

**Revista Brasileira de  
Direito e Justiça**

---

**Brazilian Journal of  
Law and Justice**

---

**V.5, Janeiro/Dezembro 2021**

*Editora*  
**UEPG**

**Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)/Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)** Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Reitor da Universidade Estadual de Ponta Grossa: Miguel Sanches Neto

Diretor do Setor de Ciências Jurídicas: Vanderlei Schneider de Lima

Diretora da Editora UEPG: Beatriz Gomes Nadal

EDITOR-CHEFE: Fabrício Bittencourt da Cruz, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

COEDITORES: Evaristo Tomasoni Neto e Laise Milena Barbosa, ambos da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil.

EDITORES ASSOCIADOS: Susan Mary Uttley-Evans, University of Central Lancashire, Reino Unido; Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos.

EDITORES ASSISTENTES: Alexandre Almeida Rocha, Dircéia Moreira, Jeaneth Nunes Stefaniak, Jefferson Marcos Biagini Medina, Kleber Cazzaro, Murilo Duarte Costa Corrêa, Zilda Maria Consalter, todos da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO (Avaliadores e Consultores Externos Permanentes):

Alberto Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil

Alexandre Moraes da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Universidade de São Paulo, Brasil

Ana Paula Goncalves Pereira de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Andityas Soares de Moura Costa Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, Estados Unidos

Arthur H. P. Régis, Faculdade Processus, Brasil

Caio Mario da Silva Pereira Neto, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil

Cielo Mariño Rojas, Universidad Externado de Colombia, Colômbia

Daniel Braga Lourenço, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Danielle Teti Rodrigues, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil

Edson Damas da Silveira, Universidade do Estado do Amazonas, Brasil

Elizania Caldas Faria, Faculdade Campo Real, Brasil

Esteban Restrepo Saldarriaga, Universidad de Los Andes, Colômbia

Evandro Charles Piza Duarte, Universidade de Brasília, Brasil

Fabiana Del Padre Tomé, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil

Guido Aguila Grados, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru

Guilherme Scotti Rodrigues, Universidade de Brasília, Brasil

Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Brasil

Janaina Conceição Paschoal, Universidade de São Paulo, Brasil

Jailson José Gomes da Rocha, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

João Luis Nogueira Matias, Universidade Federal do Ceará, Brasil

José Luis Sardón, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Peru

Julieta Lemaitre Ripoll, Universidad de los Andes, Colômbia

Lucas S. Grosman, Universidad de San Andrés, Argentina

Marcelo Ferrante, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

Márcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional IMED, Brasil

Marcos Jorge Catalan, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Brasil

Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Mariana Mota Prado, University of Toronto, Canadá

Maurício Stegemann Dieter, Universidade de São Paulo, Brasil

Melina Carla de Souza Britto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Moysés da Fontoura Pinto Neto, Universidade Luterana do Brasil, Brasil

Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Paulo de Tarso Brandão, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Pedro Salazar Ugarte, Universidade Nacional Autónoma de México, México

Rafael Almeida Callegari, Centro Educacional Integrado, CEI, Brasil

Renata Ovenhausen Albernaz, Universidade Federal de Pelotas – UFPEL – RS, Brasil

Reshad Tawfeiq, Sociedade Educativa e Cultural Amélia, SECAL, Brasil

Rogério Santos Rammê, Centro Universitário Metodista – IPA-RS, Brasil

Ronaldo Porto Macedo Junior, Universidade de São Paulo, Brasil

Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha

Susan Mary Uttley, University of Central Lancashire, Reino Unido

Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos

Thula Rafaela Pires, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

#### APOIO TÉCNICO:

Projeto editorial: Eliezer G. da Silva

Revisão dos textos em português: Suhayla Khalil

Projeto gráfico: Eliezer G. da Silva, Claudia Resun G. da Silva e Editora UEPG.

#### APOIO INSTITUCIONAL

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Setor de Ciências Jurídicas – UEPG

Programa de Mestrado Profissional em Direito – UEPG

Editora UEPG

**Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)**  
***Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)***

Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

**V. 5, Janeiro/Dezembro de 2021**  
Ponta Grossa, Paraná, Brasil

**ISSN 2595—2935**

RBDJ/BJLJ	Ponta Grossa, Brasil	v. 5	p. 1-318	Jan/Dez 2021
-----------	----------------------	------	----------	--------------

**Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)**  
***Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)***

Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

**V. 5, Janeiro/Dezembro de 2021**  
Ponta Grossa, Paraná, Brasil

Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice.  
Ponta Grossa: Editora UEPG, 2021.  
2021, 5  
Anual  
ISSN 2595-2935  
1. Direito – periódicos. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa.  
CDD: 340

**Direitos autorais e citações:**

A RBDJ/BJLJ\* é uma publicação anual, disponível online de forma gratuita, com pequena tiragem impressa normalmente distribuída a bibliotecas de referência. Autores que publicam nesta Revista mantêm os direitos autorais e concedem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a *Creative Commons Attribution License*, que permite o compartilhamento do texto com reconhecimento da sua autoria e publicação inicial nesta revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

**Créditos de imagem (contracapa e páginas de separação da Revista):**

Agradecemos ao fotógrafo Arnaldo Alves, da Agência de Notícias do Paraná, por ter autorizado a livre utilização de fotos suas, do mais tradicional edifício da UEPG, na composição da contracapa e nas páginas de separação da Revista.

**RBDJ/BNJL na WEB:** <http://www.revistas2.uepg.br/indez.php/direito>

**E-mail da RBDJ/BJL:** [rbdj-bjlj@uepg.br](mailto:rbdj-bjlj@uepg.br)

**Endereço físico:** UEPG – Setor de Ciências Jurídicas – Praça Santos Andrade, 1, 2º andar, Centro, Ponta Grossa, Paraná, Brasil CEP 84010-970

\*Marcas registradas no INPI (Proc. de n. 907363636 e 907363644, RPI n. 2391, de 23/11/2016, p. 3205).

# SUMÁRIO

## RBDJ

<i>Apresentação</i> .....	7
<i>O bitcoin como fato gerador tributário</i> .....	11
Luiz Carlos Gieseler Junior Milton Guaraci de Carvalho	
<i>Sociedade anômala da improbidade e corrupção e a perspectiva do “dever ser” kelseniano</i> .....	57
Rebeka Souto Brandão Pereira Vladimir da Rocha França	
<i>Regime jurídico previdenciário dos titulares de serventias extrajudiciais</i> .....	86
Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli Remy Deiab Junior	
<i>A construção da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro e os novos sujeitos de direitos</i> .....	125
Elcio Domingues da Silva Karina Medyk	
<i>Respostas corretas em direitos fundamentais e a convenção americana sobre direitos humanos</i> .....	154
Felipe Rodrigues Xavier	
<i>Isenção do itcmd x direito fundamental de habitação</i> .....	196
Marcelo Gomes Franco Grillo Mirelle Fernandes Soares Nina Gabriela Borges Costa	
<i>Modificações tecnológicas no âmbito jurídico: uma discussão a partir da interseção entre direito e literatura</i> .....	236
Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati Gabriel Simeoni Mota	

# CONTENTS

## RBDJ

<i>Bitcoin as a tax generating fact</i> .....	11
Luiz Carlos Gueseler Junior	
Milton Guaraci de Carvalho	
<i>Anomaly society of improbity and corruption and the perspective of kelsenian “ought”</i> .....	57
Rebeka Souto Brandão Pereira	
Vladimir da Rocha França	
<i>Social security legal regime for holders of extrajudicial services</i> .....	86
Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli	
Remy Deiab Junior	
<i>The construction of legal personality in the brazilian regulation and the new subjects of rights</i> .....	125
Elcio Domingues da Silva	
Karina Medyk	
<i>Right answers in fundamental rights and the american convention on human rights</i> .....	154
Felipe Rodrigues Xavier	
<i>Itcmd exemption x fundamental right to housing</i> .....	196
Marcelo Gomes Franco Grillo	
Mirelle Fernandes Soares	
Nina Gabriela Borges Costa	
<i>Technological modifications in the legal framework: a discussion from the intersection between law and literature</i> .....	236
Jacqueline Sophie Perieto Guhur Frascati	
Gabriel Simeoni Mota	

## APRESENTAÇÃO

A RBDJ/BJLJ foi concebida com uma visão cosmopolita, ética e humanitária, da possibilidade de um autêntico e sincero diálogo, entre estudiosos do Direito dos mais diversos países, sobre os mais variados temas, alinhados numa comunidade verdadeiramente universal de autores e leitores do Direito. Pretende ser uma Revista rigorosamente científica, genuinamente brasileira, mas de fronteiras abertas para o intercâmbio global entre professores e estudantes do Direito; entre juristas, pesquisadores e operadores do Direito; entre o Direito, a Filosofia, a Política e as Ciências Sociais em geral. Nesse propósito, a abertura linguística, a integração acadêmica e o comprometimento ético-humanitário das contribuições publicadas na RBDJ/BJLJ hão de desempenhar papel decisivo.

Como indica o próprio título da Revista (com a referência a “Direito” e “Justiça”), uma importante característica do perfil editorial da RBDJ/BJLJ é o de tentar articular pesquisas e reflexões de base teórica e dogmática (direito/law) com dimensões sociais, políticas e filosóficas em busca de um ideário ético-valorativo (justiça/justice). É que a Revista pretende estimular a produção de um conhecimento científico do Direito que não se prenda a reflexões puramente abstratas ou dogmáticas, sem um balizamento quer na dimensão política da ciência jurídica, quer na sua correlação com os valores da justiça, da igualdade e da democracia, quer na concretude operativa das instituições jurídicas (efetivação de direitos).

Outra consideração importante na definição da linha editorial do RBDJ/BJLJ é que, por se tratar de uma Revista que nasce com pretensões de internacionalização, os artigos a serem publicados devem tratar de

temas que, ainda que de caráter local, possam ser bem compreendidos e analisados por uma comunidade global de leitores, capazes de associar, criticar, discutir temas de interesse análogo *mutatis mutandis* – em seus próprios países. Por conseguinte, a RBDJ/ BJJJ valoriza trabalhos que sejam “cosmopolitas”, no sentido de propiciarem um fecundo diálogo e a livre circulação de ideias, independentemente da origem nacional ou filiação institucional de seus autores.

A dupla revisão por pares, às cegas, a cargo de um Conselho Científico oriundo de instituições e localidades as mais diversas, com integrantes das mais variadas formações, do qual propositalmente integra um número muito pequeno de pesquisadores sediados no próprio estado do Paraná, ou mesmo na região sul do Brasil (que seria a natural área de influência da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – responsável pela publicação), atende, de modo pleno, à esperada exogenia do Conselho Editorial de uma revista científica. Mais que isso, sinaliza que a RBDJ/ BJJJ se propõe a ser uma Revista “sem fronteiras”, não apenas no que se refere à sua circulação, mas também em relação às decisões editoriais e científicas no tocante à avaliação dos manuscritos submetidos.

Nesse sentido, a RBDJ/BJJJ não pretende pertencer à UEPG, ou a seus editores locais. Sua seleção de textos não pretende refletir temas de preferência pessoal dos editores ou privilegiar suas particulares afinidades acadêmicas, mas o resultado da contribuição de uma rede inter-regional e internacional de pesquisadores.

A todos os anônimos revisores vão aqui nossos mais profundos agradecimentos, ante a generosa missão que desempenham: sacrificaram parte de precioso tempo disponível para a elaboração de suas próprias pesquisas, em prol da silenciosa, anônima contribuição para o aperfeiçoamento do trabalho de outros pesquisadores. Essa talvez seja

o que a metodologia da revisão por pares às cegas proporciona de mais nobre: altruísmo e solidariedade entre pesquisadores, em prol do progresso da ciência.

Nossos agradecimentos especiais ao Professor Vanderlei Schneider de Lima, Diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UEPG, e à Professora Beatriz Gomes Nadal, Diretora da Editora UEPG, pelo imprescindível apoio institucional ao projeto da Revista.

O volume que ora vem a público é fruto do trabalho de diversas pessoas, entre autoras, autores, avaliadoras e avaliadores, conectadas pelo notável estudo dos Direitos Fundamentais, área de atenção permanente no campo jurídico, cujas temáticas indubitavelmente transcendem as fronteiras brasileiras, em total harmonia com os propósitos da RBDJ.

Agradecemos a todas as pessoas que atuaram durante as diversas etapas do processo editorial, especialmente nas avaliações em double blind review, nas revisões, na editoração, na diagramação e na arte gráfica.

Aos autores o nosso especial agradecimento por se unirem à RBDJ em sua visão cosmopolita, ética e humanitária, na construção de um autêntico e sincero diálogo sobre os mais variados temas, alinhados numa comunidade verdadeiramente universal de autores e leitores do Direito.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça e

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



# O BITCOIN COMO FATO GERADOR TRIBUTÁRIO

## *BITCOIN AS A TAX GENERATING FACT*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0001](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0001)

---

**Luiz Carlos Guieseler Junior<sup>1</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0001-6982-5383>

 <http://lattes.cnpq.br/6867384111104703>

**Milton Guaraci de Carvalho<sup>2</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0001-5510-450X>

 <http://lattes.cnpq.br/6867384111104703>

**RESUMO:** Diante das novas tecnologias e da criação das moedas digitais, que surgem como um novo paradigma e constituem-se numa alternativa independente e rápida de suprir as transações de cunho financeiro, bem como seu crescente uso, faz-se necessária a criação de novos mecanismos eficazes a fim de o poder público fiscalizar e taxar essas movimentações. Apresenta-se aqui um desafio diante do paradigma social advindo da procura individual de meios menos custosos e mais eficazes, que possibilitem maior autonomia na gestão de recursos financeiros. Esta pesquisa utilizar-se-á, quanto ao tipo de abordagem, do método dedutivo. No que concerne à técnica de procedimento, utilizar-nos-emos do método histórico, do método comparativo e do método bibliográfico.

**Palavras-chave:** Criptomoeda-Bitcoins. Blockchain. Regulamentação.

.....  
<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Unibrasil em Direitos Fundamentais e Democracia. Mestre em Direito pela Unibrasil em Direitos Fundamentais e Democracia. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Tributário pela UniCuritiba. Especialista em Teoría Crítica de los Derechos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, UPO, Sevilla, Espanha. Advogado inscrito na OAB-Pr. sob. n.º 44.937. Professor da Uninter - Faculdade Internacional de Curitiba - da disciplina de Direito Empresarial e Direito Processual Tributário. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. E-mail: guieseler@msn.com

<sup>2</sup> Graduado pela Uninter e pesquisador do tema tecnologia e direito. E-mail: miltonguara@hotmail.com

**ABSTRACT:** In view of the new technologies and the creation of digital currencies that appear as a new paradigm and constitute an independent and fast alternative to supply financial transactions, as well as their growing use, it is necessary to create new mechanisms effective in order for the public authorities to inspect and tax these movements. A challenge is presented here in the face of the social paradigm arising from the individual search for less costly and more effective means, which allow greater autonomy in the management of financial resources. This research will use, as to the type of approach, the inductive method. With regard to the procedure technique, we will use the historical method, the comparative method and the monographic method.

**Keywords:** Cryptocurrency-Bitcoins. Blockchain. Regulation.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer à tona a problemática atual do fenômeno do surgimento e crescimento no uso da moeda virtual chamada *bitcoin*, assim como analisar algumas implicações, as quais serão descortinadas no decorrer deste estudo.

Em se tratando de tema eminentemente de viés tecnológico e virtual, em muitos momentos, as ideias e textos pesquisados na internet comungam de tal forma com as ideias do pesquisador, que chegam a se confundir, no seu conteúdo, quanto ao que é propagado pelos autores e o que é entendido pelo pesquisando.

A pesquisa teve como marco inicial a Cripto CWB, que é a 1ª Conferência sobre Criptomoedas e *Blockchain* do sul do país, a qual foi realizada no dia 01 de setembro de 2018, no Teatro Positivo, em Curitiba (CRIPTO CWB, 2018, n.p.).

Na conferência, que teve a participação de diversos ativistas, referências no assunto sobre inclusão e desenvolvimento do *bitcoin* como meio viável de investimento e facilitação de transações de cunho financeiro, foi exposto, de forma didática, todo o histórico de

surgimento do *bitcoin*, bem como a sua tecnologia e as expectativas no sentido de melhores regulamentações que propiciem mais segurança aos novos adeptos, de forma que a atividade seja firmada no cotidiano (CRIPTO CWB, 2018, n.p.).

Grande parte do apresentado neste trabalho reproduz o que foi ouvido naquele evento, somando-se também a pesquisas em *sites* de *exchanges*<sup>3</sup> e entusiastas sobre as moedas virtuais.

Quanto à pesquisa, no que tange ao tema, mesmo que afete mais específica e diretamente a área econômica, como toda ação humana, inevitavelmente, repercute na área e no mundo jurídico, contudo, tentaremos nos deter apenas nos reflexos legais e jurídicos, que é o nosso real objetivo nesse estudo.

