplicada para a declaração de importação, como ocorreu no caso da Consulente, denunciada pelo crime de falsidade ideológica com relação a documento público.

NATUREZA JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO:

É de se pontuar que toda mercadoria que ingresse no país, a título definitivo ou não, sujeita ou não ao pagamento do imposto de



importação, deverá ser submetida a despacho de importação, o qual deve ser realizado sempre por meio de declaração apresentada à unidade aduaneira, chamada de declaração de importação.

Pelo Decreto nº 660/1992 foi criado o SISCOMEX – Sistema Integrado de Comércio Exterior no Brasil, como instrumento administrativo destinado a realizar a integração entre as atividades de registro, acompanhamento e controle das operações de comércio exterior, mediante fluxo único, computadorizado, de informações (artigo 2º do Decreto nº 660/1992).

Para regulamentar o SISCOMEX, a Secretaria da Receita Federal, conforme autorização do artigo 10 do aludido Decreto, editou a Instrução Normativa SRF nº 800/2007, que veio implementar um controle aduaneiro informatizado e mais aprimorado, afetando tanto a exportação quanto a importação sobre a movimentação de mercadorias, cargas e unidades de carga (contêineres) nos portos alfandegados do Brasil.

Podemos **conceituar declaração de importação como sendo as informações prestadas pelo contribuinte, por meio de um documento particular ao órgão administrativo**, como, por exemplo, a natureza da operação, tipo de importador, identificação do importador, país de procedência, tipo, valor e tributação da mercadoria, data do embarque, data da postagem da mercadoria ou da partida da mercadoria do local de embarque etc. É o que se verifica

da leitura do Anexo I da Instrução Normativa 611/06, que trata da Declaração de Importação simplificada:

“Art. 2º A declaração simplificada de importação (DSI) será formulada pelo importador ou seu representante em microcomputador conectado ao Sistema Integrado de Comércio Exterior SISCOMEX. Mediante as informações prestadas no Anexo I”.

De acordo com o artigo 545 do Decreto nº 6.759/09, o registro da declaração de importação tem o condão de ser apenas um Protocolo da Declaração prestada pelo particular. Confira-se:

“Art. 545 – Tem-se por iniciado o despacho de importação na data do registro da DI.

[...]

§ – O registro da DI consiste em sua numeração pela SRF por meio do SISCOMEX”.

Portanto, **a declaração de importação pode ser conceituada como o requerimento com informação das operações comerciais desencadeadas na entrega das informações pelo particular à análise da Receita Federal do Brasil, que poderá deferir o pedido de importação, desembarcando-se, assim, a referida mercadoria.**

Referida declaração será realizada pelo importador, via sistema integrado do Siscomex, e consistirá na prestação de informações, de acordo com o tipo de declaração e a modalidade de despacho aduaneiro, bem



como a disponibilidade da carga, controles de órgãos específicos e (se for o caso) verificação pelo importador para dirimir dúvidas quanto à sua identificação ao tratamento tributário ou aduaneiro.

Conseqüentemente, em ato posterior, se dará a emissão da guia para o devido recolhimento do imposto, por meio de guia DARF.

Após o registro de tal declaração no sistema, dá-se o início do despacho e o mesmo somente será efetivado se for verificada a regularidade cadastral do importador; após licenciamento da operação de importação e a verificação do atendimento a normas cambiais; após a chegada da carga, exceto na modalidade de registro antecipado (mercadoria inflamável, plantas e animais vivos, papel para impressão de livros etc.); após a confirmação pelo banco do débito relativo aos tributos devidos; e se não for constatada irregularidade impeditiva do registro.

A conferência aduaneira tem por finalidade identificar o importador, verificar a mercadoria e a correção das informações relativas à sua natureza, classificação fiscal, quantificação e valor, além de confirmar o cumprimento de todas as obrigações fiscais.

O artigo 169, inciso I, letra “b”, do DL 37/1966, cuida de guias de importação.

“Art. 169 – *Constituem infrações administrativas ao controle das importações: (Redação dada pela Lei nº 6.562, de 1978)*

I – importar mercadorias do exterior: (Redação dada pela Lei nº 6.562, de 1978)

[...]

b) sem Guia de Importação ou documento equivalente, que não implique a falta de depósito ou a falta de pagamento de quaisquer ônus financeiros ou cambiais: (Incluída pela Lei nº 6.562, de 1978)

Pena: multa de 30% (trinta por cento) do valor da mercadoria”.

Vale dizer, a guia de importação objetiva, exatamente, o controle estatístico do comércio exterior. É “*conditio sine qua non*” da própria importação³⁸.

Apesar da meticulosidade com que as declarações foram prestadas pela Consulente quando da conferência da documentação relativa às mercadorias, aceita pela autoridade que desembarçou os bens em admissão temporária.

Compreende-se, pois, que, com interpretações “*pro domo sua*”, às vezes contra a realidade dos fatos e com amputações das regras da hermenêutica, assim como com extensões indevidas, que ferem o princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal tributária, haja, atualmente, reticências da parte dos investidores em vir para o Brasil, pois mesmo o que é certo pode deixar de sê-lo, à luz do princípio de que o Fisco tem sempre razão, principalmente quando não a tem.

A confiabilidade, como último argumento, que deveria haver no sistema, é que a Fiscalização existe, em primeiro lugar, para orientar, e não para prejudicar o contribuinte, estando inserida no contexto a que



se referiu a “Royal Commission of Taxation” do Canadá, em meados do século passado, de que a função da correta política tributária é promover o desenvolvimento, tornar clara a legislação para ser cumprida, e não, simplesmente, arrecadar, a qualquer custo, para efeitos estatísticos. Esse, em qualquer país civilizado, é o desiderato maior de governos para que não se transformem os agentes fiscais nos publicanos da época de Cristo. Apesar de Cristo procurar perdôá-los, sua rejeição decorria de não serem confiáveis. Não sem razão, os barões se revoltaram contra os excessos tributários de João Sem Terra, impondo-lhe a *Magna Carta Baronorum*, em 1215, depois da Revolução de 1214³⁹.

Tais considerações não objetivam desmerecer as dignas autoridades autuantes ou recorrentes, mas insistir que o excesso de formalismo e as interpretações pontuais e desconectadas das regras básicas do sistema podem levar ao alerta de Cícero: “*summum jus, summa injuria*”.

Em versão livre e adaptada ao caso, poder-se-ia parafrasear o tribuno romano dizendo: “o excesso de formalismo e a pressão fiscal geram o excesso de injustiça”.

A relação fisco e contribuinte deveria ser uma relação de colaboração, de modo que aquele contribuinte que não gerou qualquer prejuízo ao Erário – como o consulente –, e que, na mais absoluta boa-fé, seguiu os trâmites possíveis, indicados e aceitos pela autoridade à época, oferte todas as informações necessárias.

Bem por isso, a conduta penal de falsificação de documento público imposta na representação penal foi de manifesta ilegalidade, vez que se encontra divorciada dos fatos, já que **da conduta da Consulente NENHUM PREJUÍZO DECORREU AO DEVIDO CONTROLE DAS IMPORTAÇÕES PELA SRF, JÁ QUE SEGUIU, RIGOROSAMENTE, OS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ADUANEIRO.**

Ora, resta assim inaplicável o entendimento de que o § 3º do art. 297 do CP justificaria a denúncia dos sócios da Consulente pelos crimes de falsificação de documento, haja vista que:

- a) A declaração de importação não é registrada por órgão público, tampouco se encontra em qualquer arquivo de registros públicos.
- b) Não é oponível a terceiros.
- c) Não tem **POTENCIALIDADE LESIVA** fora da área de atuação da fiscalização aduaneira.

É de se lembrar que a declaração de importação não se encontra inserida no rol dos documentos equiparados aos públicos, constante do §2º do art. 297 do CP. Confira-se:

“§ 2º Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular”.

Tampouco se encontra relacionada nos §§ 3º e 4º, do art. 297 do CP, eis que esses tratam de documentos relacionados à Previdência Social.

É certo concluir, assim, que a declaração de importação, embora seja instrumento necessário para a prestação do início do serviço público de despacho aduaneiro, não tem a natureza jurídica de documento público, pois é elaborada por particular (importador), sem a intervenção de qualquer funcionário público.

Daí forçoso se faz concluir, apenas *ad argumentandum*, que, se houvesse ocorrido algum crime, o mesmo seria de falsidade em documento particular, jamais de documento público, como restou destacado pelo órgão acusador em sua denúncia.

Considerando, ainda, que o lançamento do imposto de importação se dá por meio de declaração e nos termos do art. 147 do Código Tributário Nacional, essa modalidade de lançamento é efetuada “com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiros, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação”, tal modalidade de lançamento é a da regra *da mihi factum, dabo tibi jus*.

No caso, o sujeito passivo fornece os respectivos dados à Administração Pública, que de posse dos elementos de fato interpreta a lei e, se for o caso, notifica o contribuinte do quantum devido, se for o caso de complementação do valor lançado.

O que vale dizer é que o legislador atribuiu ao sujeito passivo o dever de calcular o tributo e de antecipar o pagamento do imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa. Assim, só a esta modalidade de lançamento cabem as infrações pela má aplicação da lei, presumindo-se – por ser imprescindível presumir – que o recolhimento de tributos a menor é feito conscientemente pelo contribuinte.

Outro exemplo típico do mesmo tipo de lançamento ocorre com a declaração de imposto de renda de pessoa física, na qual as informações fiscais são prestadas por particulares, por meio digital, e ficam sujeitas à análise fiscalizatória da autoridade fiscal.

Assim, como no caso da declaração de importação, a definição de declaração de ajuste anual não se enquadra na definição de direito público, visto que não pode ser emanada de funcionário público competente, no exercício de suas funções, tampouco se encontra elencada no rol de documentos públicos por equiparação, previsto no artigo 297, §2º, do Código Penal.

No mesmo sentido, temos a norma penal que determina que a conduta de inserir dados falsos em declaração de ajuste anual de imposto de renda, com o fim de prejudicar o direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, se subsume ao tipo penal do artigo 299 do Código Penal, pois, no caso, se trata de conteúdo, e não de forma do documento. Portanto, **por exclusão, deve ser considerado documento particular.**



Nesse sentido, tem decidido o **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**:

“PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 297, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE INFORMAÇÃO FALSA EM DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. ALTERAÇÃO DA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. EMENDATIO LIBELLI. ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FATOS QUE SE SUBSOMEM AO ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. Os apelantes foram denunciados como incursores nas sanções do art. 297, caput, do Código Penal, sob a acusação de inserir declaração falsa em duas declarações de imposto de renda de pessoa física – DIRPF. 2. A declaração de ajuste anual de imposto de renda não se enquadra na definição de documento público, por não ser emanada de funcionário público competente, no exercício de suas funções, tampouco se encontra elencada no rol de documentos públicos por equiparação, previsto no artigo 297, §2º do Código Penal. 3. A conduta de inserir declaração falsa em declaração de ajuste de imposto de renda, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, subsume-se ao tipo penal do artigo 299 do Código Penal. Trata-se do delito de falsidade ideológica, pois se refere ao conteúdo, e não à forma do documento. 4. Materialidade e autoria comprovadas pelos documentos e

depoimentos coligidos nos autos. 5. Apelações parcialmente providas”. (TRF-3 – APELAÇÃO CRIMINAL ACR 2529 SP 0002529-68.2011.4.03.6181, DJ publicação: 15/04/2014)

No referido julgado, vale a pena destacar, ainda, o voto do **Des. Federal José Lunardelli**:

“A DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL DE IMPOSTO DE RENDA NÃO SE ENQUADRA NA DEFINIÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, por não ser emanada de funcionário público competente, no exercício de suas funções, tampouco, encontra-se elencada no rol de documentos públicos por equiparação, previsto no artigo acima transcrito.

Trata-se, na verdade, de documento particular, considerando-se como tal o que não está compreendido como documento público (artigo 297, caput), e que não é a este equiparado para fins penais (297, § 2º).

Por outro lado, o recibo de entrega, gerado pelo programa da Receita Federal, denominado “Receitanet”, não possui o condão de tornar a declaração de ajuste anual, elaborada por particular, em documento público, eis que a aludida declaração NÃO PREENCHEU OS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À FORMAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO”.

Portanto, sendo a declaração de importação documento preenchido e elaborado por particular, vez que é o mesmo que informará à Administração os dados referentes à sua operação comercial internacional, como a modalidade de importação,

o fornecedor, o tipo de mercadoria, o valor da operação, quantidade, método de transporte, entre outros dados exigidos no Anexo I da IN SRF 680/2006, sua importância para as atividades empresariais é de vital importância.