Inicialmente traçaremos um breve histórico explicando como surgiu, as formas de obtenção, bem como a tecnologia em que se baseia o *bitcoin*, utilizando-se de uma abordagem dedutiva, com a coleta e análise de dados, por meio do método histórico, comparativo e bibliográfico.

Apontando, dessa forma, a fundamentação teórica relativa às hipóteses do fato gerador tributário determinado pela doutrina de autores tributaristas.

Apresentaremos também algumas iniciativas legislativas já existentes na tentativa de regular a atividade de circulação dos *bitcoins*.

.....  
<sup>3</sup> *Exchanges*, nesse contexto, são entendidas como as empresas que realizam, exclusivamente de forma digital, o intercâmbio de criptoativos (CHAVES, 2021, s. p.).

## 2. UM BREVE HISTÓRICO

O avanço da tecnologia propicia novas formas de realizar ações na sociedade e, nesse universo tecnológico da rede mundial de computadores, constituído pelo que é chamado de Internet, em constante evolução, mostra-se como um dos principais impulsionadores de mudanças que, além de constantes, são muito rápidas.

Surge então na área econômica um novo modo de transacionar recursos financeiros de forma notadamente mais rápida, eficiente, segura, resguardada a necessidade de certos cuidados extras e com menor custo.

Fala-se aqui da prática crescente no uso das moedas digitais, quer seja como meio de especulação visando algum lucro, ou como investimento, ou ainda na realização de transações comerciais.

[...] O dinheiro conhecido e utilizado regularmente possui três características principais que se compõe pela tangibilidade, regulamentação e controle de um sistema bancário central e, por outro lado, é relativamente fácil de falsificar [...] e nesta tendência surge a “Bitcoin, uma moeda virtual capaz de operar de forma independente que não necessita da ação dos bancos nem de instituições governamentais para manter-se em circulação. (SANTIAGO; MOTA, 2017, s. p.)

O próximo passo é investigar o surgimento das criptomoedas e o Bitcoin.

### 2.1. SURGIMENTO

Apesar de as criptomoedas serem vastamente utilizadas atualmente, muitas pessoas ainda desconhecem como elas surgiram e muito se

especula sobre aspectos legais em torno de sua utilização, uma vez que não há controle estatal efetivo sobre sua movimentação.

A especulação quanto à sua legalidade é devida aos primórdios de seu surgimento como moedas virtuais que firmaram sua circulação originariamente na *Deep Web*<sup>4</sup>, que é o meio cibernético no qual é comum a prática do tráfico de entorpecentes e o contrato de matadores de aluguel, entre outras ações ilegais.

Além disso, juntamente com a atividade, surgiram oportunistas que utilizavam o *bitcoin* em atividades também ilegais, como a criação de pirâmides financeiras ou mesmo subtraindo ou deixando de transferir unidades da moeda aos usuários nas transações.

As criptomoedas, em sua maioria, são planejadas para diminuir a produção de novas moedas e simulam as moedas comuns mantidas por instituições financeiras, definindo assim um número máximo de moedas que entram em circulação.

Ao comparar-se com as moedas comuns ou dinheiro corrente, as criptomoedas são menos suscetíveis à apreensão por meio de ações judiciais, conforme comprova-se em diversas demandas como no Agravo de Instrumento de nº 2202157-35.2017.8.26.0000 da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL. AI nº 2202157-35.2017.8.26.0000/ SP).

Nesse julgado, o banco Santander intenta penhora de moeda digital numa execução de título extrajudicial. Penhora de moeda virtual (*bitcoin*), a qual foi indeferida por ser considerada como pedido

.....  
<sup>4</sup> A *deep web*, também chamada de *deepnet* ou *undernet*, é uma parte da *web* que não é indexada pelos mecanismos de busca, como o Google, e, portanto, fica oculta ao grande público. É um termo geral para classificar diversas redes de *sites* distintas que não se comunicam (HIGA).

genérico e também pela ausência de indícios de que os executados eram titulares de bens dessa natureza, sendo a decisão então mantida e o recurso desprovido, porque aparentemente, até aquele momento, não havia meios eficazes de tornar possível a penhora (BRASIL. AI nº 2202157-35.2017.8.26.0000/ SP).

As unidades de *bitcoins* são todas pseudoanônimas devido à tecnologia criptográfica que utilizam (*Blockchain*)<sup>5</sup>, que nada mais é do que um sistema de segurança de transferência de dados criptografados identificados por uma sequência numérica, que não pode ser alterada diretamente pelos usuários mas que, a cada movimentação, devido a seu *script* de programação, acrescenta um dígito, que é alterado simultaneamente em toda a internet, marcando dessa forma a transação realizada, e não necessita de um controle central, pois é controlado remotamente e simultaneamente por todos os dispositivos conectados em toda a rede.

Ao contrário do que muitos pensam, quando se diz que as transações são pseudoanônimas, não significa que não possa ser localizado o usuário que as praticou, apenas que os meios para localização e identificação se mostram mais dificultosos em virtude do meio cibernético em que são originadas.

No entanto, sempre ficam rastros de metadados, que são dados sobre outros dados, como o endereço de IP do dispositivo ou de *Mac address*, que trata da identificação física da placa de rede do dispositivo logado na internet que permanece registrado nos próprios dispositivos e nos *sites* por onde navegam.

.....  
<sup>5</sup> “O blockchain surgiu com a criptomoeda Bitcoin e tinha por objetivo ser um livro-razão em que todas as transações financeiras de todos os usuários de Bitcoin ficassem armazenadas de forma a não ocorrer o problema de gasto duplo [...]” explicam Lucena e Henriques (2016, p. 1).

A natureza do sistema se baseia no sistema *Peer-to-Peer* <sup>6</sup>(P2P), que é similar a programas de compartilhamento de arquivos de vídeo, de música e de *softwares* por *torrents* como o Emule, o Torrent e o Bitorrent.

Conforme visto nas argumentações da audiência pública do dia 13/09/2017 sobre inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central, a saber:

[...] a criação de moeda e as transferências baseiam-se numa rede de código aberto com protocolos cifrados que constituem a base da segurança e liberdade do *Bitcoin*, fazendo com que as transações sejam instantâneas entre os utilizadores. [...] (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017, n. p.)

Outro norte acerca do tema é o que estabelece o guia do *bitcoin* (2017, n.p.), a saber:

Uma das primeiras moedas digitais foi a *Digicash*, criada por David Chaum<sup>7</sup>, que foi vendida e usada apenas para assentos

.....  
<sup>6</sup> P2P (do inglês peer-to-peer, que significa par-a-par) é um formato de rede de computadores em que a principal característica é descentralização das funções convencionais de rede, onde o computador de cada usuário conectado acaba por realizar funções de servidor e de cliente ao mesmo tempo. Seu principal objetivo é a transmissão de arquivos e seu surgimento possibilitou o compartilhamento em massa de músicas e filmes. Com a crescente utilização da rede P2P para este fim, cada vez mais surgem programas para este fim, porém nem sempre eles atendem às expectativas do usuário. (CIRIACO, 2008)

<sup>7</sup> David Lee Chaum (nascido em 1955) é um cientista da computação e criptógrafo americano. Ele é conhecido como pioneiro em tecnologias de criptografia e preservação da privacidade, e amplamente reconhecido como o inventor do dinheiro digital. Sua dissertação de 1982 “Sistemas de computador estabelecidos, mantidos e confiáveis por grupos mutuamente suspeitos” é a primeira proposta conhecida para um protocolo *blockchain*. Completa com o código para implementar o protocolo, a dissertação de Chaum propôs todos, exceto um elemento da *blockchain*, detalhados posteriormente no *whitepaper Bitcoin*. Ele também é conhecido por desenvolver o *ecash*, um aplicativo de caixa eletrônico que visa preservar o anonimato do usuário e por inventar muitos protocolos criptográficos, como a assinatura cega, as redes de mixagem e o protocolo de criptografia de restaurantes. Em 1995, sua empresa DigiCash, uma

bancários. Houve muitos outros esforços desde sua criação que tentaram criar a moeda da *Internet* perfeita, como a *Hashcash*, *E-gold* e *Bitgold* todas tratando-se de um sistema de moeda eletrônico que exigia seus usuários completarem uma função de prova de trabalho, com as soluções sendo criptograficamente computadas e publicadas. Porém até então, nenhuma dessas ideias foram bem sucedidas, até que um desenvolvedor anônimo chamado Satoshi Nakamoto <sup>8</sup>revelasse seu *white paper*<sup>9</sup>. chamado “*Bitcoin*” em 2008. (Guia do Bitcoin, 2017)

No mês de janeiro de 2009 (FURLAN, 2020, n.p.), nasceu a rede *Bitcoin*, sendo que, em abril de 2011, criou-se o *Namecoin*, uma derivação do *bitcoin*, tendo como objetivo ser ainda mais seguro e utilizando a mesma função *hash*<sup>10</sup>.

E, a partir de 2014, uma 2<sup>a</sup> geração de criptomoedas teria surgido, como *Monero*, *Ethereum* e *Nxt*. Criptomoedas que possuem funcionalidades avançadas como endereços escondidos e contratos inteligentes (VALOR INVESTE, 2019). Pode-se ver que atualmente estima-se a existência de mais de 2000 tipos de moedas virtuais que, a cada dia surgem e, umas mais, outras menos, se firmam pela utilização (VALOR INVESTE, 2019).

---

corporação de dinheiro eletrônico, criou a primeira moeda digital com o *eCash*. Seu artigo de 1981, “Correio eletrônico não rastreável, endereços de retorno e pseudônimos digitais”, lançou as bases para o campo da pesquisa em comunicações anônimas (WIKIPEDIA, 2020).

<sup>8</sup> Satoshi Nakamoto é o pseudônimo usado pelo criador do Bitcoin que lançou seu WhitePaper num documento explicando as funções e os motivos para a criação da primeira criptomoeda do mundo, no dia 31/10/08, e até hoje não se sabe quem é o gênio por trás do código (FOXBIT, 2019).

<sup>9</sup> De acordo com o Hubspot, o *Whitepaper* é um documento que aprofunda determinado problema, trazendo suas causas, conceitos e, principalmente, sua solução. Ele é indicado para estratégias de *marketing* de conteúdo mais avançadas, ou seja, deve ser aplicado em clientes que já passaram algum tempo com a sua empresa (HUBSPOT).

<sup>10</sup> A taxa de *hash* é a unidade de medida do poder de processamento da rede *Bitcoin*. A rede *Bitcoin* deve fazer operações matemáticas intensivas para fins de segurança. Quando a rede atinge uma taxa de hash de 10 Th/s, significa que ela pode processar 10 trilhões de cálculos por segundo. (BITCOIN).

A iniciativa do Reino Unido pode se constituir numa das primeiras a demonstrar interesse em regular a movimentação das criptomoedas, a saber:

Apesar de não ser tangível, a rede Bitcoin consegue gerar ganhos absolutamente brutais. A circulação de Bitcoins é livre e nada e nem ninguém é capaz de controlar ou seguir as suas pisadas. Além disso, não são somente as influências monetárias, ou seja, inflação ou deflação que ditam o seu valor. O valor da Bitcoin é determinado principalmente pela procura que existe no mercado, mas existem outros fatores, como por exemplo, os gastos energéticos envolvidos na mineração desta moeda digital, quantidade em circulação, entre outros. (SANTIAGO; MOTA, 2017, n.p.)

Segundo visto em BITCRIS (2018, n.p.):

Em 31 de outubro de 2008, um documento com o título: “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” foi publicado num grupo de distribuição automática de mensagens eletrônicas por alguém chamado Satoshi Nakamoto, atualmente referenciado como sendo o criador da Bitcoin, sendo que ele nega fortemente de ser o criador. Curiosamente o nome do criador tem um significado bastante interessante: Satoshi significa “sabedoria” ou “razão” e Nakamoto significa “a fonte central”. (BITCRIS, 2018, n. p.)

Provavelmente se trate apenas de um trocadilho, pois há quem afirme que Satoshi Nakamoto é um grupo constituído por quatro pessoas, porém ainda tudo é um grande mistério, a saber:

Em janeiro de 2009, o Bloco Génesis de Bitcoin foi minerado com o número arbitrário 2083236893 e rendeu 50 Bitcoins. Uns dias mais tarde o sistema Bitcoin v0.1 foi lançado. Ainda no mês de janeiro a primeira transação de Bitcoins foi efetuada entre Satoshi Nakamoto e Hal Finney, um programador e ativista criptográfico. (FINANCEONE, 2018)

De acordo com Santiago e Mota (2017, n. p.):

No mês de outubro de 2009, foi atribuído à *Bitcoin* um valor nas moedas tradicionais. De acordo com a The New Liberty Standard, uma metodologia utilizada para fazer a conversão do valor em Bicoins para uma moeda tradicional, foi estabelecido que o valor de 1309.03 bitcoins fosse igual a 1 dólar.

Encontraram esse valor resolvendo uma equação que tinha como variáveis: a quantidade de eletricidade necessária para manter o funcionamento de um computador com um processador poderoso por 1 ano, o custo domiciliário de eletricidade nos Estados Unidos e o número de *Bitcoins* produzidos em 30 dias.

## 2.2. FORMAS DE OBTENÇÃO

A classificação das formas de obtenção de *bitcoins* foi realizada com base nas páginas eletrônicas do bitnotícias e da foxbit, facilitadora de *trade*, conforme a seguir elencadas.

### 2.2.1. DA MINERAÇÃO

A mineração se constitui na utilização de computadores ou placas de vídeo dedicadas ao processamento das sequências numéricas que compõem as movimentações dos *bitcoins* entre os usuários. Nesse sistema, os dados pertencentes à rede *Bitcoin* são permanentemente armazenados e guardados em ficheiros chamados “blocos”.

Todas as transações executadas durante um determinado período de tempo são guardadas nesses “blocos”. A cada bloco está associado um problema matemático.

Os mineiros competem entre si e estão constantemente processando e guardando transações para serem capazes de resolver esse problema de modo a completar um bloco em primeiro lugar.

Quando um mineiro completa um bloco, são gerados *Bitcoins*, e é desse modo que essa moeda virtual aumenta em quantidade.

O protocolo do *bitcoin* evita a emissão dupla através da comprovação coletiva (P2P) de transações. Quem, através do seu *hardware* de mineração, resolve os problemas criptográficos recebe uma recompensa em frações de *bitcoins*. (SCHIAVON, 2015).

Para sucesso nessa empreita, é necessário um capital inicial e um local apropriado para as instalações, pois a mineração consome uma grande quantidade de energia elétrica, além de gerar muito calor. Tentar minerar sem calcular os custos pode produzir mais gasto do que lucro em *bitcoins*.

### 2.2.2 POR MEIO DAS ICOS

Outra forma é por meio de corretores das chamadas ICOS<sup>11</sup>, que são Ofertas Iniciais de Moedas, que ofereciam uma plataforma para os interessados investirem em criptomoedas e, em 2017, tiveram seu auge quando, pela crescente procura, os entusiastas de criptomoeda, com a promessa de tornarem-se milionários, na ânsia de enriquecimento rápido, entravam em projetos sem o devido conhecimento suficiente acerca dos riscos inerentes à atividade. Eram influenciados pelas empresas de cripto e pelos “conselheiros”, tornando-se presas fáceis de CEOs inescrupulosos que desapareciam com o seu dinheiro.

.....  
<sup>11</sup> ICOS são as *Initial Coin Offerings*, empresas que gerenciam um título ou contrato de investimento coletivo que gere direito de participação (LAZZARINI, 2018).

No ano de 2018, quando muitos desses golpes foram descobertos, a procura pelas ICOS caiu em desuso.

Surgem então as STOs<sup>12</sup>, que são “Uma Oferta de Token de Segurança”. Pela nomenclatura, já se sugere que têm conotação de maior segurança, além de surgir como promessa de ser uma maneira mais legítima de operar, uma vez que representavam contratos de investimento em um ativo de investimento subjacente, como ações, títulos, fundos e fundos de investimento imobiliário, estando em conformidade com a regulamentação governamental.

Vale salientar que reforçam a ideia inicial baseada na criptografia do *Blockchain*.

Atualmente, as ICOs e as STOs ainda permanecem em uso, porém perderam o interesse inicial dos investidores.

Surge então um novo conceito, que são as IEO ou Oferta Inicial de Troca. Trata-se de um evento de angariação de fundos que é administrado por uma *Exchange*.

As *exchanges* se constituem em bolsas de *bitcoins* que facilitam as transações entre particulares, sem que o comprador saiba quem é o vendedor e vice-versa. É a maneira mais segura de se adquirir *bitcoins*, bem como outras criptomoedas.

Nas *exchanges*, todos podem ver o preço da criptomoeda levando em consideração oferta e demanda. O participante coloca à disposição suas criptomoedas para venda pelo preço que julgam ser justo, bem como o preço para compra, pois as pessoas colocam as chamadas ordens de compra. Em havendo alguém disposto a transacionar pela

.....  
<sup>12</sup> STOs são ativos digitais com lastro em algum ativo real existente. Os Tokens se tornam confiáveis justamente por utilizarem a tecnologia *blockchain* como forma de gravar, ou melhor, de confirmar a sua transação (BLOXS, 2020).

quantia ofertada, a ordem é executada e se transferem os valores através da *exchange*.

Também a *exchange* mostra a média de preço compra ou venda de forma direta e executa as ordens automaticamente.

Alguns exemplos de *exchanges* são: Foxbit, eToro, Binance, Bitpanda etc.

### 2.2.3. VENDA DE PRODUTOS EM TROCA DE BITCOINS

Outra forma para adquirir *bitcoins* é a venda de produtos ou serviços, na qual se solicita o respectivo pagamento em *bitcoins*. Existem diversas ferramentas ou plataformas que tornam essa modalidade cada vez mais fácil fazendo a intermediação e permitindo que uma pessoa ou uma loja aceite *bitcoins*.

### 2.2.4. COMPRAR DIRETAMENTE DE OUTRA PESSOA

Também é possível comprar diretamente de uma pessoa, podendo ser feito de várias formas. Contatando alguém de forma particular, pessoalmente, por meio de redes sociais, telefone etc. e fazendo a troca: um depositando na conta do outro, e esse transferindo os *bitcoins* para a carteira do comprador.

### 2.2.5. UTILIZAÇÃO DE FAUCETS

A forma como as pessoas entram no mundo do *bitcoin* é de se valer dos *faucets*<sup>13</sup>. Para ganhar pequenas quantidades de *bitcoins*, não

.....  
<sup>13</sup> *Faucet*, na tradução do inglês, é torneira e, como você sabe, torneira pinga de pouco em pouco. Esse é o funcionamento das *faucets* de *bitcoin*, que nada mais são do que *sites* em que você

se constitui numa forma vantajosa, pois demora muito tempo para conseguir cerca de 1 ou 2 reais por dia, mas eles já pingaram de 0.5 a 1 *bitcoin* na época que a moeda digital valia centavos.

A fim de esclarecer melhor acerca da aceitação das moedas digitais, conforme Ulrich:

O valor de conversão de uma moeda digital para as emitidas por autoridade monetária depende basicamente da credibilidade e da confiança que os agentes econômicos possuem na aceitação da moeda como meio de troca e das expectativas de sua valorização. Não existe, portanto, nenhum mecanismo governamental que garanta o valor em moeda nacional das moedas digitais, ficando todo e qualquer risco de sua aceitação nas mãos dos usuários das moedas digitais. (ULRICH, 2014)

Se de um lado a moeda convencional nacional tem sua credibilidade fundada na regulação, no controle e garantia estatal, por outro, as moedas virtuais têm a credibilidade no uso e na aceitação de seus usuários, que mantêm, pela rede, a reprodução da situação no que tange à movimentação de *bitcoins* até aquele momento, e compartilham dos riscos de forma equânime.

### 3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Antes de demonstrar as possibilidades e tentativas de regulação da atividade de circulação dos *bitcoins* com o fim de controle estatal, faz-se necessário demonstrar o embasamento teórico fundamental da previsão da hipótese de incidência de fato gerador tributário, bem como sua aplicação propriamente dita.

.....  
coloca seu endereço *bitcoin*, preenche um captcha e recebe frações entre 10 e 1000 satoshis (SHIAVON, 2015).

A cobrança do tributo especificamente na movimentação das criptomoedas, como o caso dos *bitcoins*, depende de requisitos que passam, inevitavelmente, pela necessidade de a atividade ter o nexo de causalidade reconhecido ao ser tipificada como fato gerador de obrigação tributária, enquadrando-se nas hipóteses constantes no artigo 145 da Constituição da República (BRASIL, CF/88, n.p.) a fim de sua efetiva incidência no caso concreto, envolvendo de um lado o polo passivo, que é o contribuinte, e do outro o ativo, que é o Estado.

Na concepção de Alfredo Augusto Becker (2002, p. 319), a expressão fato gerador e sua fenomenologia não são específicas ao campo do direito tributário:

[...] toda e qualquer regra jurídica (independente de sua natureza tributária, civil, comercial, processual, constitucional etc.) tem a mesma estrutura lógica: a hipótese de incidência ('fato gerador', suporte fático, etc.) e a regra (norma, preceito, regra de conduta) cuja incidência sobre a hipótese de incidência fica condicionada à realização desta hipótese de incidência.[...] (BECKER, 2002, p. 319)

E:

[...]O fenômeno da atuação dinâmica da regra jurídica, isto é, a incidência automática da regra jurídica sobre a sua hipótese de incidência, somente desencadeia-se depois da realização integral da hipótese de incidência pelo acontecimento de todos os fatos nela previstas e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. Depois a incidência da regra jurídica é que ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos os quais consistem nas consequências (ex. relação jurídica e seu conteúdo de direito e dever etc.) pré-determinadas pela regra que, juntamente com a hipótese de incidência, compõe a estrutura lógica da regra jurídica. [...] (BECKER, 2002, p.320)

Mesmo sendo usado no Código Tributário Nacional e consagrado na Constituição Federal, assim como pela maior parte dos doutrinadores, pode-se dizer que o termo “fato gerador”, no campo tributário, abrange duas concepções, sendo a previsão normativa jurídica, propriamente dita, que descreve um ato ou fato que, ao ser concretizado, gera a obrigação de pagar o tributo. No entanto, a expressão fato gerador não é unânime.

A equívocidade do termo “fato gerador” se dá pelo fato de ser utilizado tanto para designar a atividade passível de ser tributada, quanto sua incidência na ocorrência do ato previsto na norma.

Conforme a definição de Jardim (1995, p. 53), no Dicionário Jurídico Tributário, que soma conceitos de diversos autores:

FATO GERADOR. Trata-se de expressão dúbia e permeada de equívocidade, a qual deu margem a exaustivas críticas de doutrinadores de tomo. Realmente, a locução em tela tanto alude ‘a descrição abstrata de um comportamento passível de tributação, como se refere também ao próprio comportamento verificado no plano fenomênico. Além disso, o legislador, por vezes, utiliza a dicção sob exame como componente temporal da hipótese de incidência. Assim, no patamar abstrato, o fato gerador é utilizado como sinônimo de hipótese de incidência e nesse sentido qualifica como tributável um dado comportamento. De outro lado, no campo factual, o fato gerador indica a ocorrência de um comportamento que rende margem ao nascimento da obrigação tributária...Em virtude da impropriedade terminológica contida nos dizeres ‘fato gerador’ que, no dizer do abalizado Alfredo Augusto Becker, ‘gera só confusão’, a comunidade científica rejeita a mencionada expressão, embora freqüente em todo o nosso direito positivo. Por conseguinte, a boa doutrina adota as expressões ‘hipótese de incidência’ (Geraldo Ataliba e Becker) ou ‘hipótese tributária’ (Paulo de Barros Carvalho) para efeito de aludir à descrição abstrata de um comportamento tributável, enquanto abraça as dições ‘fato imponível’ (Geraldo Ataliba) ou ‘fato jurídico tributário’ (Paulo de Barros Carvalho) ou ‘hipótese de incidência realizada’ (Alfredo Augusto Becker), as quais, indubitavelmente, desfrutam do rigor lingüístico imprescindível no labor científico”. (JARDIM, 1995, p. 53)

Segundo Bastos (2001, n.p.), no Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, não se pode negar a existência de dois níveis de entendimento para a expressão “fato gerador”, uma no plano hipotético da norma, abstraindo da concretização do prescrito na lei, e outra no do “fato gerador” ocorrido concretamente, por meio de ato ou fato, e somente condicionado a isso que é possível a existência do tributo, incluindo o fato gerador, mesmo que não tenha sido, de forma material, concretizado. Sendo assim, o tributo somente existe como norma, não dando surgimento, ainda de obrigação tributária. Em suma, aduz que o Direito se apresenta sempre em dois ângulos: o puramente abstrato ou normativo e o concretizado ou realizado.

Na mesma linha de pensamento, Denari (2008, n. p.), no Curso de Direito Tributário, diz que, na fase da criação do tributo, a lei define hipotética e abstratamente o fato gerador pela significação econômica, atribuindo, por essa significação, o surgimento da obrigação tributária, sendo que este é o momento da previsão legal do fato gerador, em que é somente uma definição tipificada na lei e, em seguida, como acontecimento da vida econômica, manifestando-se na forma concreta, deixa de ser mera disposição normativa. Em outras palavras, a noção de fato gerador, mesmo sendo indivisível, possui os aspectos abstrato e concreto, ou seja, em sua concepção, a previsão legal do pagamento do tributo denomina-se fato gerador in abstrato e o comportamento verificado fenomenologicamente denomina-se fato gerador in concreto. A ocorrência do primeiro dá origem à obrigação tributária.

Ataliba (1995, p. 53) também distingue conceitualmente os dois aspectos do fato gerador sendo o abstrato previsto na lei e o concreto o ocorrido no mundo fático. Ademais, denomina a hipótese de incidência a descrição hipotética e abstrata do fato, prevista na lei, definindo a

concretização como fato imponible que gera a obrigação tributária. A distinção é feita por entender inadmissível a confusão terminológica da doutrina nacional ao designar por fato gerador a figura hipotética descrita na lei e igualmente o respectivo fato concreto que se realiza fenomenologicamente, e isso é o que dá consequência à equívocidade de entendimento do fato gerador tributário.

Ataliba (1995, p. 53) afirma também que a Constituição adota dois critérios para classificar os tributos, sendo, em regra, o critério da materialidade da hipótese de incidência de tributos previstos de forma explícita na Constituição da República (1998), como se vê no seu artigo 145:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; [...] § 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. [...] (BRASIL. CF/88, n. p.)

Nesse sentido, destaca Ataliba (1995) que:

[...] A hipótese de incidência, é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho) É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera ‘previsão legal’ (a lei é, por definição abstrata, impessoal e geral) [...] Fato imponible é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente ‘à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela hipótese de incidência legal – dá nascimento à obrigação tributária[...] A lei (h.i.) descreve hipoteticamente certos fatos, estabelecendo a consistência de sua materialidade. Ocorridos

concretamente estes fatos *hic et nunc*, com a consistência prevista na lei e revestindo a forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata, reconhece-se que desses fatos nascem obrigações tributárias concretas. A esses fatos, a cada qual, designamos ‘fato imponível’ (ou fato tributário). (ATALIBA, 1995, p. 53/62.)

Desse modo, o que se lê na lei descreve a possibilidade do fato hipotético e genérico, criando o conceito de forma abstrata, e que somente dará surgimento à obrigação tributária se concretizado na prática.

No caso específico da atividade de movimentação de *bitcoins*, como fato imponível, faz-se necessário que, além de estar enquadrada na lei de forma inequívoca, ao menos nos termos gerais de hipóteses de incidência tributária, esteja também regulamentada legislativamente para que possa ter validade o surgimento da obrigação tributária na concretização do fato e possa ser aplicada sua cobrança.

A causalidade jurídica, como termo empregado, concedida ao fato gerador tributário pela doutrina brasileira se deve a Falcão (2013, n. p.), em sua obra póstuma intitulada *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, que discorre sobre o nascimento da obrigação tributária utilizando-se desse termo. A expressão causalidade jurídica expressa fielmente o sentido do fato gerador, pois, realmente, é a razão para o surgir da obrigação tributária, constituindo-se o motivo que possibilita que a relação obrigacional exista ou aconteça, dando surgimento a direitos, deveres, pretensões e ações conferidos às partes da relação jurídico-tributária. Perfaz-se na origem e momento de nascimento da obrigação tributária, sendo sua causa, e a obrigação, sua consequência jurídica.

## 4. INICIATIVAS LEGISLATIVAS

O conceito de *bitcoin* pode ser extraído das seguintes lições:

O bitcoin é uma criptomoeda que utiliza uma tecnologia ponto a ponto (peer-to-peer) para criar um sistema de pagamentos on-line que não depende de intermediários e não se submete a nenhuma autoridade regulatória centralizadora. O código do bitcoin é aberto, seu design é público, não há proprietários ou controladores centrais e qualquer pessoa pode participar do seu sistema de gerenciamento coletivo. Enfim, o bitcoin é uma inovação revolucionária porque é o primeiro sistema de pagamentos totalmente descentralizado. (RAMOS, 2018, p. 529)

O fato de o *bitcoin* constituir-se num sistema que é descentralizado e que não depende de intermediários tampouco se sujeita a nenhuma autoridade regulatória centralizadora, traz à tona um universo de dúvidas e inseguranças que repercutem diretamente no judiciário, uma vez que, estando na lacuna regulatória, é no judiciário que se busca sanar os problemas advindos de sua prática.

### 4.1. PORQUE REGULAMENTAR

A regulação das criptomoedas<sup>14</sup> no Brasil, até o presente momento, se mostra muito escassa, pois o assunto ainda é desconhecido da grande massa, como é perceptível rapidamente em breves passeios pela internet, na qual se vislumbra o grande número de *sites* de exchanges, que obviamente veiculam sua propaganda como forma de angariar mais interessados e manter sua atividade, e, ao mesmo tempo, o poder público que, mesmo precisando regulamentar e controlar a atividade,

.....  
<sup>14</sup> Criptomoeda ou criptodíheiro é a nomenclatura usada para se referir à moeda digital, dinheiro este que é criptografado para garantir a sua proteção e segurança. Esse valor monetário, ao contrário da moeda tradicional, apenas existe no universo virtual (SIGNIFICADOS, 2019).

não o faz efetivamente, quer seja por falta de mecanismos que garantam o sucesso na obtenção de uma regulação e controle que sejam efetivos – uma vez que depende de colaboração internacional sendo que o fenômeno é de incidência mundial –, ou até mesmo pelo *lobby* dos bancos que não querem perder seu espaço e temem ser corresponsáveis em atividades de lavagem de dinheiro praticada por seus correntistas. Essas instituições financeiras, por meio de boicote aos correntistas investidores ou agenciadores de *bitcoins* cerceiam, de forma unilateral, o seu direito de possuir e movimentar conta corrente, e isso pode ser verificado em diversas jurisprudências, nas quais podem-se constatar implicações tendentes à rotulação de atividades tidas como ilegais, as que envolvam a movimentação dos *bitcoins*.

Podem-se indicar algumas jurisprudências, em que se comprova a utilização por parte das instituições financeiras do aparato judiciário, objetivando nitidamente o cerceamento das atividades envolvendo as criptomoedas.

Nesse sentido, tem-se no Processo nº 1126743-39.2017.8.26.0100 da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual, em ação de obrigação de fazer, o autor foi devidamente notificado da resilição, bem como lhe foi concedido prazo para findar suas atividades (BRASIL. APL nº 743-39.2017.8.26.0100/SP).

O referido processo, no qual figura como apelante o Mercado Bitcoin Serviços Digitais LTDA, que intenta garantir a continuidade de movimentação de sua conta corrente, que o apelado, o Banco Santander do Brasil S/A, houvera encerrado sob alegação de que o correntista tinha sido devidamente notificado. Não obstante, o apelante tem sua ação improcedente, sendo o recurso desprovido e a sentença mantida.

Já no Processo nº 1093727-65.2015.8.26.0100 da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tem-se que a sentença foi reformada e houve a determinação de remessa das cópias dos autos ao Ministério Público (BRASIL. Apelação Cível nº 1093727-65.2015.8.26.0100/SP).

Nesta ação, é apelante a Cooperativa de Crédito de Livre Admissão União Paraná/São Paulo Sicredi, que recorre da r. sentença que a obrigava a manter a conta corrente dos apelados Roysner S/A Gestão de Patrimônio Pessoal e Serviços, Viscaya Holding Participações, Intermediações, cobranças e Serviços LTDA e Lucio Bolonha Funaro, sob pena de multa diária. Comprova no recurso o aviso prévio, bem como fornece indícios de atividades financeiras ilegais ao alegar a movimentação de vultuosas operações financeiras. Dessa forma, a r. sentença é reformada, mantendo-se a rescisão do contrato de conta corrente, bem como determinando a remessa dos autos ao Ministério Público para os procedimentos cabíveis.

A presente ação igualmente denota a utilização de regulamentação dos contratos como um todo e é levado em conta, como argumento, o cumprimento desses requisitos contratuais para rescisão dos contratos previstos nas diretrizes do COAF e do BACEN, não se levando em conta o mérito propriamente, pois não se avalia a atividade de corretagem ou intercâmbio das moedas virtuais se dentro da legalidade ou não, essa tarefa, no caso em específico, é delegada ao Ministério Público.