Isso porque a declaração de importação é fruto de diversas atividades organizacionais, operacionais, individualíssimas e personalíssimas, vez que são fruto da melhor forma de a empresa prosperar no atual mundo competitivo globalizado dos dias de hoje, sendo, por essa razão, a declaração de importação protegida pela confidencialidade e pelo sigilo fiscal e administrativo.

Eventuais inconsistências no preenchimento das respectivas declarações de importação são erros materiais; não implicam negar os recolhimentos havidos, como se inexistentes fossem. Essa é a razão pela qual existem procedimentos administrativos próprios a retificar imprecisões materiais nos recolhimentos de guias, declarações e formulários que constituem as obrigações acessórias dos contribuintes.

No caso, interesse público primário é o de observância da legislação, com o consequente respeito à ordem; o interesse público secundário é o de garantir a arrecadação⁴⁰. Preenchimento inexato de guia não colide com o interesse público, seja o primário, seja o secundário. O contribuinte, por exemplo, que adota código diverso – muitas das vezes em virtude da confusa orientação da Administração Pública, que não lhe permite identificar qual deveria ter

sido a conduta adotada – demonstra a intenção de cumprir com a legislação e saldar suas obrigações fiscais.

Ademais, a imprecisão no cumprimento de uma obrigação acessória não se sobrepõe à verdade material, com a exigência de tributo já recolhido, tampouco reconhecer eventuais inconsistências no preenchimento das respectivas guias de arrecadação consiste em erros materiais; não implica negar os recolhimentos havidos, como se inexistentes fossem. Essa é a razão pela qual existem procedimentos administrativos próprios a retificar imprecisões materiais nos recolhimentos de guias, declarações e formulários que constituem as obrigações acessórias dos contribuintes.

Tal postura da Administração Pública, para além de altamente desleal e imoral, constituiria enriquecimento ilícito do Estado, violando, ainda, o direito de propriedade. Daí a validade dos recolhimentos havidos, como reconhece a jurisprudência pátria⁴¹, vez que inexiste dano ao erário público.

E tanto é privado que tal documento se reveste de sigilo fiscal, não cabendo sobre ele se aplicar a lei de acesso à informação.

Nesse sentido, **parecer da CGU nos autos do processo nº 16853.000129/2016-92**. Confira-se:

Ementa: “O cidadão solicita acesso a declarações de importação. Tributos – Recorrente alega que a regra é a publicidade e o sigilo, a exceção. Outros – Sigilo Fiscal – Acata-se a argumentação do recorrido.



Esclarecimentos adicionais. Informação não sigilosa em transparência ativa. – Conhecido e Desprovido”.

Daí, podemos concluir que:

I – o sigilo administrativo e fiscal da declaração de importação é garantido pela Administração Pública;

II – só pode haver o sigilo neste caso pois quem informou todos os dados internos na declaração de importação foi o particular, pois só ele sabe o dia a dia de sua empresa, atuando no mercado internacional, cabendo à Administração apenas proteger o sigilo da operação;

III – todos os dados da declaração de importação foram preenchidos e entregues ao SISCOMEX;

IV – a declaração de importação é um documento privado, pois exarado pelo particular;

V – não haveria condições de a Administração preencher os dados da declaração de importação, pois são de estratégia, gestão e operacionalidade personalíssimas do particular;

VII – logo, também sob esta abordagem, concluímos que a declaração de importação não teria condições de ser exarada por agente administrativo, no exercício regular de suas funções”.

O agente administrativo toma conhecimento via SISCOMEX dos dados constantes da declaração de importação, mas não a emite. Recebe, fiscaliza e tem dever funcional de garantir o sigilo das informações, não podendo publicá-las, por exemplo e como visto, ancorado na lei de acesso.

Podemos destacar, ainda, que **a declaração de importação não se consubstancia em documento de natureza pública, mas privada, o que corrobora, também, por certo prisma, conclusão de que a declaração de importação tem a natureza de documento privado**, razão pela qual, repita-se, a denúncia apontada encontra-se eivada de inconsistências e ilegalidade, devendo ser de plano anulada.

Princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

ademais, a ilegalidade de tal ato é manifesta, por ofender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de aplicação obrigatória no processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, conforme expresso no artigo 2º da Lei 9784/99, que assim estabelece:

*“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI – **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**”.

(grifos da transcrição)

Tais princípios consubstanciam um juízo de adequação, necessidade e conformidade, entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitada do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto.

Enquanto garantia constitucional contra o arbítrio estatal no exercício do poder⁴², o princípio da proporcionalidade há de ser reconhecido, mesmo quando esse exercício revestir a aparência de legalidade, posto que **a norma jurídica, para ser constitucional, deve, antes de tudo, ser proporcional aos fins que objetiva alcançar, os quais devem estar em sintonia com os objetivos constitucionalmente almejados.**

Consoante a melhor doutrina, **o princípio da razoabilidade alberga três comandos normativos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.** O dever de *adequação* exige que o meio utilizado pelo Estado para alcançar a finalidade desejada seja apropriado ao alcance de tal desiderato. Ele funciona como um juízo de conformidade causal entre a medida estatal tomada e a finalidade perseguida com a mesma. A *necessidade* consubstancia a exigência do meio limitador menos deletério para o interesse que teve seu exercício concretamente limitado, de forma que a limitação imposta pela medida estatal seja estritamente necessária ao alcance do interesse público buscado. Por fim, a *proporcionalidade, em sentido estrito*, consubstancia a exigência de concreta aprecia-

ção dos interesses em jogo, isto é, revela a necessidade de formulação de um juízo de sopesamento entre o meio adotado pela autoridade (e o interesse público que o justifica) e a limitação sofrida pelo indivíduo⁴³.

Nesse sentido, destacamos as lições de **HUMBERTO ÁVILA**⁴⁴:

“Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade”.

A invocação ao princípio da proporcionalidade para a interpretação dos dispositivos em questão se impõe justamente por se tratar da regulamentação de direito fundamental. Esse é critério não só válido, como decorrente do próprio texto constitucional (art. 5º, LIV da CF) e amplamente adotado pelas Cortes Constitucionais, caminho também trilhado pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵ na interpretação de direitos fundamentais. Eis a extensão que a doutrina impregna a esse critério constitucional de solução de conflito entre direitos fundamentais⁴⁶:

“O princípio da proporcionalidade, entendido como mandamento de otimização do



respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ [...]: ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ [...], ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’. [...]. O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja **juridicamente** a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ [...] de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam as desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve ser mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção, vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitucional alemão: ‘O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que

seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental’.”.

Ora, no caso presente, ponderando-se os valores acima, é indiscutível que a penalidade aplicada à Consulente ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de vez que nenhum deles se encontra atendido, na situação em comento.

Não se está diante de situação que caracterize fraude, má-fé ou mesmo tentativa de burlar ou causar qualquer embaraço aos procedimentos aduaneiros ou à fiscalização. Por outro lado, inexistindo obrigatoriedade de emissão de licença de importação, independentemente de os bens serem usados ou não, a conduta da fiscalização sequer revelou-se proporcional, em sentido estrito, deixando de consubstanciar concreta apreciação dos interesses em jogo, isto é, de revelar a formulação de um juízo de sopesamento entre o meio adotado pela autoridade (e o interesse público que o justifica) e a limitação sofrida pelo indivíduo.

Assim, a conduta adotada pela fiscalização, desconsiderando a finalidade do instituto, mostra-se desarrazoada e desproporcional, ao impor penalidade tão gravosa e sem propósito.

Como destaca **Willis Santiago Guerra Filho**⁴⁷:

“[...] nesse quadro, vale acrescentar, com relação ao controle das medidas provenientes da Administração Pública, que, por se tratar de uma função estatal a ser exercida em obediência a normas preexistentes, não há tanto a se discutir sobre finalidade e objetivos ‘desejados’, mas, sim, acima de tudo, sobre a adequação daquelas medidas a tais propósitos, previstos normativamente”.

A propósito, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro **Celso de Mello**, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.992, que reflete os contornos do princípio da proporcionalidade, bem como seu entrelaçamento com o princípio do devido processo legal substantivo, que nasceu como uma exigência de que a validade de determinado ato do Poder Público não seja apreciado apenas sob o prisma de legalidade e legitimidade, sendo necessária uma razoabilidade interna que lhe justifique a edição:

“Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais [...] – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade

estatal de produção normativa –, adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do due process of law [...].

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo.

Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como verdadeiras limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo”.

Mesmo na instância administrativa, o próprio CARF tem reconhecido a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme trecho



do voto proferido nos autos do acórdão nº 303-33.283:

“Assim, por vezes, nos esquecemos que nossa atividade não está exclusivamente vinculada ao princípio da legalidade, mas também a outros princípios reguladores da atuação administrativa, entre os quais as regras da razoabilidade e da proporcionalidade.

Exatamente sobre esta ponderação dos princípios a serem observados pela Administração Pública, no momento de aplicar um dispositivo legal, Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, em parecer publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 123, às fls. 111, nos ensinam que:

‘Sabe-se que as normas da Constituição, e do ordenamento em geral, existem para a consecução de certos fins. Existem valores, metas ou objetivos que se pretende sejam atingidos, e as normas ou enunciavam-nos genericamente (princípios) ou impõem a realização de condutas que os prestigiam (regras)’.

Apesar disso, e ainda que os fins que o Estado deseja atingir estejam expressamente consagrados na ordem jurídica, os meios a tanto necessários não podem ser livremente eleitos. Exatamente porque existem vários princípios a serem protegidos, os meios que os não de efetivar devem fazê-lo equilibradamente, de sorte a que o suposto prestígio a um princípio não destrua completamente outros igualmente nobres. Os fins, em outras palavras, não justificam os meios.

Todo instrumento empregado pelo Poder Público, então, para ser válido, deve ser proporcional, ou seja, deve ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, para chegar à finalidade a que se destina. Sobre essa questão, aliás, um de nós já escreveu: “[...] um ato – normativo ou não –, praticado com o propósito de prestigiar um princípio constitucional, será válido na medida em que, além de atender a outras exigências, for adequado, necessário e proporcional em sentido estrito no atendimento dessa finalidade. Explicamos: *Será adequado o ato que, de fato, conduzir à finalidade anunciada.*

Será necessário o ato que, além de adequado, for também a maneira menos gravosa de se chegar à finalidade buscada. Caso haja outros meios também adequados, e menos gravosos, o ato de cuja validade se cogita será desproporcional por desnecessidade.

Finalmente, será proporcional em sentido estrito o ato que, além de adequado e necessário, realizar a mais equilibrada ponderação dos valores envolvidos, prestigiando, ou fazendo com que preponderar, aquele que, em prevalecendo, causar menores diminuições na efetividade dos demais. Deste modo, como os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade devem atuar na interpretação de todas as regras gerais como decorrência do princípio da justiça insculpido no preâmbulo e no artigo 30 de nossa Constituição Federal, impõe-se reconhecer razão ao contri-buinte”. (grifamos)

Deste modo, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade devem atuar na interpretação de todas as regras gerais⁴⁸, como decorrência do princípio da justiça, insculpido no preâmbulo e no artigo 3º de nossa Constituição Federal, sendo vedada a aplicação de sanção em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.

Da ausência de dano ao erário público:

é de se reconhecer que, portanto, no caso presente, além da ilegalidade tanto da atuação fiscal quanto da representação penal, impõe-se impactante penalidade ao Consulente, enquanto que tal conduta não trouxe qualquer dano ao erário ou obstáculo à aplicação dos procedimentos apropriados.

Ainda que se reconheça certa fluidez ao conteúdo do princípio da eficiência, não se pode deixar de reconhecer que ele abrange a adequação, a razoabilidade e a proporcionalidade da ação administrativa, impedindo a postergação do dever do agente administrativo de atender sem delongas o interesse público e cumprir a finalidade legal.

Em outras palavras: por certo, a exigência de que a atuação administrativa seja **eficiente** leva a que o agente se valha dos meios **adequados, proporcionais e razoáveis para o atingimento dos fins legais**.

No caso presente, nada disso foi levado em conta, na imposição da penalidade. **Tampouco, os valores constitucionalmente protegidos e os princípios que pautam a**

ação da Administração Pública, restanho violados não só os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 5º, LIV da CF), como, também, a vedação do efeito confisco (art. 150, IV da CF), da capacidade contributiva (art. 148 do CTN) e do direito de propriedade (art. 5º, XXII da CF).