São diversas as ocorrências de ações de mesma natureza que ou são julgadas pura e simplesmente no aspecto procedimental ou repassadas a outras varas para o devido julgamento, porém a continuidade recai, invariavelmente, no mesmo aspecto de normativa procedimental.

Dessa forma, crescem a cada dia ações de litígio em que constam como partes instituições financeiras contra *exchanges*, investidores em *bitcoins* contra bancos ou *exchanges*, muitas vezes enquadrando-se em ações penais ou de defesa do consumidor a fim de aquietar o clamor das partes.

Segundo Telles (2018, p. 83), apesar de os dados coletados em sua pesquisa não serem totalmente confiáveis, conforme ela mesma admite:

[...]a conclusão mais evidente é a de que as criptomoedas ainda não apresentam volumes expressivos em termos mundiais. Alguns exemplos podem ilustrar essa afirmação. O primeiro se refere à quantidade de cédulas de Reais em circulação. Conforme dados constantes do site do Bacen o Meio Circulante Nacional, que compreende as cédulas e moedas metálicas expressas em Reais que estão em poder do público e da rede bancária, correspondia, em 26/06/2018, a aproximadamente 220 bilhões de Reais (cerca de 58 bilhões de dólares), ou seja, o valor da moeda oficial em circulação, apenas no Brasil, é mais do que o dobro do valor de mercado total de criptomoedas em circulação em todo mundo apurado pelo pelo Cambridge Centre for Alternative Finance (27 bilhões de dólares). (TELLES, 2018, p.83)

O fato de essa diferença de volume monetário circulante no Brasil ser praticamente o dobro da circulação de criptomoedas em todo o mundo pode ser a explicação para a atuação dos reguladores ser ainda tímida.

## 4.2. ALGUMAS INICIATIVAS DE REGULAÇÃO

Algumas iniciativas já existem e passaremos a elencá-las em seguida:

### 4.2.1. PROJETO DE LEI Nº 2303/2015

A primeira iniciativa encontrada foi o Projeto de Lei nº 2303 de julho de 2015, de autoria do sr. Aureo Ribeiro. Esta ainda se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, tendo sido devidamente aprovado o requerimento de n. 38/2019 com última movimentação em 04/12/2019 e aguardando audiência pública para discutir os indícios de pirâmide financeira em operações da empresa 18kRonaldinho. O referido projeto de lei não atribui aos *bitcoins* o conceito de moeda oficial nem de moeda paralela. Seu objetivo, conforme pode-se verificar na exposição de motivos, é o de incluir o Sistema *Bitcoin* no conceito de arranjo de pagamento, sujeitando-o expressamente à supervisão do Banco Central do Brasil. Aludido arranjo de pagamento, nos ditames previstos na Lei 12.865/13, dispõe sobre:

[...] autorização para o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros; dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) [...] (BRASIL. Lei 12.865/2013)

E é no inciso I do artigo 6º da Lei 12.865/2013 onde se lê:

[...]Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se: I - arranjo de pagamento - conjunto de regras e procedimentos

que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um receptor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores[...]. (BRASIL. Lei 12.865/2013)

Tenta-se incluir o *bitcoin* também como um tipo de arranjo de pagamento embasando-se a na Lei nº 12.865/2013, em seu inciso III, alínea “g” na qual se lê:

[...] III - instituição de pagamento - pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:...

g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e [...] (BRASIL. Lei 12.865/2013)

Note-se, contudo, que aqui se faz necessária uma distinção, pois Gomes (2019, n. p.) faz uma taxonomia das moedas virtuais delimitada pelo Fundo Monetário Internacional:

[...] A locução moeda digital possuiria um sentido amplo e com poucas restrições técnicas, de modo a englobar todas suas espécies e subespécies. Daí porque podemos afirmar que moeda digital é um tipo de ativo que proporciona, de diversas formas, a circulação de valor por meio eletrônico (de forma intangível) ou via internet. Este valor pode ou não estar embasado em uma moeda fiduciária de curso forçado e, além disso, pode ou não ser transmitido por meio de um sistema descentralizado e criptografado, fazendo com que surjam as subclassificações moedas virtuais, moedas eletrônicas e criptomonedas [...] (GOMES, 2019, n. p.)

Conforme o autor analisa, concatena que a locução moeda digital seria uma espécie de moeda com sentido amplo, que englobaria todas as espécies e subespécies. Dessa forma, afirma que a moeda digital seria um tipo de ativo que proporciona, de diversas formas, a circulação de

valor por meio eletrônico (de forma intangível) ou via internet, podendo ou não estar embasado em uma moeda fiduciária de curso forçado e podendo ou não ser transmitido por meio de um sistema descentralizado e criptografado, o que dá surgimento às subclassificações de moedas virtuais, moedas eletrônicas e criptomoedas (GOMES, 2019, n. p.).

Na lei nº 12.865/13, a moeda digital contemplada é a moeda eletrônica que, mesmo que utilize como meio de segurança a tecnologia *Blockchain*, que também embasa a criptomoeda *bitcoin* – que é descentralizada –, é controlada pelo poder estatal, podendo ser conceituada como mera representação da moeda física.

Pode-se deduzir que o Projeto de Lei nº2303/15 não traz grandes novidades além de explicitar competências regulatórias que já decorrem das normas vigentes, especialmente da Lei 12.865/13.

#### 4.2.2. COMUNICADO DE Nº 25.306/2014 DO BACEN

Outra iniciativa regulatória é o Comunicado nº 25.306 (2014, n.p.) do Bacen que se posiciona sobre o *Bitcoin*, porém não se trata propriamente de regulação, sendo mais um alerta sobre os riscos decorrentes da aquisição das criptomoedas, pois traça a diferenciação entre as moedas virtuais, demonstrando outros fatores relacionados à utilização da criptomoeda para atividades ilícitas, que não possuem lastro e nem garantia ou controle estatal e, em face da baixa movimentação até aquele momento, não oferecem risco ao sistema financeiro, e finaliza sinalizando que está monitorando e acompanhando o tema para fins de adoção de eventuais medidas no âmbito de sua competência legal, se esse for o caso.

#### 4.2.3. *COMUNICADO DE Nº 31.379/2017 DO BACEN*

Em 16 de novembro de 2017, o Bacen divulgou novo Comunicado de nº 31.379 (2017, n.p.), no qual, em razão do crescente interesse dos agentes econômicos abrangendo a sociedade e instituições, alerta novamente que o Banco Central do Brasil não garante a conversão para moedas soberanas, pois as moedas virtuais não têm nenhum tipo de lastro em ativo real de qualquer espécie, por nenhuma nação soberana e reitera a necessidade dos cuidados com os riscos, afirmando serem estes imponderáveis com a possibilidade de perda total do capital investido. Reforça o alerta no tocante à utilização em atividades ilícitas, que podem expor seus detentores a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando à apuração de responsabilidades penais e administrativas. Traça a distinção entre as moedas eletrônicas, que possuem o aval do Conselho Monetário Nacional, e as ditas moedas virtuais, que não possuem nenhum tipo de referência em reais ou ainda em outras moedas soberanas. Não afasta a obrigatoriedade de se observar as normas cambiais nas transações internacionais envolvendo moedas estrangeiras, dando exclusividade às instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio.

Novamente, sinaliza que permanece atento à evolução do uso das moedas virtuais, bem como acompanha as discussões nos foros internacionais sobre a matéria para fins de adoção de eventuais medidas, se for o caso, observadas as atribuições dos órgãos e das entidades competentes, porém que ainda não foi identificada a necessidade de regulação desses ativos pelos organismos internacionais e finaliza afirmando o compromisso de apoio às inovações financeiras, incluindo as baseadas em novas tecnologias que tornem o sistema financeiro mais seguro e eficiente. Por derradeiro, nesse comunicado, o Bacen afirma

que as criptomoedas são caracterizadas como representações digitais de valor que não são emitidas pelo Banco Central ou qualquer outra autoridade monetária e seu valor decorre da confiança depositada nas suas próprias regras de funcionamento e na cadeia de participantes.

#### 4.2.4. RECEITA FEDERAL DECLARAÇÃO 2020

Outra iniciativa que pode ser considerada como tentativa de regulação é o questionamento que consta no *site* da Receita Federal acerca da moeda virtual, no sentido de informar os contribuintes sobre como proceder em relação à sua declaração de imposto de renda (RECEITA FEDERAL, 2020, n. p.), a saber:

Pergunta nº 445 As moedas virtuais devem ser declaradas?

Resposta:

Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição. Atenção: Como esse tipo de “moeda” não possui cotação oficial, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão, não há uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários. Entretanto, o contribuinte deverá guardar documentação que comprove a autenticidade desses valores. (RECEITA FEDERAL, 2020, n. p.)

Fica clara a tentativa de equiparação das moedas virtuais a ativo financeiro, uma vez que o contribuinte deve declará-las na Ficha de Bens e Direitos como Outros Bens, ficando a cargo do contribuinte a obrigação de guardar comprovantes para fins de autenticar os valores declarados.

Outra questão merece destaque:

Pergunta nº 606: Os ganhos obtidos com a alienação de moedas “virtuais” são tributados?

Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, segundo alíquotas progressivas estabelecidas em função do lucro, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação. O contribuinte deverá guardar documentação que comprove a autenticidade das operações. (RECEITA FEDERAL, 2020)

Novamente as moedas virtuais são equiparadas, nesse caso, ao ganho de capital, e o contribuinte deve guardar documentação para comprovação.

Veja-se as perguntas e respostas nº 543/544:

Pergunta nº 543 Quais as operações sujeitas à apuração do ganho de capital?

Estão sujeitas à apuração de ganho de capital as operações que importem: I - alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, dação em pagamento, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins; II - transferência a herdeiros e legatários na sucessão causa mortis, a donatários na doação, inclusive em adiantamento da legítima, ou atribuição a ex-cônjuge ou ex-convivente, na dissolução da sociedade conjugal ou união estável, de bens e direitos por valor superior àquele pelo qual constavam na Declaração de Ajuste Anual do de cujus, do doador, do ex-cônjuge ou ex-convivente que os tenha transferido; III - alienação de bens ou direitos e liquidação ou resgate de aplicações financeiras, de propriedade de pessoa física, adquiridos, a qualquer título, em moeda estrangeira. Atenção: Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT): No período de 04/04/2016 a 31/10/2016 foi permitida, por opção, a regularização cambial e tributária de patrimônio localizado no Brasil ou no Exterior, em nome do próprio declarante ou de terceiro, desde que atendidas as seguintes condições; I – ser residente no Brasil, para fins

tributários, em 31 de dezembro de 2014;II – apresentar, no período de 4 de abril de 2016 a 31 de outubro de 2016, a Declaração de Regularização Cambial e Tributária (Dercat);III – informar na DAA referente ao ano-calendário de 2014 os recursos, bens e direitos de qualquer natureza constantes na Dercat;IV – pagar o imposto sobre ganho de capital com alíquota de 15%, tendo como base de cálculo o valor de mercado, do bem ou direito regularizado, em 31/12/2014;V – pagar a multa de igual valor ao imposto apurado no item IV;VI – não incorrer nas condições impeditivas aplicáveis ao RERCT.Reabertura do RERCT:A regularização cambial (RERCT) foi reaberta no período de 03/04/2017 a 31/07/2017, exigindo o atendimento das seguintes condições: 216;I – ser residente no Brasil, para fins tributários, em 30 de junho de 2016;II – apresentar, no período de 3 de abril de 2017 a 31 de julho de 2017, a Declaração de Regularização Cambial e Tributária (Dercat);III – informar na DAA referente ao ano-calendário de 2016 os recursos, bens e direitos de qualquer natureza constantes na Dercat. Se necessário retificar a DAA do exercício de 2017 o prazo para apresentar a retificadora em virtude da Regularização Cambial e Tributária é 30 de dezembro de 2017.IV – pagar o imposto sobre ganho de capital com alíquota de 15%, tendo como base de cálculo o valor de mercado, do bem ou direito regularizado, em 30/06/2016;V – pagar a multa de valor igual a 135% (cento e trinta e cinco por cento) do imposto apurado no item IV;VI – não incorrer nas condições impeditivas aplicáveis ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT).O Regime Especial de que se trata aplica-se ainda ao espólio cuja sucessão tenha sido aberta até a data de adesão ao RERCT.É facultado ao contribuinte que aderiu ao RERCT até 31 de outubro de 2016 complementar a Dercat entregue na primeira etapa da regularização, obrigando-se, caso exerça este direito, a pagar o imposto correlato e multa devidos resultantes desta alteração.(Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016; Lei nº 13.428, de 30 de março de 2017; Instrução Normativa SRF nº 118, de 27 de dezembro de 2000; Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, art. 3º; Instrução Normativa RFB nº 1.627, de 11 de março de 2016; e Instrução Normativa RFB nº 1.704, de 31 de março de 2017.). (RECEITA FEDERAL, 2020)

Pergunta nº 544. Quais as alíquotas aplicáveis para efeito de apuração do ganho de capital?

A partir de 1º de janeiro de 2017, as operações de alienação de bens e direitos de qualquer natureza passíveis de apuração de ganho de capital sujeitam-se às seguintes alíquotas: I – 15% sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00; II – 17,5% sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00; III – 20% sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00; e IV – 22,5% sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00. Na hipótese de alienação em partes do mesmo bem ou direito, a partir da segunda operação, desde que realizada até o final do ano-calendário seguinte ao da primeira operação, o ganho de capital deve ser somado aos ganhos auferidos nas operações anteriores, para fins de definição da alíquota aplicável, deduzindo-se o montante do imposto pago nas operações anteriores. A apuração do imposto sobre a renda com a utilização de alíquotas progressivas não se aplica: - ao Fundo de Investimento Imobiliário (FII) - 20% (Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, art. 18); - aos Fundos de Investimento em Participações - 15% (Lei nº 11.312, de 27 de junho de 2006, art. 2º); - aos Fundos de Investimentos em Cotas de Fundos de Investimento em Participações - 15% (Lei nº 11.312, de 27 de junho de 2006, art. 2º); - aos Fundos de Investimentos em Empresas Emergentes - 15% (Lei nº 11.312, de 27 de junho de 2006, art. 2º); - à diferença a maior entre o valor de mercado e o valor pelo qual o bem ou direito constavam na declaração de bens do de cujus, do doador ou do ex-cônjuge ou ex-convivente, nas transferências de direito de propriedade por sucessão, dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima, nas hipóteses de os bens e direitos serem avaliados a valor de mercado - 15% (Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 23). (Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, art. 21; Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016; e Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 3, de 27 de abril de 2016) As criptomoedas devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos da Declaração das pessoas físicas como “outros bens”. Os ganhos obtidos com a alienação de criptomoedas cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 serão tributados pelo imposto de renda, a título de ganho de capital, à alíquota de 15% (quinze por cento), devendo o recolhimento ser feito

até o último dia do mês seguinte ao da operação de alienação, utilizando-se do GCAP (Programa de Apuração dos Ganhos de Capital). (RECEITA FEDERAL, 2020)

Em suma, mesmo não havendo regulação suficiente a respeito das moedas virtuais, quando adquiridas ou vendidas, o contribuinte deve declará-las na ficha de bens e direitos como outros bens.

## 5. CONCLUSÃO

Conforme assevera Carvalho (2019, p. 321), a saber:

[...]torna-se intuitiva a conclusão segundo a qual os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido... uma vez assumido o caráter jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não econômica ou contábil, entre outras matérias. (CARVALHO, 2019, p. 321)

Dessa forma, deduz-se que a partir do momento que a atividade humana relacionada ao uso das moedas virtuais, mais especificamente o *bitcoin*, objeto do atual estudo, toma vulto de um paradigma social, que envolve diretamente a economia, além dos aspectos criminais e de relações de consumo inerentes, torna-se veemente a necessidade de o aparato estatal regulamentar a atividade por intermédio do legislativo e pelo Direito instituído, acompanhar as mudanças e evoluções a fim de tutelar as transações financeiras por parte dos cidadãos, evitando que fiquem à mercê de oportunistas e criminosos, além de o poder público exercer o respectivo recolhimento ao fisco da parcela cabível para o modal de atividade financeira.

Num primeiro momento, parece ser simples a solução, como por exemplo nas perguntas referentes às declarações de imposto de renda de 2020 elencadas anteriormente que, no campo “outros bens”, conforme visto, já preveem um espaço para que se declare a posse de *bitcoins*, sendo que a transação já é taxada. Porém, isso depende da boa vontade do contribuinte inclui-la em sua declaração.

Semelhante é o caso do *E-money*, que tem valor referência fixado na moeda corrente, porém, em se tratando do *bitcoin*, que tem valor referência em dólares, além de não haver uma previsão direta para a devida taxaço, precisa ser equiparado a ativos econômicos e, para que haja certo controle, depende ainda de ações e de acordos internacionais de colaboração e troca de informações a fim de que seja possível acompanhar o fluxo e movimentações dos *bitcoins*, mesmo que somente para contemplar o princípio da cláusula tributária do *pecúnia non olet* que, conforme Ricardo Alexandre (2017, n. p.). Isso significa que o dinheiro não tem cheiro e que todos que realizam um fato gerador devem arcar com o respectivo tributo, independentemente da atividade, sendo que para o Direito Tributário não há relevância se a situação que deu consequência à ocorrência do fato gerador configura em algum ilícito, mesmo que criminal, pois, conforme disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional (BRASIL. Lei nº 5.172/1966), há a “[...] aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica[...]”, o que em outras palavras quer dizer que se alguém auferir algum tipo de rendimento econômico, ocasionará o surgimento do fato gerador, no caso em específico, a obtenção de rendimentos, uma vez que o inciso I do artigo 118 do Código Tributário Nacional (BRASIL. Lei nº 5.172/1966) prevê que o fato gerador, como definição legal, “[...] deve ser interpretado abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente

praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos [...]”.

Dessa forma, mesmo que o contribuinte adquira um produto com dinheiro advindo de atividades ilícitas, será legítima a tributação até de produtos financeiros resultantes de atividades criminosas, nos termos do art. 118, I do CTN (BRASIL. STF, HC nº 77.530-RS), quem dirá uma atividade que visa ao lucro particular de forma menos dispendiosa, esquivando-se da obrigação tributária por meio da falta de efetivo controle estatal em virtude das características descentralizadas e dispersas nos equipamentos informáticos de cada usuário adepto da tecnologia especulativa financeira.

Havendo tutela do Estado regulamentando a atividade, é certo que diversas demandas judiciais deixarão de ser intentadas, pois muito do que se atribui como fora da legalidade só é definido dessa forma por falta de uma previsão legal.

Quanto à norma jurídica, o direito é, para Geraldo Ataliba (1968, p. 19-20), o “[...] conjunto unitário e ordenado de normas, em função de uns tantos princípios fundamentais, reciprocamente harmônicos, coordenados em torno de um fundamento comum”

A partir dessa definição, deduz-se que o sistema não é a simples união das partes, mas a integração harmônica dos elementos numa hierarquia, sendo a Ciência do Direito um conjunto de proposições descritivas sobre as normas jurídicas componentes do sistema do direito positivado, utilizando-se da linguagem de forma descritiva.

Sendo assim, para a problemática apresentada, assim como para toda a ação humana realizada em sociedade, faz-se necessário que se cumpra com o crivo de respeito a diversos princípios constitucionais e,

de forma geral, o do respeito aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa que, no caso em questão, desmembra-se em diversos outros princípios derivados desde o princípio da propriedade privada, princípio da função social da propriedade, princípio da livre concorrência, princípio da defesa do consumidor, entre outros que necessitam da garantia da segurança jurídica, a fim de que seu exercício se faça de forma isonômica, garantindo a igualdade social.

Em primeiro lugar, o legislador deve avançar na elaboração de diretrizes e regulamentos a fim de instrumentalizar o Poder Judiciário e, por sua vez, criar os precedentes por meio das demandas analisadas e julgadas de forma embasada na norma legal de forma individualizada para o fenômeno. E, dessa forma, ser equânime nos julgamentos, propiciando a almejada segurança jurídica.

Trazendo à luz a segurança jurídica pela pacificação de entendimentos, visando ao objetivo de apaziguar a sociedade e promover verdadeiramente a justiça.

Conforme visto na Reunião Deliberativa da PL 2303/15 do Banco Central do dia 13/09/2017 (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2017, n. p.), na fala do Sr. Rocelo Lopes<sup>15</sup>, não importa se a solução que seja necessária aplica-se ou qual órgão deva ser responsável para o devido acompanhamento e regulamentação, se o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, a Receita Federal, ou todos, pois o importante é que a atividade financeira com o *bitcoin* parece ter surgido para ficar e não deve ser relegada a plano secundário ou à anarquia, pois, ao garantir-se certa

.....  
<sup>15</sup> Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central” (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2017, n. p.).

segurança jurídica, a atividade pode mostrar-se extremamente vantajosa à sociedade: “[...] poder-se-ia afirmar que a segurança jurídica encontra-se no mínimo que o Estado deve garantir para que o cidadão possa se autodeterminar.” (GUIESELER, 2013, p. 13).

Ao assegurar o cumprimento do princípio da segurança jurídica, o poder instituído promove a manutenção do estado de direito, possibilitando as iniciativas individuais de forma isonômica e consciente por parte de cada cidadão.

Analisando de forma dialética a evolução do que conhecemos como moeda conforme histórico bem demonstrado no artigo publicado por Juliana Arnold (n. a., n. p.) denominado da “a moeda digital: a viabilidade ou não de uma moeda descentralizada”, que disserta desde o seu início pelo escambo, que quando já não contemplava todos os interesses pelas diferenças de objetos de troca, cedeu espaço aos processos indiretos de pagamento, que criaram a necessidade de se atribuir valor às mercadorias, facilitando assim atender à necessidade que era geral, e, com a divisão social do trabalho, teve origem a moeda, facilitando as transações e a formação de riqueza.

Arriscamos dizer que o *bitcoin* pode ser, se não uma evolução do que conhecemos como dinheiro, pelo menos o embrião de uma nova forma de negociar.

Principalmente na atual conjuntura que, em virtude da pandemia do COVID-19, a sociedade se vê obrigada a executar muitas ações cotidianas de forma remota e virtual, e isso nas mais diversas áreas, como na educacional, com as aulas e atividades via videoconferência, na comercial, no trabalho sendo executado de forma *home office*, na saúde, com a facilidade de marcações de consultas e retiradas de

resultado de exames por aplicativos, e igualmente na área econômica, com a facilitação de pagamentos e transações bancárias de forma remota via *apps* e *internet*, supermercados e lojas vendendo *on-line*, ações rotineiras que eram inimagináveis em passado muito recente.

Diante de tudo que vimos, é importante trazer à tona uma curiosidade a respeito do tema que foi percebida: é interessante e até contraditório que uma atividade que tem como característica principal o não controle central governamental careça, de forma crucial, ser tutelada a fim de que possa subsistir sem os ares de se constituir em atividade ilegal.

Igualmente, almejando-se o menor controle estatal que é característico, deve buscar na própria regulação estatal sua garantia.

Finalizamos a pesquisa sem que pudéssemos apontar uma resposta à pergunta inicial, qual seja: o *bitcoin* como fato gerador tributário? Motivo pelo qual permanecem muitas dúvidas e surgem diversas novas perguntas sobre o tema abordado.

Diante de toda a pesquisa, o que se faz líquido e certo é que, mesmo na condição de equiparado a ativos de cunho financeiro, o *bitcoin* se constitui sim em hipótese de incidência tributária, faltando apenas mecanismos eficazes para o Estado soberano intervir de forma efetiva no controle da atividade, tutelando, dessa forma, os direitos constitucionais dos cidadãos e trazendo à luz, e de forma concreta, a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPOIVM. 2017.

ARNOLD, Juliana. A moeda digital: a viabilidade ou não de uma moeda descentralizada. **MONOGRAFIAS BRASIL ESCOLA**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/administracao-financas/a-moeda-digital-viabilidade-ou-nao-uma-moeda-descentralizada.htm>> Acesso em: 20 jun.2020

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 1995.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1968.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado 25.306, de 19 de fevereiro de 2014**. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=25306>> Acesso em: 29 jun. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017**. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>> Acesso em 29 jun. 2020

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2001

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BRASIL. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm) Acesso em: 25 jun. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 set. 2019

BRASIL. **Lei nº 12.865 de outubro de 2013**. Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros; dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); autoriza a União a emitir, sob a forma de colocação direta, em favor da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), títulos da dívida pública mobiliária federal; estabelece novas condições para as operações de crédito rural oriundas de, ou contratadas com, recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE); altera os prazos previstos nas Leis nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e nº 12.249, de 11 de junho de 2010; autoriza a União a contratar o Banco do Brasil S.A. ou suas subsidiárias para atuar

na gestão de recursos, obras e serviços de engenharia relacionados ao desenvolvimento de projetos, modernização, ampliação, construção ou reforma da rede integrada e especializada para atendimento da mulher em situação de violência; disciplina o documento digital no Sistema Financeiro Nacional; disciplina a transferência, no caso de falecimento, do direito de utilização privada de área pública por equipamentos urbanos do tipo quiosque, trailer, feira e banca de venda de jornais e de revistas; altera a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins na cadeia de produção e comercialização da soja e de seus subprodutos; altera as Leis nºs 12.666, de 14 de junho de 2012, 5.991, de 17 de dezembro de 1973, 11.508, de 20 de julho de 2007, 9.503, de 23 de setembro de 1997, 9.069, de 29 de junho de 1995, 10.865, de 30 de abril de 2004, 12.587, de 3 de janeiro de 2012, 10.826, de 22 de dezembro de 2003, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 4.870, de 1º de dezembro de 1965 e 11.196, de 21 de novembro de 2005, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e 4.870, de 1º de dezembro de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm)> Acesso em 25 set. 2019.

**BRASIL. Projeto de Lei 2303, de 8 de julho de 2015.** Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Receita Federal**. Perguntas e respostas, imposto sobre a renda das pessoas físicas 2020. Disponível em: <[http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2020/perguntao/pr-irpf-2020-v-1-2-2020-04-13\\_publicacao.pdf](http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2020/perguntao/pr-irpf-2020-v-1-2-2020-04-13_publicacao.pdf)> Acesso em 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 77530/RS**. Relator: Sepúlveda Pertence. 25 ago. 1998. Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-09-1998 PP-00007 EMENT VOL-01923-03 PP-00522.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (36ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento nº 2202157-35.2017.8.26.0000**. Agravante: Santander Leasing S.A. Arrendamento Mercantil. Agravados: Alldora Tecnologia Ltda. e Outros. Relator: Milton Carvalho, São Paulo, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522705994/22021573520178260000-sp-2202157-3520178260000/inteiro-teor-522706031> Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1093727-65.2015.8.26.0100/SP**. Apelante: Michael Silva Santos. Apelado: Banco Itaucard S/A. Relator: Plínio Novaes de Andrade Júnior. 18 set. 2018. 12ª Câmara de Direito Privado. DJ: 18-09-2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1126743-39.2017.8.26.0100**. Apelante: MERCADO BITCOIN SERVIÇOS DIGITAIS LTDA. Apelado: BANCO SANTANDER BRASIL S/A. Relator: Ademir Benedito. 3 set. 2018. 21ª Câmara de Direito Privado. DJ 04-09-2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 2303/15 - BANCO CENTRAL REGULAR MOEDAS VIRTUAIS - Reunião Deliberativa - 13/09/2017

- 14:34. **Youtube**, 13 set. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VD7vhr6UEmI&t=3546s>> Acesso em: 14 set. 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019.

CHAVES, Breno. Exchange: o que é e como funciona? **BITCOINTRADE**. 01 out. 2021. Disponível em: <https://blog.bitcointrade.com.br/o-que-e-exchange/> Acesso em: 22 jun. 2021.

CIRIACO, Douglas. O que é P2P? **Tecmundo**. Publicação 25 ago. 2008. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/torrent/192-o-que-e-p2p-.htm>> Acesso em: 12 set. 2019.

Como surgiram as criptomoedas? A “economia digital” foi criada graças ao bitcoin. **Guia do Bitcoin**. 13 jun. 2017. Disponível em: <<https://guiadobitcoin.com.br/noticias/como-surgiram-as-criptomoedas-a-economia-digital-foi-criada-gracas-ao-bitcoin/>> Acesso em: 15 set. 2019.

**CRIPTO CWB**. Primeira Conferência de Curitiba. 2018. Disponível em: [https://m.facebook.com/criptocwb?locale=pt\\_BR&\\_rdr](https://m.facebook.com/criptocwb?locale=pt_BR&_rdr) Acesso em 15 set. 2019.

David Chaum. In: **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Alteração 23 jul. 2020. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/David\\_Chaum](https://en.wikipedia.org/wiki/David_Chaum)> Acesso em: 14 set. 2019

DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Atlas, 9<sup>a</sup> ed., 2008.

FALCÃO, Amilcar de Araujo. **Fato gerador da obrigação tributária**. Editora Noeses, 7<sup>a</sup> ed. 2013

FURLAN, Kaká. Economia circular do Bitcoin: cabe a nós virarmos a chave. **EXAME**. 11 nov. 2020. Disponível em: <https://exame.com/blog/usecripto/economia-circular-do-bitcoin-cabe-a-nos-virarmos-a-chave/> Acesso em 12 dez. 2020.

GOMES, Daniel de Paiva. **Bitcoin: A tributação de investimentos em criptomoedas**. São Paulo. 2019

GUIESELER JUNIOR, Luiz Carlos. **Análise do recurso extraordinário nº 566.621/RS como precedente obrigatório favor da segurança jurídica: o papel da jurisdição constitucional e a aproximação dos sistemas da common law e da civil law no respeito ao precedentes dela derivados**. 1.<sup>a</sup> ed. 2013, v. 1, p. 117-133.

GREGORIO, Rafael. Não é só bitcoin: conheça as principais criptomoedas no mercado. **VALOR INVESTE**. São Paulo. Atualizado 30 abr. 2019. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2019/04/30/nao-e-so-bitcoin-conheca-as-principais-criptomoedas-no-mercado.ghtml> Acesso em: 15 set. 2019.

HIGA, Paulo. Como entrar na deep web utilizando o tor. **Tecnoblog**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/189897/como-acessar-deep-web-links/> Acesso em: 10 set. 2019.

História do bitcoin e o que está por trás dessa moeda tão polêmica. **BITCRIS**. 25 fev. 2018. Disponível em: <http://www.bitcris.com.br/2018/02/o-que-e-bitcoin-e-como-funciona-entao.html> Acesso em: 16 set. 2019.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Dicionário jurídico tributário**. São Paulo: Saraiva, 1<sup>a</sup> ed., 1995.

LAZZARINI, Giuseppe Mateus Boselli. ICO para startups. **BAPTISTALUZ**. 14 jun. 2018. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/espacostartup/ico-para-startups/>> Acesso em: 20 set. 2019.

LUCENA, Antônio Unias de; HENRIQUES, Marco Aurélio Amaral. Estudo de arquiteturas dos blockchains de bitcoin e ethereum. In: **IX Encontro de Alunos e Docentes do DCA/FEEC/UNICAMP**, 9, 29-30 de setembro, Campinas, São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/eadca/eadcaix/artigos/lucena\\_henriques.pdf](http://www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/eadca/eadcaix/artigos/lucena_henriques.pdf)> Acesso em: 12 set. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 39ª ed., 2018.

Obtenha uma demonstração gratuita do software da hubspot. **HUBSPOT**. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2019/04/30/nao-e-so-bitcoin-conheca-as-principais-criptomoedas-no-mercado.ghtml>> Acesso em: 15 set. 2019.

Qual é a diferença entre ICO, STO e IEO? **BITNOTÍCIAS**. Disponível em: <https://bitnoticias.com.br/qual-e-a-diferenca-entre-ico-sto-e-ieo/> Acesso em: 15 set. 2019.

Quando e como foi criado o bitcoin? **FinanceOne**. 11 jun. 2018. Disponível em: <https://financeone.com.br/quando-como-criado-bitcoin/> Acesso em: 18 set. 2019.

Quem é Satoshi Nakamoto? Veja algumas teorias. **Foxbit**. 02 fev. 2019. Disponível em: <<https://foxbit.com.br/blog/quem-e-satoshi-nakamoto-veja-algumas-teorias/>> Acesso em: 14 set. 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 8ª Edição. Ed. Método, 2018.

SANTIAGO, Tomás; MOTA, Eduardo. Bitcoin – Uma breve história do nascimento da criptomoeda. **PPLWARE**. Publicação 18 dez. 2017. Disponível em: <<https://pplware.sapo.pt/informacao/bitcoin-uma-breve-historia-do-nascimento-da-criptomoeda/>> Acesso em: 10 set. 2019.

SCHIAVON, Guto. Comprar bitcoin? Conheça as 6 formas básicas de conseguir a criptomoeda. **FOXBIT**. 21 ago. 2015. Disponível em: <<https://foxbit.com.br/blog/comprar-bitcoins-formas-basicas/>> Acesso em 18 set. 2019.

Significado das criptomoedas. **Significados**. Atualizado em 27 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/criptomoedas/>> Acesso em 20 set. 2019.

Taxa de hash. **Bitcoin**. Disponível em: <[https://bitcoin.org/pt\\_BR/vocabulario#taxa-de-hash](https://bitcoin.org/pt_BR/vocabulario#taxa-de-hash)> Acesso em 15 set. 2019.