Esses princípios representam **limitações ao poder de tributar** impostos pela Constituição Federal e pelo CTN, **numa clara demonstração de que a atividade de cobrança de tributos por parte do Estado**, precisamente em virtude do interesse público que a fundamenta, deve ser interpretada como exceção ao direito de propriedade, também constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos brasileiros.

Por essa razão, as regras que lhe são aplicáveis devem ser interpretadas de forma **restritiva à atuação do Estado e ampliativa no que diz respeito aos direitos assegurados aos contribuintes**, sempre que a questão **envolver direitos e garantias do contribuinte**.

Vale a pena destacar o ensinamento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁴⁹:

“[...] absorvida a noção de interesse público nos termos propostos, percebe-se que é muito maior do que o habitualmente suposto o campo de defesa que deve ser reconhecido a cada particular contra desvios na conduta estatal, isto é, contra atos em que, por violar substancialmente a legalidade, se desencontra daquilo que é verdadeiramente o interesse público. Na



medida em que o faça e em que onere pessoalmente (embora em conjunto com inúmeros outros) alguém que **estaria livre de tal oneração ou sonegue proveitos que muitos captariam se a legalidade fosse obedecida**, tal conduta terá sido agressiva a um direito subjetivo de cada prejudicado, mesmo quando a norma transgredida haja sido posta em atenção a interesses que necessariamente se irradiam sobre muitos ou sobre todos”. (grifamos)

A atuação das autoridades administrativas ostensivamente contrária à Constituição, à lei complementar e à lei ordinária, em campos em que a atividade do administrador público é inteiramente vinculada, pode projetar consequências, quer no campo penal, quer nos campos civil e administrativo, ensejando o controle do Poder Judiciário.

O **princípio da impossibilidade material** decorre do fato de que a lei não pode exigir mais do que a situação jurídica permite, nem pode a determinação judicial exigir algo que, nas diversas alternativas da execução, a materialidade fenomênica demonstre ser irrealizável.

A teoria da lei de eficácia impossível ou da decisão judicial de imposição inviável outro fato não exterioriza, tal qual a lição aprendida na propedêutica da “Introdução à Ciência do Direito”, que não o de que **a lei não pode ter um objeto impossível, nem a decisão judicial cuidar de situação inviável**.

A impossibilidade do objeto normativo torna, portanto, sem eficácia o conteúdo mate-

rial da lei, razão pela qual permanece como se inexistisse no mundo jurídico, até, como sustentado acima, por força do princípio da razoabilidade, que, em nosso ordenamento, está inserto no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF).

Ademais, inexistindo, em tais situações, culpa ou dolo do particular a justificar a imposição de penalidades, milita em favor dele a *inexigibilidade de outra conduta*, que se verifica sempre que, tendo em vista o caso concreto, não se possa exigir do sujeito uma conduta diversa daquela por ele adotada.

Tanto no âmbito do direito penal, como do direito tributário, a *inexigibilidade de conduta diversa* encontra aplicação.

A esse respeito, ensina **Francisco de Assis Toledo**:

“A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, todavia, dispensa a existência de normas a respeito”⁵⁰.

Também, **José Frederico Marques** sustenta que:

“Não há por que deixar de admitir a exclusão da culpabilidade quando uma con-

duta típica ocorreu sob pressão anormal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta”⁵¹.

O artigo 387 do CPP prevê que o agente infrator responderá pelos “danos causados pela infração” cometida. Elege, como pressupostos da obrigação de reparar, no mínimo, a presença de 03 (três) elementos: (A) a existência de um ato criminoso; (B) a existência de um dano objetivamente identificado; e, ainda, (C) a existência de nexo de causalidade entre um e outro. Na falta de qualquer desses elementos, não há dever de reparação.

De início, vale registrar que a pretensão não poderia prosperar simplesmente por ser amparada em acusações genéricas, que não delimitam a participação de cada um dos denunciados no suposto evento criminoso, razão pela qual, claramente, não houve a demonstração de sequer 01 (um) ATO praticado, estando, portanto, comprometida a pretensão punitiva, dada a inexistência de nexo causal.

Isso porque **não houve a demonstração do nexo de causalidade entre o suposto ATO e o alegado DANO, como seria de rigor para que se cogitasse de reparação.**

O nexo causal consiste na relação de necessidade entre ato e dano; de causalidade adequada entre um e outro, sendo este o seu efeito necessário, natural, lógico ou provável, como, aliás, já decidido por diversas vezes **pelos Cortes Superiores, verbis:**

“[...] em nosso sistema jurídico... a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal... Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim, só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva”. (STF, RE n. Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 07-08-1992)

“Assim, reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessidade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar. Nas palavras de Agostinho Alvim, ‘é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”. (STJ, REsp 1322387/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 26/09/2013)

A fixação do nexo causal depende, assim, da indicação do evento que constitui a causa necessária e suficiente para que o dano ocorra, isto é, da sua causa decisiva, no sentido de não haver outra que explique adequadamente a sua ocorrência.

Além de fazer tábula rasa da universalidade da lei (a lei aplica-se a todos) e da unidade



do ordenamento jurídico, enquanto um sistema de harmônico de normas, a denúncia (também no que tange a essa tese “silenciosa”, não escrita) novamente não se sustenta perante a lógica (arte do bom pensar).

Isso porque baseou-se no fato da ocorrência de crime de falsidade ideológica com relação a documento público – declaração de importação – e, no caso, a declaração de importação foi formulada pela consulente sem a intervenção de qualquer funcionário público, nem tampouco encontra-se tal documento relacionado no rol taxativo do art. 297 do Código Penal.

Resposta:

1) O que se pode entender por documento público e por documento particular?

R: Entende-se por documento público aquele elaborado por funcionário público, no exercício de suas funções, contendo informações de conteúdo público. Já o documento particular pode ser conceituado como sendo aquele que é feito ou assinado por particulares, sem a interferência de funcionário público, no exercício de suas funções, seja para criar uma obrigação, seja para atestar qualquer manifestação de vontade, ainda quando expressivo de ato unilateral.

2) A declaração de importação teria a natureza jurídica de um documento público?

R: Não. A declaração de importação não possui a natureza de um documento público, visto que é formulada por um particular, no caso, o importador, sem a intervenção de qualquer funcionário público, não estando, ainda, inserida no rol dos documentos equiparados aos públicos, constante do § 2º do art. 297 do CP.

3) Em caso negativo ao quesito anterior, a documentação de importação é um documento privado?

R: Sim. Sendo a documentação de importação o documento que contém as informações prestadas pelo importador, por meio de um documento particular ao órgão administrativo, podemos afirmar que a mesma se caracteriza como sendo um documento privado.

4) Quais os efeitos de se caracterizar como um documento privado?

R: Podemos afirmar que o fato de um documento particular ser levado a registro de um órgão público não tem o condão de mudar sua característica essencial.

Este é o nosso entendimento sobre as questões suscitadas pela Consulente.

S.M.J.



Notas

1. *NOTA DO EDITOR: Apesar deste parecer ter sido elaborado há alguns anos, é patente que seu entendimento jurídico ainda é válido nos dias de hoje. Por isso a decisão em publicá-lo.

Em encontro realizado na Fecomercio de São Paulo, no dia 20/08/2012, sob o título “Competitividade: o calcanhar de Aquiles do Brasil – Fragilidade e Superação”, seus participantes (José Pastore, Antonio Corrêa Lacerda, Clemente Ganz Lúcio e um dos autores deste parecer – Ives Gandra da Silva Martins – realçaram a questão tributária como um dos fatores de afastamento de investidores (Revista Conselhos da FecomercioSP, Ano 3, Edição 15, p. 46/51).

2. Um dos autores do presente, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, assim já escreveu sobre a LINDB, artigo 2º: “De rigor, o art. 2º permite ao intérprete a adoção dos critérios maiores para conhecimento da permanência normativa.

Assim é que a cabeça do artigo delimita o aspecto temporal, informando que uma lei vigora até que seja revogada ou modificada por outra.

Se se pode discutir a eventual redundância dos verbos utilizados ‘modificar’ e ‘revogar’, posto que a explicação do § 1º demonstra que a revogação, por sua extensão vernacular, abrange qualquer forma de afastamento do direito anterior, inclusive a derrogação, ou seja, a alteração parcial, tal redundância, em se a admitindo, já que há autores que defendem a explicitação, não prejudica a clareza do comando legislativo, o qual esclarece que em algumas hipóteses ocorre a revogação, a saber: de forma expressa, pela incompatibilidade das disposições, prevalecendo a nova conformação legislativa, e pela inteira regulação da lei anterior.

As três hipóteses, portanto, estalejam as gamas possíveis de modificação total ou parcial (ab-rogação ou derrogação), ressaltando-se a importância do § 2º, que retira abrangência das duas hipóteses finais do § 1º (incompatibilidade e regulação completa) e do § 3º, que evita a repristinação.

Ora, o § 2º explicita a possibilidade convivencial de normas não conflitantes que se coloquem em regência paralela, vigendo lei nova e lei pretérita seja no concernente às disposições gerais, seja no concernente às disposições especiais” (grifos não constantes do texto) (Direito Econômico e Empresarial. Belém-PA: Ed. Cejup, 1986, p. 60/61).

3. Américo Lacombe assim o explica: “Confirma este artigo o princípio geral da imutabilidade do lançamento. Se houver mudança na valoração jurídica dos dados ou elementos de fato que informam a autoridade administrativa no exercício da atividade do lançamento, tal mudança só poderá ser considerada quanto a fatos geradores ocorridos após a introdução dessa modificação” (Comentários ao CTN, 7ª. ed., volume 2, coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 331).

4. Zuudi Sakakihara explicita: “No entanto, se o crédito tributário já tiver sido constituído segundo os critérios anteriormente adotados, ter-se-á uma situação jurídica consolidada, cuja estabilidade deve ser preservada e, por isso, impede a aplicação retroativa do novo entendimento.

É por isso que este art. 146, ao dispor que a modificação introduzida nos critérios jurídicos adotados no exercício do lançamento só pode ser efetivada quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução, traz a regra implícita da irretroatividade da nova interpretação decorrente da modificação dos mencionados critérios, apenas em relação a um mesmo sujeito passivo, querendo dizer que, se o crédito tributário referente a um sujeito passivo já foi constituído pelo lançamento, de acordo com determinados critérios, a modificação destes não mais poderá afetar a situação jurídica que se criou para esse mesmo sujeito passivo” (Código Tributário Nacional Comentado. Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 574).



5. Um dos autores deste parecer, Ives Gandra da Silva Martins, escreveu: “Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação – no que têm razão –, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (Comentários à Constituição do Brasil, 6º volume, tomo I, São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2001, p. 79/80).

6. O artigo citado está assim redigido: “Art. 54 – A apuração da regularidade do pagamento do imposto e demais gravames devidos à Fazenda Nacional ou do benefício fiscal aplicado, e da exatidão das informações prestadas pelo importador, será realizada na forma que estabelecer o regulamento e processada no prazo de 5 (cinco) anos, contado do registro da declaração de que trata o art. 44 deste Decreto-Lei” (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988).

7. Recurso Especial nº 478389/PR, da Segunda Turma, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 25/09/2007.

8. A IN 634 de 24/03/2006, válida à época dos fatos, declara no § único do artigo 1º que: “Parágrafo único. Não se considera importação por encomenda a operação realizada com recursos do encomendante, ainda que parcialmente” (DOU

27/03/2006). Referida IN foi revogada pela IN 1861/2018.

9. Um dos patronos do presente parecer, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, assim escreveu: “Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil restringem a sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa.

Pela primeira, sempre que os atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem-se aos limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. A superação da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo.

Pela teoria limitativa, a desconsideração seria, necessariamente, formulação jurisprudencial visto que a previsão legal da hipótese desconsiderante já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconsideração, mas apenas uma singela teoria de imputação dos efeitos legais aos atos normatizados.

As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escol, quase sempre, em sua versão privativa, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno exegético ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente.

O aspecto de interesse, todavia, é que a desconsideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada. Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades.

Tais rápidas pinceladas permitem, de plano, duas considerações que demonstram sua inaplicabilidade.

A primeira delas diz respeito às correntes mencionadas, ou seja, a da teoria ampla, que hospeda



a formulação jurisprudencial ou legislativa, ou a estrita, que a reduz à formulação jurisprudencial, entendendo que a legislativa se vincula à teoria da imputação legal.

Ora, se tivéssemos que levar em consideração a segunda delas, esta seria inaplicável ao Direito Tributário, em face dos princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada ou reserva absoluta legal, posto que, sem previsão legal, não há possibilidade de exigir-se qualquer tributo” (Direito Público e Empresarial, Belém-PA: Edições Cejup, 1988, p. 61/62). Em outras palavras, apenas a imputação normativa, e jamais a formulação jurisprudencial, é de aplicação no Direito Tributário.

10. Revista dos Tribunais, 960, outubro 2015, p. 299-360.

11. Sobre a evolução do constitucionalismo moderno em palestra, o primeiro subscritor da presente disse: “E, por fim, entramos na terceira globalização. O início da terceira globalização, para mim, começa em 1492, como diz Thomas Friedman. Só que, na visão – que exponho nessas duas trilógias, das quais a primeira está sendo republicada, agora, pela Lex – ela vai até 1776, com a Revolução Americana. Trata-se do período que leva ao aparecimento da primeira Constituição moderna (a americana de 1787). Chamo esta era de globalização, de era da universalização geográfica, porque o mundo, a partir de 1492, se estende em todas as dimensões. Conquista-se o globo pelas grandes navegações, pelo engenho dos portugueses, navegadores formados na Escola de Sagres – se é que realmente houve uma “Escola” de Sagres. Estende-se das monarquias absolutas à Revolução Americana, que gera a primeira grande Constituição moderna, depois da experiência de um constitucionalismo diferente e mitigado surgido na Inglaterra em 1215. Da Constituição americana, de 1787, vamos à Constituição francesa, de 1791, após a revolução que, destinada a promover a fraternidade, a igualdade e a liberdade, gerou o maior banho de sangue da história francesa. Entramos no que chamo de “quarta era da globalização”, que é a era do constitucionalismo, em que,

efetivamente, o mundo passa a se reger pelas Constituições. Surge, na França – apesar da Revolução Francesa, nos Estados Unidos, e todos os países vão começando a elaborar o seu texto supremo. Inclusive, isso ocorreu também no Brasil, quando Dom Pedro I, depois de destituir, de dissolver a constituinte, promulgou uma Constituição que, apesar de imposta, era uma boa Constituição para a época. Na verdade, essa Constituição de 1824 foi a mais estável de todas as nossas Constituições, até hoje. Sua vigência se deu, no período de 25 de março de 1824 até 1889, com algumas modificações, servindo de sustentação ao Império” (O Estado de Direito e o Direito do Estado”. São Paulo: Lex Ed., 2006, p. 8).

12. José Afonso da Silva, sobre o inciso III, escreve: “Não bastou simplesmente abolir. Precisou vedar expressamente. Nem assim se tem evitado a prática de tais formas de tortura e crueldade, não raro sem que os agentes sofram qualquer punição pelo crime que, com isso, cometem. Agora, a Constituição vai mais longe, além de garantir a dignidade da pessoa humana e o respeito à integridade física (e moral), de presos, declara que ‘ninguém será submetido à tortura nem ao tratamento desumano ou degradante’ – norma que revela triste recordação dos “porões do regime militar” (grifos nossos) (Comentário contextual à Constituição, 7ª. ed. Malheiros Ed., 2010, p. 89).

13. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre a honra e imagem da pessoa pública, escreve: “Honra e imagem. A honra é o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade da honra se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um. Esta – a imagem – é, antes, a visão social a respeito de um indivíduo determinado. A Constituição em vigor já se preocupou anteriormente com a imagem no inc. V deste mesmo artigo” (grifos nossos) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1, Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 3ª. ed., p. 35).

14. Celso Ribeiro Bastos lembra que: “ A presunção de inocência é uma constante no Estado de



Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. Tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 2004, p. 299).

15. Uadi Lammêgo Bulos lembra que: “– Esse mandamento foi fruto dos trabalhos da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – a chamada ‘Comissão Afonso Arinos’ – por uma proposta do Deputado Vivaldo Barbosa, do Partido Democrático Trabalhista (RJ). – Pouco difundida no Brasil e aplicada no direito anglo-saxão há séculos, a garantia do due process of law ou do justo processo só a partir de 5 de outubro de 1988 veio a consagrar-se explicitamente no ordenamento constitucional brasileiro. – Instituto pouco difundido no Brasil, o devido processo legal tem sido aplicado no direito anglo-saxão há séculos, inclusive antes mesmo de vir estatuído na Magna Carta de 1215. – As constituições passadas trataram da matéria de modo implícito, sem qualquer referência direta a esta cláusula que logra enorme relevo entre os norte-americanos” (grifos nossos) (Constituição Federal Anotada, Ed. Saraiva, 5ª. ed., São Paulo, 2003, p. 279).

16. Luís Roberto Barroso elenca a doutrina a respeito da ampla defesa: “95. DOUT: O direito de defesa na Constituição de 1988, por Jessé Torres Pereira Junior; O direito à defesa na Constituição, por Edgard Silveira Bueno Filho; A relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil, por Alexandre Augusto da Silva Caballero (RP 521225); O juiz e o princípio do contraditório, por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (RF 323/55; RP 73/7); O dever constitucional do magistrado: a garantia do contraditório e da ampla defesa, por Nagib Slaibi Filho (ADV, dez. 92, n. 21); Do direito de defesa em inquérito administrativo, por

Ada Pellegrini Grinover (RDA 183/9); Contradita e o contraditório, por Mário Salvador de Toledo Piza (RT 6381250); A proteção jurisdicional das liberdades públicas contra atos da Administração Pública em face da nova Constituição, por José Guilherme de Souza (RT 6461228); Garantias constitucionais processuais, por Celso Agrícola Barbi (RT 659n); O processo civil e a Constituição de 1988, por Paulo Furtado (RT 669133); Interrogatório judicial e o contraditório, por Fernando Yukio Fukassawa (RT 6761403); Direito de ampla defesa e processo administrativo, por José Carlos Feres de Souza e Leidi Odete Campos Izumida de Almeida (RT 695/78); A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão, por José Augusto Delgado (RT 696140); Princípio constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 52, LV, da CF), por Ailton Stropa Garcia (RT 701/426); Razoabilidade punitiva e a garantia do devido processo legal, por Alberto Zacharias Toron (RT 702/441); Os termos da Lei 8.542, de 23.12.92, e sua relação com o princípio constitucional da ampla defesa – art. 52, LV – da Carta Magna, por Antonio Carlos Amaral Leão (RT 7031239); O sagrado direito de defesa, por Carlos Biasot (RT 712/510); Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva, por Maurício Antonio Ribeiro Lopes (RT 725/459); O contraditório e a indispensabilidade do advogado no processo judicial, por Antonio Carlos Facioli Chedid (LTr 53-1/300); O acusado e seu defensor – a garantia da ampla defesa e os recursos a ela inerentes, por Inocêncio Mártires Coelho (RILSF 1221103); Princípios constitucionais do processo, por Angélica Arruda Alvim (RI? 74120); Garantias constitucionais na investigação criminal, por Fauzi Hassan Choukr; Direito de defesa em sindicância, por Mauro Roberto Gomes de Mattos (RDA 211/179); Breves anotações sobre o direito ao contraditório, por Cláudio Henrique de Castro (RP 85/311); O direito de defesa no processo penal e a renúncia ao recurso, por Afrânio Silva Jardim (RF 344/471); O princípio da ampla defesa e a “competência” dos tribunais administrativos para apreciarem matéria



constitucional, por Dalton Luiz Dallazem (RT-C-DCCP 231118); O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações, por Edgar Antônio Chiuratto Guimarães (RTDP 171190); A garantia do contraditório, por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (RF 346/9)” (Constituição da República Federativa do Brasil – Anotada, Ed. Saraiva, 3ª. ed., São Paulo, 2001, p. 58/59).

17. Alexandre de Moraes lembra: “5.105 Princípio da Presunção de Inocência. A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal. A presunção de inocência é uma presunção “*juris tantum*”, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Essa garantia já era prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 (“Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado”). O direito de ser presumido inocente, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, possui quatro básicas funções:

- limitação à atividade legislativa;
- critério condicionador das interpretações das normas vigentes;
- critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente);
- obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas. O princípio da presunção de inocência consubstancia-se,

portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (“due process of law”), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). Em virtude disso, podemos apontar três exigências decorrentes da previsão constitucional da presunção de inocência:

1. o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas);
2. necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa;
3. absoluta independência funcional do magistrado na valoração livre das provas.

A existência de interligação entre os princípios da presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório é, portanto, ínsita ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência” (grifos nossos) (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional, São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 336/337).

18. Lembra Maria Helena Diniz, citando Luiz Alberto David Araújo, que a imagem no Direito Civil é, de rigor: IMAGEM-ATRIBUTO. Direito Civil. É a imagem social, ou seja, o conjunto de caracteres que uma pessoa apresenta em seu conceito social como profissional, como político, como pai de



família etc.” (grifos nossos) (Dicionário Jurídico, volume 2, São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 761).

19 Está o artigo 5º, inciso LVI, da CF assim redigido: “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)”.

20. **MS n. 25617-MC/DF, em 24/10/2005, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 03/11/05, p. 27.**

21. Nos termos do dicionário Aurélio: Documento. [Do lat. documentu.] S. m. 1. Qualquer base de conhecimento, fixada materialmente e disposta de maneira que se possa utilizar para consulta, estudo, prova etc. 2. Escritura destinada a comprovar um fato; declaração escrita, revestida de forma padronizada, sobre fato(s) ou acontecimento(s) de natureza jurídica. 3. Restr. Qualquer registro gráfico. 4. Ant. Recomendação; preceito.” (FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1986).

22. MIRANDA, J. M. Pontes de; Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Forense, Brasil, 1.996, p. 357. Apud BAGINSKI Cibele Bumbel e NETO João Manganeli – “Linhas gerais sobre o princípio da legalidade administrativa” – disponível em: <https://joaomanganeli.jusbrasil.com.br/artigos/190976080/linhas-gerais-sobre-o-principio-da-legalidade-administrativa> – último acesso em: 19.11.2022.

23 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – Parte Especial – Vol. 3. São Paulo: Jurídico Atlas, 2001.

24. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

25. Confira-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: “A legalidade como princípio de administração (CF, art. 37, caput) significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do

bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer assim’; para o administrador público significa ‘devo fazer assim’.” (Direito administrativo brasileiro, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82-83).

26. FILHO, Nagib Slaibi. ALVES, Geraldo Magela. Vocabulário Jurídico. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

27. Para Fernando Capez: Documento particular. (...) “como todo aquele que é formado ‘sem a intervenção de oficial ou funcionário público, ou de pessoa investida de fé pública’, por exemplo, um contrato de promessa de compra e venda ou de locação, um instrumento particular de doação, uma carta em que se confessa uma dívida, um recibo de venda etc.”.

28. HC 183.640, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 30.11.2020.

29. Curso de Direito Penal, Volume 3, 3ª edição, Editora Saraiva.

30. Código Penal Comentado, 7ª edição, Editora Renovar, p. 741.

31. Para Guilherme de Souza Nucci: “Documento particular: é todo escrito, produzido por alguém determinado, revestido de certa forma, destinado a comprovar um fato, ainda que seja a manifestação de uma vontade. O documento particular, por exclusão, é aquele que não se enquadra na definição de público, ou, ainda que o seja, sem preencher as formalidades legais” (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 11ª edição, 2012, Ed. Rev. Dos Trib.).

32. “Art. 297 – Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:



Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§ 1º – Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º – Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; (Incluído pela Lei nº 88 9.983, de 2000)

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

33. O primeiro subscritor do presente, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, assim escreveu: “Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário”.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (Hacienda y derecho, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da

lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da ‘*lex scripta*’, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da ‘*lex stricta*’, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p. 39): “E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (handlungsnormen), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento”.

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, In: Comentários ao CTN, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (Direito Tributário, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, In: Direito Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário consequente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do ‘*numerus clausus*’ veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e, finalmente, pelo princípio da determinação conceitua



de forma precisa e objetiva o fato imponible, com proibição absoluta às normas elásticas (Resenha Tributária 154:779-82, Seção 2.1, 1980)” (Curso de Direito Tributário, São Paulo: Coedição CEEU/FIEO, Editora Saraiva, 1982, p. 57/58).

34. Diógenes Gasparini define: “O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. Na Administração Pública, não há espaço para liberdades e vontades particulares, deve, o agente público, sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, e sempre segundo àquilo que a lei lhe impõe, só podendo agir *secundum legem*. Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe (princípio da autonomia da vontade), na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades, define como ele deve agir” (GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva. 15ª ed., 2010).