TELLES, Chistiana Mariani da Silva. **Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação**. Rio de Janeiro 2018

Tudo o que você precisa saber sobre o security token offering (STO). **BLOXS**. 23 mai. 2020. Disponível em: <<https://conteudos.bloxs.com.br/o-que-e-security-token-offering/>> Acesso em: 15 jun. 2020.

ULRICH, Fernando. Bitcoin. **A moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Von Mises Brasil. 1ª Ed. 2014.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça e

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



# SOCIEDADE ANÔMALA DA IMPROBIDADE E CORRUPÇÃO E A PERSPECTIVA DO “DEVER SER” KELSENIANO

*ANOMALY SOCIETY OF IMPROBITY AND  
CORRUPTION AND THE PERSPECTIVE  
OF KELSENIAN “OUGHT”*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0002](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0002)

**Rebeka Souto Brandão Pereira<sup>1</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0001-9099-9003>.

 <http://lattes.cnpq.br/4189189988175321>

**Vladimir da Rocha França<sup>2</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0001-9977-3617>

 <http://lattes.cnpq.br/5120480321290362>.

**RESUMO:** O presente estudo tem como **objetivo** realizar reflexões sobre a (in) existência de uma sociedade voltada para a ilicitude no âmbito da administração pública, mediante a análise da normalidade desse tipo de sociedade, sob os aspectos da teoria pura do direito e suas peculiaridades, com a finalidade de discutir a distinção entre o “*ser*” e o “*dever ser*” à luz da teoria Kelseniana. O **método** utilizado foi o hipotético-dedutivo, tendo por instrumento a pesquisa bibliográfica para o estudo de doutrinas interdisciplinares e publicações científicas no que pertine à problemática. Os **resultados** obtidos apontaram para o “jeitinho” como aspecto da cultura brasileira, e, sob o prisma de Kelsen, ocorrem distorções do direito, já que o próprio sistema jurídico de gestão pública foi criado com liames de subjetividade, oportunizando a formação de sociedades

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Doutorado pela CAPES. Mestra em Direitos e garantias fundamentais pelo Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: rebekasbrandao@gmail.com.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

voltadas às práticas da corrupção e improbidade que contrariam a normatividade jurídica, sendo, portanto, consideradas anormais.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa. Corrupção. Cultura brasileira. Kelsen. Sociedade anômala.

**ABSTRACT:** The study aims to reflect on the (in) existence of a society focused on illegality within the scope of public administration, analyzing under the aspects of the pure theory of law and its peculiarities, with the purpose of discussing the distinction between “being “And the” should be “in the light of the Kelsenian theory the normality of the existence of these societies. The method used was the hypothetical-deductive, using as an instrument the bibliographic research for the study of interdisciplinary doctrines and scientific publications as it pertains to the problem. The results obtained pointed to “jeitinho” as an aspect of Brazilian culture, and under Kelsen’s viewpoint, there are distortions of law in which the legal system of public management itself was created with links of subjectivity providing opportunities for the formation of societies focused on the practices of Corruption and improbity that contradict legal norms, therefore, are considered abnormal.

**Keywords:** Administrative improbity. Corruption. Brazilian culture. Kelsen Anomalous society.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como propósito preambular realizar reflexões acerca da existência de uma sociedade voltada para a ilicitude no âmbito da administração pública, a partir de uma análise conduzida sob os aspectos da obra *Teoria Pura do Direito* e suas peculiaridades, de forma a perfazer uma incursão na teoria Kelseniana, analisando a normalidade da existência de sociedades voltadas à corrupção e à improbidade e avaliando a suposição de que tais condutas ilícitas são inerentes à cultura brasileira.

Nesse sentido, torna-se oportuno responder aos seguintes quesitos: quais as peculiaridades da sociedade brasileira e de que forma a cultura propicia e reforça a existência de grupos com finalidades voltadas às

práticas de corrupção e improbidade? Qual a relação entre a teoria pura do direito e a sociedade anômala da improbidade e da corrupção? Existem sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade?

Na seção inicial, o trabalho faz uma digressão histórica sobre as particularidades da sociedade brasileira, traçando uma abordagem jusfilosófica sobre o surgimento da cultura do “jeitinho” e como o direito pode afetar diretamente na prática de atos ilícitos na gestão do patrimônio público. Para tanto, serão utilizadas literaturas de Livia Barbosa (1992), Héctor A. Mairal (2018) e Keith S. Rosenn (1998).

Na seção seguinte, trata-se o tema da setorização do *ser* e do *dever ser*, a fim de encontrar subsídios para responder qual a relação entre a teoria pura do direito e a sociedade anômala da improbidade e da corrupção. Nesse aspecto, adentraremos a doutrina de Hans Kelsen (2009), dialogando com os autores utilizados na seção anterior.

Na última seção, o estudo aborda a existência de sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade. Será utilizada a obra de Calil Simão (2019), que expõe a temática do cometimento de atos de corrupção e improbidade administrativa por grupos de pessoas, demonstrando tais eventos, por meio da dogmática jurídica e análise do discurso na fundamentação das sentenças contendo a formação de grupos para o cometimento de atos de improbidade e corrupção.

O método utilizado no presente estudo foi o hipotético-dedutivo e, como instrumento, a pesquisa bibliográfica, o que proporciona o aprofundamento das questões epistemológicas sobre a existência e correlações da sociedade anômala da corrupção e improbidade com a cultura brasileira no contexto da sociedade moderna.

## 2. A SOCIEDADE BRASILEIRA E O “JEITINHO”

Os cidadãos brasileiros, na atualidade, vêm aderindo a hábitos que contribuem para mudança de postura, pois a restauração do Estado de Direito teve por consequência a intenção reducionista dos impactos adquiridos desde a origem das nossas raízes paternalistas. Trata-se, portanto, de uma nova corrente de pensamentos e posturas voltados para o rompimento de paradigmas arraigados nas origens histórico-culturais dos brasileiros<sup>3</sup>.

Desse modo, é indispensável promover uma digressão histórica – reflexões acerca da nossa sociedade e sua relação com as habilidades do sujeito ímprobo e corrupto e o “jeitinho” na cultura brasileira, sendo cabível uma apreciação com o viés socioantropológico de Barbosa (1992), que aponta o “jeitinho” como identidade nacional do Brasil, isso, pois a autora considera que as identidades sociais significam construções culturais erguidas pelas relações entre grupos e pessoas que:

(...) funcionam como sistema codificador de uma vasta teia de relações. É um sistema de classificação que separa e ordena uma população numa série de categorias que se opõem e complementam. Elas são produzidas pelos diversos discursos que se entrecruzam no interior da sociedade e que lhes conferem um sentido de posição no conjunto do campo discursivo em função do contexto em que tais enunciados são explicados. (BARBOSA, 1992, p. 125-126)

Na visão da autora supramencionada, ao comparar a cultura brasileira com a norte-americana, e as relações sociais, no Brasil ocorre que é natural que os sujeitos compartilhem suas personalidades com estranhos com a finalidade de deixar suas relações pessoais

.....  
<sup>3</sup> Prefácio da obra *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Keith S. Rosenn.

mais operacionais na tentativa de lograr a sobreposição da moral à Lei. No caso dos Estados Unidos da América, é o oposto, pois expor suas particularidades é se tornar vulnerável, além de aniquilar um dos princípios básicos do credo americano: “*self-reliance*”, a autoconfiança.

De tal modo, conclui a autora que “embora o norte-americano acredite na equivalência de todos perante a lei, ele hesita dessa equivalência no plano moral”. Isso ressaltando a preocupação com os aspectos morais nas suas relações sociais, o que para o brasileiro é uma parte da estratégia de lograr êxito nas relações sociais (BARBOSA, 1992, p. 121-122).

Dessa maneira, de forma ampla e direta, podemos observar os desvios éticos, e muitas vezes não ilegais, promovidos por ocupantes de cargos junto à administração pública para benefício próprio ou dos seus, isso pela própria peculiaridade do sistema normativo brasileiro ser frequentemente moldado a fim de atingir seus objetivos práticos (ROSSEN, 1988, p. 12).

Nesse aspecto, Charles Morazé (1954, p. 195), um cientista social francês, afirma que o jeito é “uma engenhosa operação que torna o impossível, possível; o injusto, justo; o ilegal, legal”, reforçando as ideias acima explanadas.

Assim, é possível compreender que o jeitinho brasileiro se trata de um instituto, criado e conservado pela cultura brasileira como um mecanismo que nos proporciona uma releitura de alguns princípios individualistas na perspectiva de hierarquia entre os sujeitos, tal como a expressão “você sabe”, “recebendo um peso, um valor e reconhecimento de sua existência social, isso ocorreu pelo fato do individualismo, enquanto ideologia, circunscrito em sua expressão no nível jurídico

e legal, passou a contaminar outros domínios e níveis da vida social brasileira.” (BARBOSA, 1992, p. 83-85).

Numa visão mais sistêmica, Mairal, na sua obra *As raízes legais da corrupção*, destaca que tais posturas nos países da América latina, onde, na gestão pública, se desprezam alguns dos princípios éticos e legais, acabam por premiar a lealdade pessoal ao círculo de amigos e família, afirmando que: “um funcionário que aplique rigorosamente a lei administrativa (aduaneira, fiscal, etc) a um familiar ou a um amigo será socialmente objeto mais de críticas do que de elogios” (MAIRAL, 2018, p. 25).

Dessa maneira, é possível afirmar que são diversas as causas da corrupção, sendo essa retroalimentada por um sistema legal formal que favorece e canaliza a corrupção. Noutras palavras, trata-se do uso da própria máquina pública, do seu acervo legal, de forma legítima para o cometimento de atos de improbidade e corrupção.

Dar-se-á, nessa ótica, uma nova perspectiva da análise da corrupção, a qual consiste em desfocar dos culpados e centralizar o olhar nas causas legais e estruturais que incidem direta e indiretamente sobre a corrupção (MAIRAL, 2018, p. 30-32).

Portanto, ao perfazer-se uma análise das causas legais da corrupção, não serão ponderadas as questões ideológicas na sistemática de importância na visão dos corruptos, trata-se da questão financeira de forma objetivada, importando para a sociedade civil uma postura mais ativa, impondo aos políticos um padrão mínimo de ética nas decisões que envolvam o patrimônio público.

O jeito pode ser subdividido em cinco tipos de diferentes comportamentos: o primeiro como aquele em que o servidor público

deixa de cumprir a sua função legítima para troca de promoção funcional ou obtenção de vantagem pecuniária; o segundo, o particular que emprega um subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal e justa; o terceiro, o servidor público que cumpre as suas funções com rapidez somente mediante promessa de promoção funcional ou obtenção de vantagem pecuniária; o quarto, o particular que burla uma lei utópica, injusta ou economicamente ineficiente; por fim, o quinto comportamento do jeito, o servidor público que foge do cumprimento de seu dever legal em razão de sua convecção de que a Lei é ficta, injusta ou economicamente ineficiente (ROSSEN, 1998, p. 13-14).

Nota-se que os três primeiros padrões de condutas se amoldam nos dispositivos legais que tratam da corrupção e da improbidade administrativa, denotando-se um comportamento desonesto que objetiva beneficiar a si ou a outrem, violando os princípios da administração pública e dilapidando o patrimônio da edilidade. Já o quarto e o quinto comportamentos são aqueles em que é admissível dizer que o interesse público seria melhor servido se as obrigações legais fossem burladas.

O que reforça a ideia trazida por Barbosa (1992), e agora complementada por Rosenn (1998), de que o jeito não comporta um estigma, pelo contrário, os comportamentos identificados no jeito o fazem uma “instituição brasileira” altamente compensadora.

Mas as raízes do jeito possuem extremidades na formação do Estado português, com a postura portuguesa no tocante ao direito, que foi necessariamente influenciada pelo Direito Romano, pelo pluralismo legal e pelo Catolicismo. Como consequência da colonização que o Brasil vivenciou, a sua herança foi sistematizar e replicar as influências do Direito Romano em relação ao sistema jurídico.

Nesse sentido, as atitudes brasileiras concernentes ao manejo do direito receberam cargas peculiares de caráter da regra colonial portuguesa. Rosenn (1998) destaca cinco características culturais oriundas da herança portuguesa: “1) alta tolerância da corrupção; 2) falta de responsabilidade cívica; 3) profunda desigualdade socioeconômica; 4) sentimentalismo e 5) disposição de chegar a um acordo.” [SIC].

Depreendem-se, portanto, os contornos subjacentes da cultura brasileira, destacando-se primordialmente, no sentido de amenizar ou justificar os atos corruptos e ímprobos, o que já reflete na questão da falta de interesse pelo que é público, coletivo, do povo. Isso implica na crescente desigualdade social, no sentimentalismo “programado” para o que é certo demonstrar e, por fim, no arranjo de conciliar propostas e metas, a fim de se resolver litígios e definir proveitos.

Por meio dos dados levantados pelo portal da Transparência Internacional, que divulga o panorama atual da corrupção, pode-se perceber que:

O Brasil caiu 9 posições no IPC este ano em comparação ao ano anterior, ocupando a 105<sup>a</sup> colocação entre 180 países avaliados. A pontuação passou de 37 para 35. Este é o pior resultado desde 2012, quando os dados passaram a ser comparáveis ano a ano, e representa a 3<sup>a</sup> queda anual seguida. (Transparência Internacional, 2019)<sup>4</sup>

Logo, constata-se que o jeito está radicado em todos esses legados e, ao traçar-se um paralelo entre o jeitinho, a cultura da corrupção e a

.....  
<sup>4</sup> O site da Transparência Internacional explica que o referido Índice se trata da Percepção da Corrupção (IPC) que “é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro”. Acesso em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>).

prática de atos de improbidade administrativa, torna-se cabível, por ora, tratar sobre quais prejuízos disseminados na população são decorrentes de tais posturas lesivas.

O Poder Público possui como objetivos fundamentais fomentar e concretizar os direitos à educação, à saúde, à defesa externa, à justiça, à habitação e ao transporte. Tudo fica prejudicado, uma vez que, não tendo recursos, ou sendo eles devidos, há fatal prejuízo à boa prestação de serviços. Pois, em decorrência da corrupção, os recursos públicos deixam de vir aos cofres do Estado o que prejudica a população (OLIVEIRA, 2004, p. 1387).

Isso se justifica, pois os desvios de recursos públicos representam perda para determinada sociedade e, com tais mecanismos ilegais, as verbas não chegam ao seu destino. Assim, dos 25% (vinte e cinco por cento) das receitas dos impostos que estados, Distrito Federal e municípios devem destinar à educação, valor mais protegido e privilegiado pelo constituinte, cerca de 5% (cinco por cento) são desviados de seu destino. Na saúde, a EC 29/2000 determina investimentos com percentuais consideráveis que também são desviados. E o mesmo ocorre com os recursos destinados à habitação, saneamento básico e justiça (OLIVEIRA, 2004, p. 1388).

Portanto, não há dúvidas quanto à visão da corrupção como agressora dos direitos humanos:

(...) na medida em que os recursos públicos são desviados para pagamento de propinas, para extorsão de servidores, para fraudes, para compras de consciências, para liberação acelerada de verbas, para ganho em licitações, para o não pagamento de tributos, para sonegação, enfim, para deturpação de qualquer espécie, o lesado não é o governo, mas o ser humano. (OLIVEIRA, 2004, p. 1389)

Pois, de maneira reflexa e indireta, os recursos são desviados dos cofres públicos por meio da violação moral superior<sup>5</sup> (moralidade pública), qualificada pela presença da exploração do poder (força) – deturpada, muitas vezes pela confiança (fantasiosa) transmitida pelo agente público em razão do cargo. O que, inevitavelmente, poderá repercutir na prestação dos serviços públicos, os quais têm como objetivo garantir e sanar os direitos sociais traçados no texto constitucional.

De tal maneira, é patente a informação de que não se confunde a improbidade com a simples ilicitude, pois o ato ímprobo é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, de sorte que o Superior Tribunal de Justiça considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10<sup>6</sup>.

O Direito se alia à corrupção na medida em que características do próprio texto normativo abrem precedência para a corrupção, seja por imperfeições ou distorções normativas, ou seja, é o liame subjetivo que cria espaço para a insegurança jurídica, campo este fértil para a corrupção (MAIRAL, 1998).

Frise-se que, em que pese o ordenamento jurídico servir, em tese, para propugnar a segurança, a paz, e a justiça, por outro lado, os liames subjetivos das normas nos levam ao inverso das pretensões jurídicas. Nesses termos, o desvelamento ontológico com foco nas subjetividades

.....  
<sup>5</sup> Conceito utilizado pelos autores Oliveira Junior e Kazmierczak no estudo de título “Violação dos direitos fundamentais decorrente da corrupção e o direito fundamental ao governo honesto.”. Artigo publicado no CONPEDI, 2019. 25p.

<sup>6</sup> O citado entendimento foi extraído do julgado oriundo do STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, de 28/9/2011.

normativas tornar-se-á prioridade para a aplicabilidade do direito dentro dos seus parâmetros objetivos.