35. Ora, no campo do direito tributário, todos devem se submeter à rigidez do princípio da legalidade, no qual se faz imprescindível que o fato ocorrido se subsuma à previsão legal para que ocorra o nascimento da obrigação tributária e que seja observado o seu aspecto quantitativo. Adotar outro entendimento, como fez a fiscalização, ofende os princípios da estrita legalidade, previsto no art. 150, I, da CF, da capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CF), da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF), da vedação ao uso da tributação com efeito confiscatório (art. 150, IV, da CF), assim como a limitação à competência tributária.

36. Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 1979, p. 304.

37. Hans Kelsen esclarece: “La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, e valido anche l’ordinamento giuridico che si fonda su di essa. La norma fondamentale attribuisce all’atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti del l’ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione e legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica e la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l’ordinamento giuridico. Soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico. Essa è soltanto l’espressione del presupposto necessario per comprendere positivisticamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo. Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più incoscientemente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità del l’ordinamento giuridico positivo, ma intendono però questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso all’analisi dei proce-



dimenti effettivi, le condizioni logico-trascendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridica positiva” (Lineamenti di dottrina pura del diritto, Piccola Biblioteca Einaudi, p. 98/99).

38. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AO CONTROLE DE IMPORTAÇÕES. GUIA DE IMPORTAÇÃO. LICENCIAMENTO DE IMPORTAÇÃO. PENALIDADE.

Guia e licenciamento de importação, documentos não contemporâneos e com naturezas diversas. Este é condição prévia para a autorização de importações: aquela era necessária para o controle estatístico do comércio exterior. A falta de licença de importação não é fato típico para a exigência da multa do artigo 169, I, b do Decreto-lei 37, de 1966, alterado pelo artigo 20 da Lei 6562, de 1978, Recurso Voluntário Provido em Parte (CARF, 3ª. Seção, 1ª. Turma da 1ª, Câmara, Recurso Voluntário nº 342.377, Acórdão 3101-00.336, publicado em 04/02/2010).

39. É de se lembrar que os três modelos constitucionais modernos, inglês (1215), americano (1787) e francês (1791), decorreram de três revoluções tributárias contra João Sem terra (exceção de exação), contra os ingleses (Lei Towsend, aumentando a tributação sobre os produtos da Colônia em 1776) e contra Luiz XVI (aumento de tributos sobre o povo francês).

40. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INFERIOR A R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECEBIMENTO PELA EMPRESA CONTRATADA DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO DO CONCURSO, EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMISSIVO DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. [...] 3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não so-

brepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 19ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2005, pág. 66.) [...]” (REsp 1356260/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013).

41. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ERRO NO PREENCHIMENTO DO DARF – LAUDO PERICIAL – COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO – CNPJ ERRADO DA FILIAL – ERRO MATERIAL.

1 – Cinge-se a controvérsia na possibilidade, ou não, de reconhecimento do pagamento do FGTS devido pela matriz da Embargante por guias de recolhimento de FGTS preenchidas com o CNPJ da filial da empresa.

2 – O laudo pericial produzido nos autos demonstra, satisfatoriamente, a tese da Apelada, segundo a qual houve erro, sim, no pagamento do FGTS, referente a uma de suas filiais, uma vez que, quando do preenchimento do DARF, citou-se o CNPJ de outra filial.

3 – *Não se vislumbra, na hipótese, prejuízo financeiro para a parte embargada. O fato de haver erro formal, ao se incluir nas guias de recolhimento do tributo CNPJ da filial extinta, em vez do CNPJ correto da matriz, não é suficiente para que se exija do contribuinte novo recolhimento, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda Pública. O erro formal não pode se sobrepor à verdade material.* Precedentes desta Corte: AC nº 0012224-83.2009.4.02.5101 – Rel. Des. Fed. JOÃO F. NEVES NETO – Quarta Turma Especializada – e-DJF2R 07-01-2014; AC nº 2003.51.01.513390-3



– Rel. Des. Fed. PAULO BARATA – Terceira Turma Especializada – DJU de 03-04-2009. (...) (AC 05269877120054025101, Rel. Des. Fed. MARCUS ABRAHAM, 3ª T, TRF2, DJ 27.09.2016) (grifamos)

(...) – REVISÃO DA CONSOLIDAÇÃO (REFIS) – ERRO MATERIAL: INCLUSÃO DE DÍVIDAS PAGAS – PERÍCIA CONTÁBIL: EXCESSO PROVADO – (...).

(...)

3. Se a perícia, examinando declarações tributárias e consentâneas guias de recolhimento, concluiu pela existência de excessos na consolidação (por aparente erro material) e respectivos pagamentos no REFIS, via inclusão de débito já liquidados, legítimo o decote dos valores extravagantes, por proteção ao princípio do não enriquecimento ilícito.

4. Não há, diante da prova técnica exaustiva e não confrontada, qualquer razão para rejeição da perícia e reforma da sentença.

5. Remessa oficial, tida por interposta, não provida (TRF, AC 2002.41.00.002105-5, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, e-DJF1 DATA: 05/08/2011 P. 145).

(...) ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO DO CONTRIBUINTE NA ENTREGA DE DCTF. DÉBITOS DE IPI DA MATRIZ DECLARADOS NO DOCUMENTÁRIO DE FILIAL. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. (...) REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

I. O estabelecimento industrial da empresa inscrito no CNPJ sob o nº 61.091.963/0002-13 apurou débitos de IPI do segundo trimestre de 1997 que divergiram das informações prestadas na DCTF do mesmo período.

II. Tanto o Livro de Registro de Apuração do Imposto quanto as guias de recolhimento dos saldos aí apurados atestam que o passivo é diferente da documentação entregue ao Fisco.

III. Na verdade, os débitos de IPI declarados provêm da matriz da sociedade contribuinte (CNPJ nº 61.061.963/0001-32), segundo a escrituração fiscal trazida aos autos – Livro de Registro de Apuração do Imposto, documentos de arrecadação e DCTF dos meses de abril, maio e junho de 1997.

IV. O perito judicial, no exame do documentário fiscal dos estabelecimentos, concluiu que houve efetivamente um erro na entrega da declaração da sucursal. Esta, apesar de ter recolhido valores próprios do tributo, informou montante diverso, pertencente à unidade produtiva principal da empresa.

V. Com a constatação do equívoco e a inexistência de saldo devedor, o lançamento das obrigações tributárias perde a base material, a ponto de destruir a presunção de legitimidade do ato administrativo, inclusive no momento posterior à expedição da Certidão de Dívida Ativa Tributária.

VI. (...)

VII. O auto de infração teve por referência a DCTF do segundo trimestre de 1997 preenchida pela filial. A SRF constituiu o crédito tributário com base nesse documento, sem cogitar dos demais elementos de escrituração associados ao IPI – Notas Fiscais, Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do IPI, entre outros.

VIII. A despeito da manifestação de inconformidade do contribuinte, o Fisco manteve o lançamento, ignorando as divergências que constavam das declarações dos dois estabelecimentos e das guias de recolhimento de cada competência.

IX. O erro poderia ter sido absorvido pela Administração Tributária, que rejeitou a impugnação sob fundamento diverso do inicial – falta de cópias das folhas escrituradas do RAIPI – e que foi dispensado pelo perito na descoberta da irregularidade.

(...)

XII. Remessa oficial e apelação a que se nega provimento” (TRF 3 R, APELREEX



00249764120074036100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/11/2016).

EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO POR PAGAMENTO DO DÉBITO. DARF PREENCHIDO COM CÓDIGO DA RECEITA ERRADO.

(...)

(...)

3. A sentença não merece reparo, uma vez que ficou demonstrado o efetivo pagamento do crédito através das guias constantes à fl. 75, em 22/09/2004. Ao que tudo indica, houve equívoco na indicação do código que consta nas guias DARF, mas inequívoca foi a intenção do executado em recolher o valor correspondente ao título executivo.

4. Uma vez comprovado o equívoco no preenchimento do DARF, o erro formal não pode se sobrepor à verdade material; tampouco, se me afigura razoável exigir do contribuinte o recolhimento do tributo ora questionado.

5. Apelação improvida. (TRF 2, Processo 05272166520044025101, Rel. Des. Fed. Ferreira Neves, DJ 31/01/2014).

42. **O Ministro Carlos Velloso**, quando da decisão pelo STF (Tribunal Pleno), da RECLAMAÇÃO nº 383-3/SP, em seu voto, consignou: “Ora, a meu ver, essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de **Marshall**, no “*McCulloch v. Maryland*”, de 1819: **quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto**. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada”. (grifamos)

43. A proporcionalidade em sentido estrito é por alguns denominada razoabilidade, que, na acepção da doutrina administrativista, teria o seguinte

alcançe: “O princípio da razoabilidade significa, no contexto jurídico-sistemático da persecução do interesse público, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, observadas as valorações positivadas em todos os seus escalões normativos, impondo aos agentes administrativos que maximizem a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo a peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão” (In: DALLARI, Adilson Abreu. Do NASCIMENTO, Carlos Valder. MARTINS, Ives Gandra Martins. Coord. Tratado de Direito Administrativo. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226).

44. Ob. citada, p. 160.

45. AI 595395/SP, Rel. E. Min. Celso de Mello, DJ 03.08.2007; ADPF 130; Rcl 18.186.

46. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade”, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, EDUARDO (coord.). “O Processo na Constituição”. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Ps. 616/7.

47. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 86.

48. A razoabilidade exige, nessa acepção, uma adaptação do direito – abstratamente concebido – ao caso concreto por ele desconsiderado. Isso implica a rejeição da máxima *ita lex o dura lex sed lex*, condicionando a aplicação do direito positivo à adequação da norma à realidade sobre a qual ela incidirá: “se a lei é «dura», será esta é que deverá ceder passo ao caso concreto e às suas exigências” (Zagrebelsky, 1994, p. 190)

49. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007. p 61.

50. Princípios Básicos de Direito Penal, 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

51. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 227.



MAIS DE 580 MUDAS PLANTADAS TODO MÊS.

Os canteiros da cidade ainda mais coloridos e cheios de vida.



Inúmeras ações educativas, muitas empresas envolvidas e um único objetivo:

Deixar a cidade ainda mais bonita!

Acesse o QR Code e assista ao vídeo.



ACGB
VIDA URBANA



ADMINISTRATIVO

Demora no religamento de energia elétrica gera indenização por dano moral

Decisão monocrática. Recurso inominado. Ação de indenização. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Demora excessiva no restabelecimento. Responsabilidade objetiva da concessionária. Prestação de serviço essencial. Dano moral configurado. Quantum fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

*(TJPR – Rec. Inominado n. 0013025-39.2022.8.16.0018 – 4a. T. Rec. – Dec. Monocrática – Rel.: Juiz **Alde-
mar Sternadt** – Fonte: DJ, 30.01.2024).*

É ilegal a imposição de multa de trânsito sem procedimento administrativo regular

Recurso inominado – Ação de obrigação de fazer c/c anulatória de ato administrativo com pedido de liminar – Ausência de notificação válida do auto de infração – Validade do auto de infração – Avisos de recebimentos (A.R.) sob a rubrica “não procurado – Devolvido” – Aplicação da súmula 312 do STJ – Cerceamento de defesa configurado – Nulidade das notificações do auto de infração e da penalidade – Resolução n. 918/2022, do CONTRAN – Falha na publicidade do ato administrativo evidenciada – Edital que não identifica o condutor infrator – Nulidade do ato administrativo de cassação da permissão para dirigir-PPD da reclamante é medida que se impõe – Sentença de improcedência reformada. Recurso da reclamante conhecido e provido.

*(TJPR – Rec. Inominado n. 0008750-93.2022.8.16.0035 – 4a. T. Rec. – Ac. unânime – Rel.: Juiz **Marco Vini-
cius Schiebel** – Fonte: DJ, 25.09.2023).*

É lícito o indeferimento de licença sem vencimentos para tratar de interesse particular por falta de efetivo e de interesse público

Recurso inominado. Ação declaratória c/c cobrança. Fazenda pública. Sentença de improcedência. Insurgência recursal da parte autora. Servidor público estadual. Policial militar. Pedido de licença sem vencimentos para tratar de interesse particular. Inteligência do artigo 137, da Lei nº 1.943/54. Indeferimento em razão da necessidade do serviço. Falta de efetivo. Ato administrativo discricionário. Conveniência e oportunidade da administração pública. Ausência de provas aptas a sobrepor o interesse particular sobre o interesse público. Ilegalidade do indeferimento administrativo não verificada. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Artigo 46, da Lei n.º 9.099/95. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR – Rec. Inominado n. 0005279-26.2021.8.16.0190



– 4a. T. Rec. – Ac. unânime
– Rel.: Juiz **Leo Henrique Furtado Araújo** – Fonte: DJ, 25.09.2023).

Classificação fora do número de vagas ofertadas em concurso público afasta o direito subjetivo à nomeação

Decisão monocrática – Juizado Especial da Fazenda Pública – Ação de obrigação de fazer – Concurso público – Cargo de professor – Edital n. 17/2013 SEED – Classificação fora do número de vagas ofertadas – Contratação temporária (PSS) – Alegação de preterição – Inexistência de direito subjetivo – Observância da ordem de classificação – Mera expectativa de direito à nomeação – Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. Com arrimo no artigo 932 do Código de Processo Civil, em liame com a Súmula sob o nº 568 do Superior Tribunal de Justiça e na forma estabelecida do artigo 12, inciso XIII, do Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais deste Tribunal, os quais permitem ao relator dar prosseguimento ao recurso quando houver entendimento domi-

nante acerca do tema, passo a julgar monocraticamente o caso abordado nos autos. (TJPR – Rec. Inominado n. 0017939-76.2021.8.16.0182 – 4a. T. Rec. – Dec. Monocrática – Rel.: Des. **Marco Vinicius Schiebel** – Fonte: DJ, 30.01.2024).

Quando atendidos todos os requisitos legais, é ilegal o ato de não concessão de progressão funcional de servidor público

Decisão monocrática recurso inominado. Direito Constitucional e Administrativo. Ação de cobrança. Servidora pública municipal. Promoção vertical. Lei Municipal nº 3.800/2004. Cumprimento dos requisitos estipulados em lei municipal. Direito subjetivo que independe da existência de vagas no nível progredido. Ato vinculado. Poder regulamentar que não pode atuar na restrição de direitos. Implementação da benesse que independe de previsão orçamentária. Tese firmada em recurso especial repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (tema 1.075). Violação dos poderes. Inexistência. Medida assecuratória de direito fundamental. Senten-

ça mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR – Rec. Inominado n. 0024368-23.2022.8.16.0021 – 6a. T. Rec. – Dec. Monocrática – Rel.: Juiz **Haroldo Demarchi Mendes** – Fonte: DJ, 03.10.2023).

CIVIL

Adquirente que, sem motivo justificado, se recusa a receber o imóvel deve assumir as despesas condominiais a partir do momento em que as chaves ficaram disponíveis

Agravo de Instrumento. Ação de consignação de chaves. Compra e venda de imóvel. Vendedor que não logrou êxito em localizar o comprador para a entrega das chaves. Consignação judicial visando suspender a obrigatoriedade do consignante em pagar as taxas condominiais e o IPTU. Pedido indeferido. Decisão agravada reformada. Autorização para depósito judicial das chaves do imóvel. Adquirente que deve arcar com as despesas de condomínio e IPTU a partir do momento no qual as chaves estiverem à sua disposição,



no caso de recusa ilegítima. Recurso provido. “A recusa em receber as chaves constitui, em regra, comportamento contrário aos princípios contratuais, principalmente à boa-fé objetiva, desde que não esteja respaldado em fundamento legítimo”. (STJ, REsp n. 1.847.734/SP, DJe de 31/3/2022). (TJPR – Ag. de Instrumento n. 0019936-87.2023.8.16.0000 – 1a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** – Fonte: DJ, 03.10.2023).

Juros remuneratórios consignados acima da taxa média de mercado não são abusivos

Apelação cível. Ação revisional de taxa anual de juros com restituição dos valores pagos a maior. Empréstimo pessoal. Sentença de parcial procedência. Prejudicial de mérito. Prescrição. Inocorrência. Demanda de caráter pessoal. Prescrição decenal. Incidência do art. 205 do Código Civil de 2002. Mérito. Juros remuneratórios. Abusividade caracterizada. Taxa pactuada que supera o dobro da taxa média divulgada pelo Bacen à época da contratação. Pedido subsidiário de

fixação da taxa de juros ao percentual equivalente a uma vez e meia a taxa média de mercado. Impossibilidade. Repetição do indébito devida. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido. (TJPR – Ap. Cível n. 0036543-49.2022.8.16.0021 – 13a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Fabio André Santos Muniz** – Fonte: DJ, 15.09.2023).

Condomínio é responsável por indenizar devido a alagamento causado pela falta de manutenção das calhas e da estrutura de escoamento

Recurso inominado. Alagamento em imóvel. Impossibilidade de denúncia à lide. Desnecessidade de realização de prova pericial. Ausência de manutenção das calhas e de toda a estrutura existente para escoamento pluvial. Impossibilidade de exclusão da responsabilidade do condomínio sob o argumento de fortes chuvas. Danos materiais comprovados. Ofensa a direitos da personalidade não demonstrada. Ausência de danos morais. Sentença mantida. Recursos não providos.

(TJPR – Rec. Inominado n. 0036190-11.2022.8.16.0182 – 5a. T. Rec. – Ac. unânime – Rel.: Juíza **Camila Henning Salmoria** – Fonte: DJ, 23.10.2023).

Não há dano moral proveniente de anotação irregular de proteção de crédito quando preexistente inscrição legítima

Responsabilidade civil. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por dano moral. Sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais. Recurso de ambas as partes. Pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso do réu. Suspensão por força legal. Ausência de interesse recursal. Ausência de prova acerca da regularidade da contratação. Inscrição indevida. Dano moral. Impossibilidade de condenação. Aplicabilidade da Súmula 385 do STJ. Anotação preexistente. Redistribuição dos honorários advocatícios sucumbenciais. Sentença parcialmente reformada. Apelação (1) do réu. Conhecida em parte e, na parte conhecida parcialmente provida. Apelação (2)



da autora. Conhecida e não provida.

(**TJPR** – Ap. Cível n. 0015318-33.2022.8.16.0001 – 10a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Albino Jacomel Guerios** – Fonte: DJ, 09.10.2023).

Sendo regular a contratação do cartão de crédito consignado, é impossível a procedência da ação que visa a inexistência do desconto em folha

Direito civil. Ação declaratória de nulidade/inexistência de desconto em folha de pagamento c/c de danos morais com pedido incidental de exibição de documentos. 1. Preliminar de contrarrazões. Ofensa do princípio da dialeticidade. Inocorrência. 2. Cartão de crédito consignado. Contratação pela parte autora devidamente demonstrada. Ciência inequívoca dos termos do contrato. Contratação comprovada. Informação adequada sobre o funcionamento do empréstimo por cartão consignado. Apelação não provida. (**TJPR** – Ap. Cível n. 0020982-31.2021.8.16.0017

– 15a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Juiz Subst. **Luciano Campos de Albuquerque** – Fonte: DJ, 07.10.2023).

PROCESSO CIVIL

É válida a citação por meio de aplicativo de mensagem

Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Citação da parte executada. Mensagem via aplicativo Whatsapp. Validade no caso concreto. Confirmação de titularidade do número de telefone pela executada. Confirmação dos demais dados comerciais constantes no aplicativo. Tentativa de frustração da citação pela executada. Demais meios de citação igualmente infrutíferos. Obstáculos apresentados pela devedora. “(...) É válida a citação pelo aplicativo de mensagens WhatsApp, quando o recebimento da mensagem for certificado nos autos e o citando não lograr demonstrar que não é titular do número para o qual o mandado foi enviado. 3. Agravo de instrumento parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” (TJPR – 15ª Câmara Cível –

0008830-31.2023.8.16.0000 – Maringá – Rel.: Desembargador Luiz Carlos Gabardo – J. 13.05.2023). Recurso conhecido e provido.

(**TJPR** – Ag. de Instrumento n. 0021088-73.2023.8.16.0000 – 15a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Shiroshi Yendo** – Fonte: DJ, 08.07.2023).

Recorrente poderá, a qualquer tempo, desistir do recurso

Superveniente desistência recursal. Recurso inominado extinto, sem resolução do mérito. 1. Após o processamento do recurso inominado, o recorrente requereu a desistência (mov. 13.1). 2. Dispõe o artigo 998 do Código de Processo Civil que: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.” 3. Assim, julgo extinto o recurso, sem resolução de mérito.

(**TJPR** – Rec. Inominado n. 0003618-72.2023.8.16.0018 – 2a. T. Rec. – Dec. Monocrática – Rel.: Juiz **Helder Luis Henrique Taguchi** – Fonte: DJ, 16.10.2023).



Atos processuais devem ser públicos, salvo exceções estabelecidas na legislação

Agravo interno. Exercício de retratação em agravo interno anteriormente interposto. Segredo de justiça. Pedido de decretação. Rejeição. Matéria não contemplada no rol do art. 189, do Código de Processo Civil. Decisão mantida. 1. A despeito de o art. 189, do Código de Processo Civil, conter rol meramente exemplificativo, consoante orientação que prevalece na jurisprudência, a aplicação de segredo de justiça para situações diversas das elencadas na legislação exige demonstração de possibilidade de violação à “[...] intimidade da parte (CF, art. 5º, X), ao sigilo de dados (CF, art. 5º, XII), o resguardo de informações necessário ao exercício profissional (CF, art. 5º, XIV) ou para atender a interesse público, relacionado à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII)” (REsp n. 1.082.951/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe de 17/08/2015). 2. Agravo in-

terno conhecido e não provido.

(*TJPR – Ag. Interno n. 0023251-23.2023.8.16.0001 – 15a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. Luiz Carlos Gabardo – Fonte: DJ, 11.10.2023*).

Princípio da dialeticidade exige que a parte recorrente não se limite a repetir os argumentos da inicial ou da defesa

Decisão monocrática agravo de instrumento – Pedido de remoção de inventariante – Recondução da meeira ao encargo – Decisão que não conhece do pedido de reconsideração – Insurgência da herdeira. Recurso que não impugna especificamente os fundamentos da decisão – Razões recursais que buscam a reforma da decisão que removeu a agravante da inventariança, deixando de atacar os fundamentos da decisão que não conheceu do pedido de reconsideração – Inobservância do princípio da dialeticidade, insculpido no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido. Não comporta conhecimento o recurso que não manifesta

oposição aos fundamentos da decisão, desatendendo ao que se denomina princípio da dialeticidade e à norma contida no art. 1.016, inciso III, do Código de Processo Civil.

(*TJPR – Ag. de Instrumento n. 0090302-54.2023.8.16.0000 – 12a. Câm. Cív. – Dec. Monocrática – Rel.: Des. Gil Francisco de Paula Xavier F. Guerra – Fonte: DJ, 10.10.2023*).

Na hipótese de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito, torna-se vital a remoção imediata, desde que preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC

Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de débitos c/c indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência. Inscrição indevida. Decisão que indeferiu o pedido liminar para suspender a inscrição do nome do requerente dos cadastros de proteção ao crédito. Recurso do autor. Devido preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo artigo 300 do Código de Processo Civil. Reforma



da decisão agravada a fim de conceder a tutela de urgência para exclusão do nome do demandante dos cadastros de restrição de crédito sob pena de multa diária. Recurso conhecido e provido.

(TJPR – Ag. de Instrumento n. 0039439-94.2023.8.16.0000 – 10a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Juiz Subst. Alexandre Kozechen – Fonte: DJ, 09.10.2023).

CRIMINAL

É impossível a remição de pena por trabalho remoto

Agravo em execução. Decisão que indeferiu pedido de detração da pena em razão do período de prisão domiciliar e de remição por trabalho na modalidade home office. Insurgência da defesa. 1) Pleito de reconhecimento do período integral da prisão domiciliar para a detração penal. Acolhimento. Possibilidade de readequação do cálculo pelo juízo da execução. Tema repetitivo n.º 1.155, do STJ. 2) Remição pelo trabalho remoto. Desacolhimento. Inexistência da devida fiscalização e controle da

jornada de trabalho. Precedentes do STJ e desta corte. Recurso parcialmente provido, para determinar que o juízo da execução realize a readequação do cálculo da detração dos dias de prisão domiciliar.

(TJPR – Ag. em Execução n. 4000849-89.2023.8.16.0190 – 1a. Câm. Crim. – Ac. unânime – Rel.: Des. Miguel Kfoury Neto – Fonte: DJ, 06.10.2023).