Por consequência, torna-se essencial trazer à baila as considerações de Kelsen (2009) acerca do tema, a fim de buscar possíveis correlações entre a teoria pura do direito e o liame subjetivo da interpretação e aplicação das normas, vez que o jeitinho brasileiro desvelou a existência e o agir da sociedade anômala da improbidade e da corrupção.

### 3. O SER E O DEVER SER KELSENIANO

A setorização do *ser* e do *dever ser* são as consequências do agir conforme as normas de direito e/ou de acordo com as questões volitivas do sujeito no campo das condutas em que se enquadram a corrupção e a improbidade, a fim de se trazer as discussões, segundo Hans Kelsen (2009), sobre a sociedade anômala da improbidade e da corrupção, objetivando descobrir subsídios para responder qual a relação entre a teoria pura do direito e a sociedade.

Inicialmente, é importante delinear que as contribuições da obra *Teoria Pura do Direito* baseiam-se originariamente no princípio da pureza, consistindo no princípio metodológico fundamental, sendo para este um instrumento delimitador da ciência jurídica, usando-se tanto o método quanto a teoria jurídica. E, para o autor, o direito necessita ser aceito como uma norma posta e não como fato social<sup>7</sup>.

.....  
<sup>7</sup> Kelsen, que objetivava libertar a ciência jurídica de influências de outras ciências, tais como a Filosofia e a Sociologia, propôs o princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo, neste sentido, “A pureza de método da ciência jurídica é posta em perigo, não apenas por se levar em conta os limites que separam esta ciência jurídica da ciência natural, mas – muito mais ainda - pelo fato da ciência jurídica não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de se distinguir claramente entre Direito e Moral.” (2009, p. 64).

Além disso, compreende-se que a ciência jurídica em si “tão só” apreende a conduta humana (determinada por norma jurídica), a qual representa uma interpretação normativa dos fatos dessa conduta. Descreve as normas jurídicas através dos atos de vontade que não de ser aplicados (as normas) e observados também por atos de conduta e, por consequência, descrevem-se as relações constituídas através dessas normas jurídicas (KELSEN, 2009, p. 80 e 81).

As proposições jurídicas são os juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem (em conformidade com a ordem jurídica) – dado o conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento.

E as normas jurídicas são “produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e observadas pelos destinatários do Direito”. Trata-se de mandamentos (comandos, imperativos), permissões e atribuições (de poder ou competência). E não instruções (ensinamentos). “O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência – não ensina nada” (KELSEN, 2009, p 80).

Ao passo que, para o autor, as normas morais não só recaem sobre a conduta de um homem em face de outro, mas há condutas morais que prescrevem uma conduta do homem em face de si mesmo. Afirma ainda que:

Essas normas morais (em face de si mesmo) apenas surgem na consciência de homens que vivem em sociedade e que, portanto, ainda que imediatamente digam respeito ao homem, mediamente referem-se aos membros da comunidade. Para um indivíduo que vivesse isolado não teriam sentido. (KELSEN, 2009, p 64)

O autor, ao ponderar uma ligação entre o direito e a moral, afirma que, para tanto, deveria haver elementos morais objetivos, absolutos e necessários, mas que esses elementos morais objetivos, absolutos e necessários não existem. Por outro lado, Robert Alexy (2013, p. 153-171) defende que elementos morais objetivos, absolutos e necessários existem e só existem por serem fundamentais.

Complementa Alexy (2013) que de acordo com a mencionada tese de Hans Kelsen:

*(...) de que un sistema social inmoral no es jurídico presupone una moral absoluta, es decir, una moral que sea válida en todas partes y en todo tiempo*<sup>8</sup>. (ALEXY, 2013, p. 154)

Assim, é patente que a discussão entre direito e moral não se dá de maneira linear entre os autores, de forma que, na perspectiva Kelseniana, há uma antinomia natural entre a moral e o direito.

Atente-se que, para Kelsen (2009), a conduta humana – *ser* – apenas adquire aceção jurídica quando coincide com uma previsão normativa válida – *dever ser* –, podendo a conduta humana se conformar ou contrariar uma norma e, dessa forma, pode ser avaliada como positiva ou negativa. Ao passo que as normas são postas por ato volitivo e, por esse motivo, os valores através delas constituídos são arbitrários e relativos.

Por conseguinte, outros atos de vontade humana poderiam gerar distintas normas, diferentes das primeiras, e, igualmente, compor outros valores. Pois bem, o liame entre *ser* e *dever ser* admite que a teoria jurídica concebida independa do conteúdo material das normas jurídicas.

.....  
<sup>8</sup> Tradução para português: “de que um sistema social imoral não é jurídico pressupõem uma moral absoluta, é decidir, uma moral que seja válida em todas as partes e em todo tempo”.

A propósito, o conceito de *dever ser* traduz-se como um ato de vontade humana direcionada ao comportamento de outro indivíduo, no sentido de permissão, atribuição de poder e/ou prescrição. Todavia, é inconfundível a norma jurídica com o comando (ou o ato volitivo) que a ensejou, ou seja, estão em espectros distintos, o *ser* e o *dever ser*. O mencionado autor exemplifica que a existência de uma norma jurídica criada pelo Legislativo não depende mais da vontade deste após sua edição:

A “existência” de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe. [...] É errôneo caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como “vontade” ou “comando” – do legislador ou do Estado –, quando por “vontade” ou “comando” se entenda o ato de vontade psíquica. (KELSEN, 2009, p. 11)

Assim, oportuno se faz traçar debates acerca das tensões e limites na concepção de direito e de ciência do direito em Hans Kelsen (2009)<sup>9</sup>, bem como se deu a recepção da obra *Teoria Pura do Direito* no Brasil<sup>10</sup>.

Nesse segundo aspecto, adentrando as “normas” da cultura brasileira, o autor busca dimensionar o modo pelo qual a “Teoria Pura” foi recepcionada<sup>11</sup> pelos juristas sul-americanos, destacando os seus limites e seus equívocos, para além do problema do idioma – a edição

.....  
<sup>9</sup> Tal pensamento foi extraído do artigo científico do autor Caio Santiago Santos, cujo título é “O formalismo jurídico em Hans Kelsen: tensões e limites”.

<sup>10</sup> Entendimento extraído da obra *A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul*, que no Brasil foi escrita por Carlos Eduardo de Abreu Boucault, sobre Hans Kelsen.

<sup>11</sup> O autor explica que “O fenômeno da recepção” entre as culturas jurídicas não é um processo automático, considerando-se que preexiste uma cultura autóctone que tende a absorver ou a rejeitar a influência da cultura dominante. Nesse sentido, as teorias não são recepcionadas e aplicadas segundo a ideação dos matizes epistemológicos, isto em razão de diferentes concepções, tanto no plano da política como das instituições locais.

original, com relação a traduções e à disseminação da teoria na esfera das elites jurídicas do país.

Atente-se que o formalismo jurídico, de modo geral, pode ter diversos significados e aparecer de distintas formas, segundo Boucault (2015), no Brasil, os pontos basilares da Teoria Pura se ilustram nas seguintes questões:

a) a separação entre o direito e a moral; b) o positivismo e o jusnaturalismo como expressão de uma dicotomia enfraquecida, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 139); c) as funções do Direito e a teoria funcional; d) o positivismo jurídico e seu caráter autoritário e coativo; e) a questão da validade e da eficácia das normas em face dos pressupostos da validade, a norma jurídica isolada e o pertencimento ao sistema jurídico; f) a questão da validade e da justiça de normas e seu perfil objetivo; g) o formalismo como fator equivalente ao positivismo; h) os fundamentos teóricos do “Ser” e do “Dever Ser” e a questão do Direito Natural; i) a Supremacia da Constituição no sistema jurídico; j) a teoria da Norma Fundamental: sua aporia e filiação à doutrina de Kant; k) a faticidade e a autonomia do Direito Internacional; l) o domínio da interpretação das leis – a teoria da moldura e o poder do intérprete; m) a hierarquia das normas, do aluno de Kelsen, Adolf J. Merkl, e a dinamização do sistema jurídico; n) a interpretação das normas como ato de vontade. (BOUCAUTL, 2015, p 102)

Por isso, considera-se que a proposta Kelseniana foi especialmente desenvolver uma ciência do direito com o enfoque no estudo de normas jurídicas positivas, independentemente do seu conteúdo específico e, com isso, a aplicação destas pelo Poder Judiciário na concretização de direitos constitucionais.

Com base na distinção entre plano do *ser* e plano do *dever ser*, o autor preconizou o formalismo metodológico para o estudo de normas jurídicas, sabendo que a distinção entre o *ser* e o *dever ser* é alcançada pela ciência do direito e não pela prática jurídica.

Assim, a tentativa da pureza metodológica pode gerar algumas lacunas na aplicação do direito no atual contexto, sustentando, inclusive, a questão trazida por Hector Mairal (2018), de que o Direito se alia à corrupção na medida em que características do próprio texto normativo abrem precedência para a corrupção, seja por imperfeições ou distorções normativas, ou seja, é o liame subjetivo que cria espaço para a insegurança jurídica, campo este fértil para a corrupção.

Portanto, considera-se que a adoção de uma ou outra compreensão sobre o direito e/ou conhecimento jurídico tende a conformar a sua própria prática, e, especificamente, em relação à justificação de decisões judiciais, abre margem às interpretações.

Dessa forma, o autor indica que o direito é “impuro”, ou seja, sofre influência da política e da economia, não sendo possível para ele que essas influências alcancem também a ciência do direito:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia, sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 2006, p. 1-2)

O aspecto da normatividade na visão kelseniana equivale a um *dever ser* genuíno, com uma demanda justificada na deliberação prática que tenha por conteúdo uma razão válida para a pessoa. Portanto, a normatividade jurídica consiste em imperativos condicionais, se apoiada em um ponto de vista normativo exato e determinada pela Norma Fundamental, sendo esta que subsidia o esclarecimento sobre o senso de que o direito é um domínio normativo e explica em que consiste essa normatividade.

Assim, em que pese haver uma razão de se justificar o “jeitinho” como identidade nacional do Brasil, sendo este um vetor à prática da corrupção e improbidade no contexto brasileiro, a perspectiva da Teoria Pura do direito nos induz a afastar a possibilidade idealista de conformar essa postura com a normalidade.

Mairal (2018, p. 21-39) aduz que a corrupção é multicausal, ou seja, não possui apenas uma causa, mas várias – sendo retroalimentada por um sistema legal e formal que favorece e canaliza a corrupção.

A aplicação da norma, na visão Kelseniana, é a “criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou a execução do ato coercivo estatuído por uma norma” e quem a aplica é a autoridade judiciária ou administrativa (KELSEN, 2009, p. 260).

Noutros termos, na sistemática da prática da improbidade e corrupção – em que os sujeitos ativos<sup>12</sup> não são tão somente os servidores públicos, mas também aqueles que detêm o *múnus* público, ou seja, a obrigação decorrente de lei da função pública, é possível depreender que se abre um espaço para o uso legítimo da própria máquina pública e do seu sistema legal para o cometimento de atos de improbidade e corrupção, vez que quem cria e aplica as normas são as autoridades judiciária, legislativa e/ou administrativa.

Portanto, é possível deduzir que todo o sistema de gestão pública foi criado com liames de subjetividade, considerando que é a cultura do jeitinho – retroalimentada por um sistema normativo, criado e fomentado pelos interessados que criam e sustentam interesses comuns

.....  
<sup>12</sup> Conforme estabelece os artigos 1º, 2º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/1992.

– que sustenta uma rede social que gira em torno dos seus, havendo, portanto, a setorização do *ser* e do *dever ser*.

Nesse contexto, as próprias características da sociedade brasileira nos impõem o raciocínio de que são vetores importantes para os lastros das subjetividades normativas, de modo que tanto o momento da produção da norma como o seu processo de hermenêutica mostraram-se permeados pelas subjetividades e possíveis distorções legais, reforçando a ideia da teoria da multicausalidade da corrupção, segundo a qual a corrupção é retroalimentada por um sistema legal e formal que a favorece e canaliza.

Em que pese essa incursão nas teorias das causas plausíveis de corrupção e improbidade, para Kelsen, sob o ponto de vista jurídico, as sociedades contrariam a normatividade jurídica, portanto, são consideradas anômalas.

#### **4. FORMAÇÃO DA SOCIEDADE ANÔMALA DA IMPROBIDADE E DA CORRUPÇÃO**

Os dados do Poder Judiciário<sup>13</sup> nos auxiliam na percepção de que a corrupção e a prática de atos de improbidade administrativa são um fenômeno social, pois se o Estado é corrupto, a sociedade também o é, uma vez que os dois são praticamente indissociáveis desde a concepção. Isso significa que os elementos da corrupção variam entre as

.....  
<sup>13</sup> Dados extraídos da página do Conselho Nacional de Justiça apontaram que, em 2013, apenas na Justiça Estadual, o número de processos entre passivos e julgados em improbidade administrativa era 49.791, os que versavam sobre Crimes contra a administração pública eram 104.437 processos, o que só nessa área totaliza mais de 150 mil demandas ajuizadas em que a probidade administrativa foi violada.

sociedades, o que reforça a ideia da cultura do jeitinho já consolidada na sociedade brasileira.

A corrupção em âmbito estatal (ou social) é qualificada pela falta de capacidade moral dos cidadãos de assumir compromissos éticos voltados para o bem comum, ou seja, de sustentar compromissos que não lhes tragam alguma gratificação pessoal (SIMÃO, 2019, p. 39).

A improbidade administrativa em nível de uma patologia social deve ser reprimida juridicamente por meio da Lei de Improbidade Administrativa, na busca de redução dos privilégios irrazoáveis, irracionais ou absolutos dos detentores de poderes políticos e administrativos (OSÓRIO, 2007, p. 21-22).

A Lei de Improbidade Administrativa tem por objetivo regulamentar o §4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e como finalidade específica combater a improbidade e a corrupção, de forma a proteger a moralidade administrativa e a dilapidação do patrimônio público (DUARTE JÚNIOR, 2017, p. 47).

Por sua vez, a corrupção, cuja conduta criminosa do mesmo modo viola os princípios norteadores da Administração Pública e resulta em prejuízos econômicos ou financeiros para o patrimônio público, é combatida por meio da ação penal por crime contra a administração pública e está embasada no §6º, do artigo 37, da CF/88 e no Título XI do Código Penal (BEZERRA FILHO, 2018, p. 33-34).

Nota-se, portanto, a impositividade cultural brasileira por meio dos padrões comportamentais do “jeitinho” trazidos por Rosenn (1998, p. 13-14), na postura do sujeito ao desenvolver função pública – propugnando a conformação de condutas desonestas que objetivam beneficiar a si, ou a outrem, violando os princípios da administração

pública e dilapidando o patrimônio da edilidade, bem como aqueles nos quais é admissível dizer que o interesse público seria mais bem servido se as obrigações legais fossem burladas.

É necessário ressaltar que, para isso, deve-se dar uma especial atenção à vinculação e diferença das questões éticas no sentido estrito e moral, bem como ao direito (ZAN, 2004, p. 14), pois é nesse sentido que tal raciocínio causará maior significância e contribuições para o presente estudo.

Nesse sentido, podemos depreender que, por ser a sociedade formada por pessoas que se reúnem em prol do bem comum, entrelaçadas por uma lealdade que contribui para agrupar seus membros, do mesmo modo, podemos deduzir que existe uma sociedade anômala da improbidade e da corrupção, ou seja, uma sociedade formada por pessoas que se unem para a prática ilícita no âmbito da administração pública, rompendo com as barreiras legais ou se aproveitando do poder para criar ou fortalecer as subjetividades das normas.

Pois, conforme aludido, constatam-se inúmeros processos ajuizados pelo Ministério Público ou mesmo terceiro interessado em face de grupos de pessoas que dilapidaram em comum esforço o patrimônio público por interesses pessoais, o que reforça a realidade da sociedade anômala supracitada.

Na seara da improbidade administrativa (e, também, no cometimento de crimes contra o patrimônio público), são sujeitos ativos o autor, o coautor, o partícipe e o autor imediato – sendo aquele(s) que no exercício da função pública, direta e indiretamente, realiza(m) o núcleo do tipo legal incriminador. O primeiro é aquele que executa diretamente o núcleo do tipo. A coautoria é quando duas ou mais pessoas atuam em

comunhão de esforços (cada um pratica uma ação em particular) para a consumação do ato ilegal, com efeitos mediatos ou imediatos (SIMÃO, 2019, p. 169-170).

O autor ressalta ainda que são requisitos da coautoria: “1) Pluralidade de condutas; 2) Relevância causal e jurídica de cada uma das condutas; 3) Vínculo subjetivo entre os coautores;”. O autor distancia a coautoria da participação, na qual o agente não realiza o núcleo do tipo, mas concorre para o objetivo pretendido podendo ser de cunho moral ou material, e esta última não se confunde com coautoria, por apenas o partícipe oferecer ajuda acessória.