Ainda que inexistente a autorização judicial, é lícita a prova obtida por meio de aplicativo de mensagem acessado em celular apreendido

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Artigo 33, caput, 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06. Sentença condenatória. Recurso da defesa. Preliminar. Nulidade da prova. Acesso a mensagem do telefone celular, prova subsequente derivada da primeira. Nulidade da prova reconhecida. Dependência entre as provas obtidas ilícitamente, devendo incidir a teoria do fruto da árvore envenenada ou prova ilícita por derivação. Violação pelos policiais de conteúdo

de Whatsapp durante a abordagem policial. Ausência de outras provas lícitas, prévias e independentes. Ilícitude da prova, nos termos do artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal. Sentença reformada para fins de absolver o apelante com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, com extensão de ofício para os corréus Jean Patrick Gardin e Alessandro dos Santos, com fundamento no artigo 580 do Código de Processo Penal. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. 2. No caso dos autos, os policiais realizaram a busca pessoal e veicular nada de ilícito sendo encontrado. Conduta típica desvendada somente pelo fato do acesso as mensagens do telefone celular do codenunciado não recorrente, provas derivadas são dependentes das provas declaradas ilícitas, artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal. 3. Violação da sua intimidade reconhecida, artigo 5º, LVI, da Constituição Federal. Recurso conhe-



cido e provido, com medida de ofício aos corréus.

(*TJPR – Ap. Criminal n. 0002272-30.2015.8.16.0095 – 4a. Câm. Crim. – Ac. unânime – Rel.: Des. Pedro Luís Sanson Corat – Fonte: DJ, 22.06.2023*).

Não se aplica a benesse do tráfico privilegiado a réu reincidente

Tráfico de drogas. Art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Sentença condenatória. 1) – justiça gratuita. Matéria afeta ao juízo da execução. Precedentes. Não conhecimento. 2) – Pena. A) – Segunda fase. Pleito de exclusão da compensação entre confissão espontânea e reincidência. Descabimento. Agravante e atenuante caracterizadas. Compensação mantida. B) – Terceira fase. Aplicação do tráfico privilegiado na fração máxima (2/3). Impossibilidade. Réu não primário. Carga penal confirmada. C) – Quantum fixado que impossibilita a fixação do regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. 3) – Honorários advocatícios. Fixação pela atuação do defensor dativo

em fase recursal. Remuneração estabelecida com fulcro em tabela prevista na resolução conjunta nº 015/2019 – PGE/SEFA. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido, com fixação de honorários advocatícios.

(*TJPR – Ap. Criminal n. 0003075-50.2022.8.16.0165 – 4a Câm. Crim. – Ac. unânime – Rel.: Des. Sonia Regina de Castro – Fonte: DJ, 03.07.2023*).

Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que descumprir, no regime aberto, as condições impostas

Agravo em execução. Falta grave. Reiterado descumprimento da condição de comparecer mensalmente ao complexo penal para informar e justificar suas atividades, mesmo depois de imposta anterior sanção de advertência. Regressão do regime prisional, do aberto para o semiaberto, na mesma oportunidade harmonizado. Motivos invocados pelo reeducando que não são aptos a afastar as consequências das suas condutas. Inteligência dos arts. 50, inciso V, e 118, inciso i, da Lei de Execução

Penal. Proporcionalidade na perda de dias remidos. Decisão escorreita. Precedentes deste tribunal de justiça. Recurso não provido.

(*TJPR – Ag. em Execução n. 4000112-78.2023.8.16.0031 – 1a. Câm. Crim. – Ac. unânime – Rel.: Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira – Fonte: DJ, 15.09.2023*).

Não pode a lei nova retroagir em desfavor do réu

Apelação criminal – Réu denunciado por homicídio e lesão corporal dolosos (dolo eventual) na direção de veículo automotor (artigo 121, §2º, inciso III e artigo 129, §1º, inciso I, ambos do Código Penal) – Desclassificação na sentença – Condenação por homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor sob a influência de álcool (CTB, artigo 302, §3º e art. 303, §2º) – Condenação com base em alteração legislativa posterior à data do fato descrito na denúncia – Ofensa aos princípios da irretroatividade da lei penal e legalidade – Nulidade da sentença – Reconhecimento de ofício – Análise do mérito do recurso de apelação prejudicada.



(**TJPR** – Ap. Criminal n. 0004471-68.2017.8.16.0058 – 1a Câm. Criminal – Ac. unânime – Rel.: Juiz Subst. **Sergio Luiz Patitucci** – Fonte: DJ, 15.09.2023).

TRIBUTÁRIO

Ausente a prestação de serviço, não há devida cobrança de ISS-fixo

Agravo de Instrumento. Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. ISS-fixo. Profissional autônomo. Corretora de seguros. Lançamento do ISS nos anos de 2015, 2016 e 2017. Impossibilidade. Ausência de prestação serviço. Lançamentos realizados de acordo com as informações constantes do cadastro municipal. Presunção relativa da ocorrência do fato gerador. Presunção passível de ser afastada. Hipótese dos autos. Conjunto probatório suficiente a demonstrar a não ocorrência do fato gerador. Crédito tributário inexistente. Exceção de pré-executividade acolhida. Extinção execução fiscal. Sucumbência. Resistência à pretensão da excipiente. Sucumbência. Ônus sucum-

benciais do município agravado. Recurso provido.

(**TJPR** – Ag. de Instrumento n. 0050418-52.2022.8.16.0000 – 3a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Eduardo Casagrande Sarrão** – Fonte: DJ, 23.05.2023).

Poder Judiciário não possui a atribuição de reter o imposto de renda sobre os valores levantados mediante a expedição de alvará judicial

Apelação cível. Agravo de instrumento. Embargos à execução. Expedição de alvará para levantamento de honorários advocatícios. Ordem de retenção de contribuição previdenciária e tributos. Caso concreto. Impossibilidade. Incompetência do Poder Judiciário. Art. 35, da Resolução n.º 303/2019, do Conselho Nacional de Justiça. Decisão reformada. 1. De acordo com a Resolução n.º 303/2019, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário não é responsável tributário pela retenção do imposto de renda incidente sobre valores levantados mediante expedição de alvará judicial.2.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

(**TJPR** – Ap. Cível n. 0051016-06.2022.8.16.0000 – 15a. Câm. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** – Fonte: DJ, 28.11.2022).

No concurso contra devedor solvente deve ser observada a preferência dos créditos decorrentes da legislação independentemente de prévia execução

Execução de título extrajudicial. Decisão que estabeleceu a ordem de preferência para recebimento do crédito obtido com arrematação de bens do executado. Insurgência do exequente ao argumento de que a Fazenda Pública, inserida na preferência ao débito executado, deveria comprovar anterior ajuizamento de execução fiscal e penhora. Caso concreto em que, inexistindo créditos de ordem trabalhista ou com direito real de garantia, reconhece-se o privilégio do crédito tributário ao do exequente, sendo desnecessária prévia execução fiscal e penhora. Precedente



do Superior Tribunal de Justiça. Recurso não provido. (TJPR – Ag. de Instrumento n. 0034552-67.2023.8.16.0000 – 15a. Câ. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** – Fonte: DJ, 07.10.2023).

Crédito tributário prefere ao crédito condominial

Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de taxas condominiais em fase de cumprimento de sentença. Decisão de primeiro grau que fixou a ordem de preferência dos créditos e reconheceu a preferência do crédito tributário, sobre os demais. Concurso de credores. Preferência do crédito tributário absoluta e que in-

depende de prévia penhora. Inteligência do art. 186 do Código Tributário Nacional. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da câmara neste sentido. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR – Ag. de Instrumento n. 0041409-66.2022.8.16.0000 – 9a. Câ. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Arquelau Araujo Ribas** – Fonte: DJ, 31.01.2023).

Extinção do crédito tributário ocorrerá apenas quando da conversão do depósito em renda em favor da União

Apelação cível – Ação de regresso – Sentença de improcedência. Documentos apresentados apenas em

sede de apelação – Inovação recursal – Ausência de justificativas quanto à sua não apresentação na origem – Documentos não conhecidos. Não demonstração de danos – Ausência de comprovação de conversão da penhora em renda em favor da União nos autos de execução fiscal – Mera constrição de valores que não detêm o condão de quitar o crédito tributário – Art. 156, vi do CTN c/c art. 32, § 2º da Lei 6.830/80 – Não configurada sub-rogação a ser reclamada. Apelação cível a que se nega provimento. (TJPR – Ap. Cível n. 0000103-32.2013.8.16.0001 – 9a. Câ. Cív. – Ac. unânime – Rel.: Des. **Alexandre Barbosa Fabiani** – Fonte: DJ, 16.04.2023).



**Presente
na vida de
milhares de
famílias**

**HÁ 40
ANOS**



Parece que foi
ontem, mas a Garante
transforma a realidade
de condomínios e o dia a dia de milhares
de condôminos e suas famílias desde 1981.

garante

condomínios

Garantia de receita
e tranquilidade

Cobrança de taxas condominiais
com **garantia de recebimento**

STF

SÚMULA VINCULANTE 58

IPI

Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade.

SÚMULA VINCULANTE 57

E-book e e-readers

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.

SÚMULA VINCULANTE 56

Regime prisional mais gravoso

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

SÚMULA VINCULANTE 55

Servidor inativo

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

SÚMULA VINCULANTE 54

Medida provisória

A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.

STJ

SÚMULA 665

Processo administrativo disciplinar

O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

SÚMULA 664

Crimes de trânsito

É inaplicável a consumção entre o delito de embriaguez ao volante e o de condução de veículo automotor sem habilitação.



SÚMULA 663

Servidor público civil

A pensão por morte de servidor público federal pode ser concedida ao filho inválido de qualquer idade, desde que a invalidez seja anterior ao óbito.

SÚMULA 662

Execução penal

Para a prorrogação do prazo de permanência no sistema penitenciário federal, é prescindível a ocorrência de fato novo; basta constar, em decisão fundamentada, a persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso.

SÚMULA 662

Perícia no celular

A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais.

TJPR

SÚMULA 84

Senai

A competência para o processamento e julgamento das ações de cobrança das contribuições instituídas pelo Decreto-Lei 4.048/1942 – promovidas pelo SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial é da Justiça Estadual.

SÚMULA 83

Reclamação

Julgada procedente a Reclamação, ajuizada com fundamento no Código de Processo Civil, o Tribunal cassará a decisão exorbitante proferida e determinará que o órgão originário profira nova decisão em observância ao precedente indicado pelo acórdão, não sendo cabível o julgamento da causa em seu mérito pelo Tribunal.

SÚMULA 82

Intimação de sentença

Observadas as regras do artigo 392 do CPP, a intimação da sentença se fará, alternativamente, ao réu ou ao seu defensor constituído quando se livrar solto ou sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança, ressalvada a necessidade de dupla intimação para os casos em que lhe for nomeado defensor dativo ou defensor público.

SÚMULA 81

FGTS

É devido o pagamento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aos empregados públicos que exerceram cargos em comissão cujos contratos tenham sido declarados nulos nos termos do artigo 37, § 2º da Constituição Federal.



SÚMULA 80

Responsabilidade solidária

A Fiat Automóveis S/A é solidariamente responsável pelos prejuízos causados aos consumidores decorrentes de contratos de consórcio irregulares firmados pela concessionária Fieltec Comércio de Veículos até 9 de julho de 2010, independentemente do pagamento após esse marco temporal.

SÚMULA 79

Concurso público

As questões de nº 11 e 15 (equivalentes à 12 e 19, variando de acordo com o cartão resposta) do Concurso Público para Agente Penitenciário do Estado do Paraná, regido pelo Edital nº 16/2013, são legais e estão de acordo com os parâmetros estabelecidos em edital.

SÚMULA 78

Semiaberto harmonizado

Não caracteriza progressão de regime “per saltum”, a concessão de regime semiaberto harmonizado, nos termos da Súmula 56/STF.

SÚMULA 77

Execução

A competência para a execução, nos casos de regime semiaberto harmonizado, é do Juízo da Comarca da residência do apenado.

SÚMULA 76

Conclusão do ensino médio

O participante do ENEM, interessado em obter certificado de conclusão do ensino médio, deve possuir idade mínima de 18 (dezoito) anos na data da realização da primeira prova de cada edição do exame.

Súmula 75

Licença-maternidade

O disposto no art. 2º da Lei nº 11.770/2008, referente à licença-maternidade, não é autoaplicável, condicionando-se à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora pública.

SÚMULA 74

Escrivão

A prescrição da pretensão de execução das custas processuais pelo Escrivão tem início na data do trânsito em julgado da sentença ou, tratando-se de processo físico, da baixa dos autos, com sua ciência inequívoca.

SÚMULA 73

Financiamento de veículo

É válida a pactuação expressa de repasse ao consumidor do custo referente à tarifa de registro do contrato de financiamento de veículo com cláusula de garantia fiduciária, desde que não se mostre abusivo o valor.



SÚMULA 72

Serventia estatizada

É cabível a condenação da Fazenda Pública estadual ao pagamento das custas processuais nos casos em que a serventia for estatizada, não havendo que se falar em confusão patrimonial.

SÚMULA 71

Débito condominial

Em caso de débitos condominiais, não havendo índice estipulado pelas partes, deve ser adotado para o cálculo de débitos judiciais a correção monetária pelo INPC.

SÚMULA 70

Juizado Especial da Fazenda Pública

O Ministério Público, na qualidade de substituto processual, possui legitimidade extraordinária para ajuizar perante o Juizado Especial da Fazenda Pública ações que objetivem o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde para pessoas que não possuam condições financeiras de custeá-los, desde que atendido o limite de quarenta salários mínimos fixado pela Resolução nº 10/2010 do Órgão Especial, cuja verificação deve se dar nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.153/2009.

SÚMULA 69

Princípio da identidade física do juiz

O Magistrado que presidiu a instrução criminal vincula-se ao feito, de acordo com o princípio da identidade física do juiz, mesmo que voluntariamente removido para outra Vara da mesma Comarca.

SÚMULA 68

Dano moral coletivo

Em ação de indenização por dano moral ambiental individual, o dano moral coletivo previamente reconhecido não dispensa a exposição, na petição inicial, dos fatos e do direito em que se assenta a pretensão, na forma do art. 282, III, do CPC, c/c com o art. 186 e artigo 927, ambos do Código Civil.

SÚMULA 67

Embargos de Declaração

É tempestivo o recurso interposto antes da publicação oficial da decisão recorrida ou da decisão que a mantiver em sede de Embargos de Declaração, exigindo-se ratificação das razões recursais somente em caso de alteração do julgado no âmbito aclaratório.



SÚMULA 66

Insalubridade

A gratificação por exercício do trabalho em local considerado insalubre, prevista para os integrantes do Poder Executivo do Estado do Paraná, é devida em percentual sobre a tabela do Quadro Geral do Estado até o advento da Lei 13.666/2002, momento em que passa a ter valor fixo, correspondente ao percebido pelo servidor na data de sua publicação.

SÚMULA 65

Vantagem pecuniária do servidor

A Gratificação de Tempo de Serviço percebida por Policial Militar do Estado do Paraná, deve ser calculada apenas sobre o soldo do respectivo posto ou graduação, nos exatos termos do disposto no art. 19 da Lei Estadual 6.417/1973, com alteração dada pela Lei Estadual 13.805/2002, e em consonância com o disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, que veda a superposição de vantagens pecuniárias de servidores públicos (“efeito cascata”).

SÚMULA 64

Serviços notariais e de registro

Nas ações de indenização em decorrência de atos praticados pela prestação de serviços notariais e de registro, as serventias extrajudiciais não possuem legitimidade passiva “ad causam”, mas responderão os titulares, inclusive por atos de seus prepostos, assegurando-se o direito de regresso no caso de dolo ou culpa, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.935/94.

SÚMULA 63

Cancelada

SÚMULA 62

Sistema Financeiro da Habitação

Nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, em que seja estipulado o pagamento da dívida em prestações periódicas, o termo inicial a ser considerado para o prazo prescricional é o vencimento de cada parcela, e não a última parcela do contrato.

SÚMULA 61

Faturização

Nas ações em que se discutem o contrato de faturização (fomento mercantil ou factoring), em razão da sua natureza mercantil, a competência é das câmaras residuais. Entretanto, se houver discussão a respeito de título executivo extrajudicial dado em garantia daquela operação, a competência será das câmaras de título executivo extrajudicial, ainda que cumulado com pedido de indenização.

SÚMULA 60

Competência material

Ainda que tenha recurso anterior distribuído a este Tribunal de Justiça, a regra é no sentido de que a competência em virtude da matéria deve prevalecer sobre a prevenção.



COLEÇÃO DIREITO Condominial



ADQUIRA AGORA
ATRAVÉS DO
QR CODE

CONSELHO

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE

Jederson Suzin

DIRETOR

Joatan Marcos de Carvalho

EDITOR-CHEFE

Luiz Fernando de Queiroz

MEMBROS

Alberto Junior Veloso

Clayton de Albuquerque Maranhão

José Sebastião Fagundes Cunha

Rogério de Vidal Cunha

Rosana Andriquetto de Carvalho

EDITORES EXECUTIVOS

Albino de Brito Freire

Ana Lúcia Lourenço

Anita Zippin

Clèmerson Merlin Clève

Denise Hammerschmidt

Edson Ferreira Freitas

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Fernando Antônio Prazeres

Frederico Mendes Júnior

José Laurindo de Souza Netto

Laurentino Gomes

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Roberto Portugal Bacellar

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Antônio César Bochenek

Universidade Estadual de
Ponta Grossa

Cláudia Lima Marques

Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Fábio Dutra

Escola Nacional da
Magistratura – IMB

Francisco de Oliveira Cardoso

Centro Universitário de
Curitiba

Gregório Assagra de Almeida

Universidade de Itaúna

Hermes Zanetti Júnior

Universidade Federal do
Espírito Santo

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do
Sul

Ilton Garcia da Costa

Universidade Estadual do
Norte Pioneiro

Ives Gandra da Silva Martins

Universidade Mackenzie

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do
Sul

Jean Carlos Dias

Centro Universitário do Pará

Jorge de Oliveira Vargas

Centro Universitário do
Brasil



Juarez Cirino dos Santos

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Luiz Edson Fachin

Universidade Federal do Paraná

Manoel Caetano Ferreira Filho

Universidade Federal do Paraná

Marco Félix Jobim

Centro Universitário Lasalle

Rafael Padilha dos Santos

Universidade do Vale do Itajaí

René Ariel Dotti

“in memoriam”
Universidade Federal do Paraná

Ricardo Hasson Sayeg

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sérgio Luiz Kukina

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Soraya Regina Gasparetto

Lunardi

Universidade Estadual Paulista

Teresa Arruda Alvim

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Wagner Menezes

Universidade de São Paulo

Wallace Paiva Martins

Júnior

Universidade Católica de Santos

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Adriana Orocú Chavarria

Universidad Nacional de Costa Rica | Costa Rica

Alex Sander Xavier Pires

Universidade Autónoma de Lisboa | Portugal

Antonio A. Martino

Universidades de Pisa e Nacional de Lanus | Itália

Asdrúbal Aguiar

Aranguren

Universidade Central da Venezuela | Venezuela

Bernabel Moricete Fabián

Escuela Nacional de Magistratura | República Dominicana

Edwin Figueroa Gutara

Universidad San Martin de Porre | Peru

Francisco Chico Cepeda

Universidad de Girona | Colômbia

Francisco Dario Lobo

Lara

Universidade de Honduras | Honduras

Francisco Miranda

Molina

Universidad Nacional de San Agustín | Peru

Gerardo Eto Cruz

Universidad Nacional de Trujillo | Peru

Guillermo Orozco Pardo

Universidad de Granada | Espanha

Krúpskaya Ugarte

Boluarte

Universidad Nacional San Marco | Peru

Mário Ângelo Leitão

Frota

Associação Portuguesa de Direito do Consumo | Portugal



PARECERISTAS PERMANENTES

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Brenda Guisela Alvarado Urbina

Universidad San Carlos | Guatemala

Bruno Augusto Sampaio Fuga

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Diego Nunes

Universidade Federal de Santa Catarina

Dierle Nunes

Universidade Federal de Minas Gerais

Edgardo Torres Lopez

Escola da Magistratura do Peru

Eduardo Arruda Alvim

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Francisco Artemio Távora Córdova

Universidad Nacional de Trujillo | Peru

Guillermo Orozco Pardo

Universidad de Granada | Espanha

Gustavo Rabay

Universidade Federal da Paraíba

José Eduardo de Resende Chaves Junior

Universidade Federal de Minas Gerais

José Maurício de Lima

Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

José Palomino Manchego

Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Peru

Juan Marcelino González Garcete

Universidad Nacional de Asunción – Paraguai

Luis Andres Cucarella Galiana

Universidad de Valência – Espanha

Marco Antonio Baldivieso Jlénes

Bolívia

Manuel Alejandro Pérez Vallej

Universidad Católica de Colômbia

Miguel Angel Martin Tortabu

Universidad Católica de Venezuela

Nagib Slaibi Filho

Diretor da Escola Nacional da Magistratura | Univ. Salgado Filho

Luciene Dal Ri

Universidade do Vale do Itajaí

Luiz Rodrigues Wambier

Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Marcos Noboru Hashimoto

Universidade Estadual de Maringá

Ricardo Gagliano Herani

Faculdade Autônoma de Direito

Roberto Pagés Lloveras

Universidad Católica de Cuyo | Argentina

Rodrigo Pires da Cunha Boldrini

Rosa María Virolés Piñol Espanha

Samuel Sales Fonteles

Sérgio Augusto Pereira Borja

Universidade Federal do Rio Grande do Sul



CONSELHO FISCAL

Presidente

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

Membros

Cíntia Graeff

Denise Terezinha Corrêa de Melo

Eduardo Villa Coimbra Campos

Elisa Matiotti Polli

Fernanda Monteiro Sanches

Horacio Ribas Teixeira

Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro

Patricia Reinert Lang

Patricia Roque Carbonieri

Priscila Soares Crocetti

Sandra Lustosa Franco

Tatiane Bueno Gomes

William George Nichele Figueroa

SEDES

Foz do Iguaçu

Diretor

Ederson Alves

Vice-Diretor

Alexandre Waltrick Calderari

Guaratuba

Diretor

João Maria de Jesus Campos Araujo

Vice-Diretor

Marco Antonio da Cunha Araújo

Londrina

Diretor

Elias Duarte Rezende

Maringá

Diretor

Antonio Mansano Neto

Vice-Diretor

José Camacho Santos

Piraquara

Diretor

Davi Pinto de Almeida

Vice-Diretor

João Vicente de Oliveira

Ponta Grossa

Diretora

Noeli Salete Tavares Reback

JUDICEMED

Presidente

Jederson Suzin

Vice-Presidente

Luciano Carrasco Falavinha Souza

Diretor Financeiro

Luís Carlos Xavier

Diretor Administrativo

Diego Santos Teixeira

Conselho Fiscal

Presidente

Fernando Wolff Bodziak

Membros

José Candido Sobrinho

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

Suplente

Fabricio Voltare



CONSELHO GESTOR

Presidente

Nilson Mizuta

Membros

Antonio Loyola Vieira

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Superintendente

Anna Carolina Miranda Petry Soares

EMAP

Diretor Geral

Oswaldo Canela Junior

Supervisora Pedagógica

Rafaela Mattioli Somma

Coord. Geral de Cursos

Alberto Junior Veloso

Coord. Curso externo e ead

Mario Augusto Quinteiro Celegatto

Membros

Antonio Evangelista de Souza Netto

Marcelo Quentin

Curitiba

Diretora

Carolina Fontes Vieira

Vice-Diretor

Diego Paolo Barausse

Cascavel

Diretor

Oswaldo Alves da Silva

Vice-Diretor

Rodrigo Rodrigues Dias

Foz do Iguaçu

Diretor

Wendel Fernando Brunieri

Vice-Diretor

Rodrigo Luis Giacomini

Londrina

Diretor

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

Vice-Diretor

Rodrigo Afonso Bressan

Maringá

Diretor

Claudio Camargo dos Santos

Vice-Diretora

Carmen Lucia Rodrigues Ramajo

Ponta Grossa

Diretora

Laryssa Angelica Copack Muniz

Vice-Diretora

Heloísa da Silva Krol Milak



ENVIE SEU ARTIGO

PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO DA
REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ



Até o dia
10 ABRIL
2024

REVISTA COM
CONCEITO QUALIS B4

MAIS INFORMAÇÕES: [✉ juridico@bonijuris.com.br](mailto:juridico@bonijuris.com.br) [☎ 41 2169 5714 \(whatsapp\)](https://wa.me/554121695714)



40
anos

EMAP
ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

Bonijuris
editora



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
MAGISTRADOS
DO PARANÁ