Assim, não há que afastar a formação de grupos para o cometimento de atos de improbidade e corrupção e, por consequência, existência de sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade.

A construção da concepção de Constituição e de direitos fundamentais surge de forma intrínseca ao ideal de Direito liberal, trazendo consigo duas características identificadoras da ordem liberal, quais sejam, a postura individualista abstrata de um “indivíduo sem individualidade” e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão (MIRANDA, 1995, p. 4).

No âmbito da evolução histórica dos direitos fundamentais, a formação do Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático trouxe debates teóricos e filosóficos internos sobre questão da dimensão formal e substantiva de dois conceitos básicos: Estado de Direito e democracia.

No ponto de vista de Canotilho (2000, p. 97-98), o Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de Direito, ele

precisa se estruturar como um Estado de Direito-Democrático, isto é, com uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado Democrático de Direito significa, assim, que o poder do Estado deve ser organizado em termos democráticos<sup>14</sup>.

Uma sociedade complexa, talvez não moderna, devido às peculiaridades de ordens ancestrais já explicadas nas sessões anteriores, mas para além do Estado Democrático do Direito, que “se forma através de uma tensão interna entre direito e política, e, além de suas funções próprias, vez que o direito regula conflitos interpessoais ou coletivos de ação, enquanto a política elabora programas coletivos de ação”<sup>15</sup>. Retroalimentando-se, no sentido de que cada sujeito deve desempenhar funções recíprocas para o outro, vez que a política, como polo instrumental, tem condão de anuir às normas jurídicas de capacidade de coação, enquanto o direito, como polo normativo, deve emprestar sua própria legitimidade para as decisões políticas.

Os direitos fundamentais – centro de uma sociedade que busca a implantação de um sistema democrático – abarcam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais compreende esses direitos como pertencentes ao indivíduo, oponíveis contra o Estado, inicialmente entendido como o único potencial ofensor

.....  
<sup>14</sup> Para Bobbio (2004, p. 6): “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.”

<sup>15</sup> Pensamento sustentado por Aylton Barbieri Duraó, que interpretou Habermas na obra “os fundamentos do estado democrático de direito” no ano de 2009.

dos direitos fundamentais. Ou seja, aquela que compreende os direitos de *status* negativo (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 52).

Podemos mencionar, então, uma evolução do direito a partir de uma sociedade de solidariedade inconsistente – cujas normas de cunho moral se misturam com normas jurídicas para o direito de uma sociedade de solidariedade orgânica – onde ocorre uma separação notória entre as normas jurídicas e morais – entendimento este trazido por Luhmann segundo a teoria sociológica de Durkheim (LUHMANN, 1983, p. 26-27).

Em análise realizada a respeito das sociedades complexas e da interação do Direito, Otero e Silva afirmam que a atual função social do direito está para além de reduzir riscos e compensar danos, ocorrendo por meio da inclusão de pessoas para a deliberação social e benefício de toda a sociedade. Para os autores, eis uma forma de minimizar o liame subjetivo entre a aplicação e a formação das normas do direito. Afirma que:

Não se duvida, portanto, que o Direito, cada vez mais, abandone ideais extremamente individuais para se conformar a uma ética mais comunitária, ainda que os interesses individualistas possam ainda predominar em face das condutas pessoais e corporativas de obter a máxima utilidade pela multiplicação das chances de acumular riquezas. Resta ao Direito também a função de antever os riscos e de racionalizar o ambiente de modo a garantir uma repartição do produto gerado com o trabalho e com a garantia de direitos sociais que possam reduzir os efeitos provocados pelas situações de risco, ameaças e os prejuízos de consideráveis proporções. (OTERO e SILVA, 2012, p. 19)

Para os autores, esse discurso proporciona, em tese, um meio eficiente de controle das sociedades voltadas às práticas da corrupção e

improbidade, por serem complexas e fechadas, além de não vulneráveis, tendo em vista a qualidade de sujeitos que dela fazem parte.

## 5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante das análises realizadas para a presente pesquisa, foi possível constatar que o Direito se alia à corrupção na medida em que características do próprio texto normativo abrem precedência para a ilegalidade, seja por imperfeições ou por distorções normativas. Assim, constata-se que o liame subjetivo (o sujeito em si, no ato da criação normativa ou no exercício da hermenêutica jurídica) cria espaço para a insegurança jurídica, campo este, fértil para a corrupção.

Dessa maneira, existe uma tênue correlação entre a teoria pura do direito e o liame subjetivo da interpretação e aplicação das normas, vez que o jeitinho brasileiro (identidade nacional do Brasil) expôs a existência e o agir da sociedade anômala da improbidade e da corrupção.

O que propugnou o desvelamento ontológico de que todo o sistema de gestão pública foi criado com liames de subjetividade, vez que é a cultura do jeitinho – retroalimentada por um sistema normativo, criado e fomentado pelos interessados, que criam e sustentam interesses comuns sustentando uma rede social que gira em torno dos seus, havendo, portanto, a setorização do *ser* e do *dever ser*.

Além disso, em conformidade com os dados extraídos pelo Conselho Nacional de Justiça, percebem-se os inúmeros processos ajuizados pelo Ministério Público – sobre os quais a estatística aponta que a probidade administrativa foi violada em mais de 150 mil demandas ajuizadas, apenas no ano de 2013.

Isso implica que a alta demanda representa os gestores públicos e terceiros envolvidos na prática do ato de improbidade, formadores de grupos de pessoas que dilapidaram em comum esforço o patrimônio público por interesses pessoais, e, por consequência, a inevitável existência de sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade.

A Constituição Federal de 1988, portanto, inaugurou um novo cenário jurídico nacional, pois, anteriormente, a sociedade brasileira viveu 30 anos de supressão de liberdade em razão do regime militar. A ditadura que suprimiu liberdade de expressão, política, torturas, perseguições ideológicas e repressão institucionalizadas<sup>16</sup>.

A Lei Maior veio com o escopo de instituir um Estado Democrático de forma a assegurar os direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesse cenário, sob o ponto de vista jurídico e na perspectiva Kelseniana, é possível concluir que as coletividades que contradizem a normatividade jurídica são apreciadas como anômalas por romperem com os obstáculos legais, seja por criarem ou fortalecerem as subjetividades das normas em prol da sua própria moral.

.....  
<sup>16</sup> Ver na obra de George Marmelstein, Curso de Direitos Fundamentais, 5ª edição, Editora Atlas: São Paulo, 2014, p. 62. Nesse panorama, Ulisses Guimarães afirmou: “O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Gratificamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a constituição cidadã.”.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho, Moral e la existência de los derechos humanos**. SIGNOS FILOSÓFICOS, vol. XV, núm. 30, julio-diciembre, 2013: 155-171.

BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Manual dos crimes contra o erário**. 2ª Ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018. P. 33 e 34

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu. RODRIGUES, José Rodrigo. **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosófica em contextos imperfeitos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen – **A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil**. Sequência (Florianópolis) [online]. 2015, n.71, pp.95-106. ISSN 0101-9562.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Ação de Improbidade Administrativa (AIA) 30/AM**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/9/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

DUARTE JR, Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DURAO, Aylton Barbieri. **Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito**. Trans/Form/Ação, Marília, v. 32, n. 1, p. 119-137, 2009. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732009000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100008&lng=en&nrm=iso)>. access on 17 Feb. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732009000100008>.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. A Recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem dela Constituição Portuguesa - Um Fenômeno de Conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional. Revista de direito administrativo, 199: 1-20. Jan-Mar: 1995.

MORAZÉ, Charles. **Les trois ages du Brésil**. Paris: Libraire Armand Colin: 1954.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública corrupção e ineficiência**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OTERO, C. S.; SILVA, N. T. R. C.. **A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana**. Encontro Nacional do CONPEDI

(21.: 2012: Uberlândia, MG) Anais do [Recurso Eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. 1.ed.Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2012, v., p. 13963-13984.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Caio Santiago. **O formalismo jurídico em Hans Kelsen: tensões e limites**. Revista Quaestion Iuris. (Rio de Janeiro) vol. 11, nº. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 2653-2667 DOI: 10.12957/rqi.2018.34095

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 4ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzoldo de Carvalho. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

ZAN, Julio. **La ética, Los derechos y la justicia**. Uruguay: Adenauer, 2004. ISBN 9974-7868-2-7

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



# REGIME JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO DOS TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

*SOCIAL SECURITY LEGAL REGIME FOR HOLDERS  
OF EXTRAJUDICIAL SERVICES*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0003](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0003)

---

**Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli<sup>1</sup>**

 [Orcid ID: 0000-0002-0022-5205](https://orcid.org/0000-0002-0022-5205)

 <http://lattes.cnpq.br/9606080157052948>

**Remy Deiab Junior<sup>2</sup>**

 [0000-0002-1344-1687](https://orcid.org/0000-0002-1344-1687)

 <http://lattes.cnpq.br/9355373761565188>

**RESUMO:** O objeto deste artigo consiste na análise sobre qual deve ser o regime jurídico previdenciário aplicável aos titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos. Busca-se uma resposta que esclareça se esses profissionais, após o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, são considerados servidores públicos *stricto sensu* e, portanto, estariam vinculados a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) ou, em caso negativo, se estariam vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Para realização desse mister, foi utilizado o método dedutivo de abordagem, e o estudo baseou-se em documentação indireta (legislação específica, jurisprudência dominante e doutrina pátria).

.....  
<sup>1</sup> Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR, Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela UEPG, Especialista em Direito Processual pelo IBEJ, Professora adjunta da UEPG.  
e-mail: adricampagnoli@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela UEPG, Especialista em Direito Tributário pela Anhanguera/UNIDERP, Graduado em Direito pela UEPG, Graduado em Economia pela UEPG, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil  
e-mail: rdeiab@hotmail.com

**Palavras-chave:** Direito Previdenciário. Previdência Social. Regime Jurídico Previdenciário. Serventia Extrajudicial. Notários. Tabeliães.

**ABSTRACT:** *The object of this article is the analysis of what should be the social security legal regime applicable to holders of extrajudicial services not paid by public coffers. An answer is sought to clarify whether these professionals, after the advent of Constitutional Amendment No. 20/1998, are considered public servants stricto sensu and, therefore, would be linked to the Social Security System or, if not, if would be linked to the General Social Security Regime. To carry out this task, we used the deductive approach method and based on indirect documentation (specific legislation, dominant jurisprudence and homeland doctrine).*

**Keywords:** *Social security law. Social security. Social security legal regime. Extrajudicial servisse. Notary.*

## INTRODUÇÃO

Os titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos, conhecidos como notários ou tabeliães e registradores ou oficiais de registro, prestam, em nome próprio, por delegação, importante serviço, que, em apertada síntese, confere segurança jurídica aos atos e negócios jurídicos realizados em sociedade.

Ocorre que pelas peculiaridades fáticas e jurídicas inerentes ao exercício desse mister, não raro surgem dúvidas a respeito de sua atuação, em especial se esses agentes seriam considerados servidores públicos e, conseqüentemente, estariam vinculados a Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) ou, noutra banda, se atuariam em nome próprio, em regime personalíssimo, prestando serviços aos particulares, sendo por eles remunerados, vinculando-se, por seu turno, ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Essa distinção revela-se importante, haja vista os impactos que irradia em termos do dever legal de recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como em termos dos respectivos benefícios previdenciários a que fazem jus.

Destaca-se que essa aparente antinomia tornou-se mais temperada após o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998, que aduziu importante modificação no regime constitucional previdenciário, deixando assentado que os RPPS somente se destinam a servidores públicos *stricto sensu*.

Com efeito, neste ensaio busca-se examinar, utilizando-se do método dedutivo de abordagem e baseando-se em documentação indireta (legislação específica, jurisprudência dominante e doutrina pátria), qual o efetivo regime jurídico previdenciário dos titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos, com o fito de escoimar as aparentes antinomias identificadas.

## 1. DA NATUREZA JURÍDICA DOS TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), notadamente em seu artigo 236<sup>3</sup>, preceitua que os serviços notarial e de registro deverão ser exercidos em caráter privado mediante delegação do Poder Público.

No âmbito infraconstitucional, a regulamentação do exercício das atividades notarial e de registro é conferida pela denominada Lei dos Cartórios, isto é, a Lei nº 8.935/1994, que, dentre outros aspectos,

.....  
<sup>3</sup> CRFB, artigo 236: “Os **serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado**, por **delegação** do Poder Público. §1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. §2º. *Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.* §3º. *O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.*

disciplina as seguintes matérias: ingresso na atividade (arts. 14 a 19), o seu exercício privado (arts. 20 e 21), responsabilidades (arts. 22 a 24), incompatibilidades e impedimentos (arts. 25 a 27), direitos e deveres (arts. 28 a 30), responsabilidade disciplinar (arts. 31 a 36), fiscalização da atividade (arts. 37 e 38) e extinção da delegação (art. 39).

Para Loureiro (2018, p. 45-46), o Estatuto dos notários e registradores, disciplinado pela precitada Lei nº 8.935/1994, “integra os conjuntos orgânicos de normas e princípios que a doutrina denomina direitos registral e notarial”.

Do arcabouço legislativo supra, nota-se que os notários ou tabeliães e os oficiais de registro ou registradores, doravante denominados titulares de serventias extrajudiciais, são delegatários de um serviço público. Noutro giro, são particulares que, em colaboração com o Estado, exercem, em seu próprio nome e por sua conta e risco, uma função pública que lhes é delegada.

O cerne dessa atividade é formado pela função pública, de titularidade do Estado, cujo exercício é realizado em caráter privado, via delegação a pessoas físicas, chamadas por Mazza (2011, p. 47) de “particulares em colaboração”.

Segundo Freitas (2018, p. 38), esses agentes, que são selecionados via concurso, prestam serviço público marcado como atividade jurídica independente, capaz de garantir “publicidade, autenticidade, segurança e eficácia a fatos, atos e negócios jurídicos concernentes à terceiros, que decorram de disposição legal ou da liberdade de iniciativa inerente a autonomia privada”, sendo que a sua atuação é submetida à fiscalização do Poder Judiciário.

Nesses termos, segue o art. 28 da Lei nº 8.935/1994 que, expressamente, consigna que os titulares de serventias extrajudiciais

exercem as suas atividades de forma independente, sendo que, pelos atos praticados, têm direito, como forma de remuneração, à percepção das custas e emolumentos pagos pelo público em geral<sup>4</sup>.

Dito isso, resta claro que nos termos da CRFB, da Lei nº 8.935/1994 e da natureza fática das atividades desempenhadas, os titulares de serventias extrajudiciais **não são ocupantes de cargos públicos efetivos**, ou seja, não são servidores públicos na concepção *stricto sensu* do termo.

Nesse mesmo diapasão assevera Freitas (2019, p. 42), pugnando que “os agentes públicos investidos nessa função não são considerados funcionários públicos”, pois não compõem a estrutura hierárquica da Administração Pública, haja vista estarem “inseridos no âmbito do exercício privado de função pública”.

No entender de Ribeiro (2009, p. 56-57):

[...] a função pública notarial e de registro é por imperativo constitucional, exercida por meio de descentralização administrativa por colaboração: o Poder Público conserva a titularidade do serviço e transfere sua execução a particulares (pessoas físicas com qualificação específica e que foram aprovadas em concurso público de provas e títulos) em unidades (ou feixes de competências) definidas, pela Administração, em função das necessidades dos usuários e da adequação do serviço, mediante critérios relativos ao número de atos praticados, receita, aspectos populacionais e conformidade com a organização judiciária de cada Estado da Federação. Não há mais que se falar em cartórios como unidade da estrutura administrativa do Estado, nem cargos a serem providos, tampouco quadros, classes ou carreiras.

.....  
<sup>4</sup> Lei nº 8.935/1994, art. 28. “Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, **têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia** e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei”.

Percebe-se que, além de não receberem diretamente dos cofres públicos, o que, *de per si*, já seria suficiente para o desenquadramento de tais agentes delegados da condição de servidor público *stricto sensu*, de acordo com a própria lei ordinária específica que regulamenta a atividade em tela, podem contratar empregados às suas expensas, compondo vínculo de emprego e, portanto, devendo respeito à disciplina geral da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>5</sup>.

Nessa toada, insta mencionar que o titular da serventia extrajudicial possui plena discricionariedade para determinar a quantidade necessária de funcionários para garantir a prestação do serviço e seus respectivos salários, os quais não se limitam ao teto constitucional (art. 37, XI, XII, e §12º, da CRFB).

Em complemento, verifica-se que esses agentes não se sujeitam à regra que impõe a vedação ao nepotismo, justamente porque o exercício de suas atribuições é realizado em caráter privado.

Calha destacar que, nos termos do vazado no art. 28 da Lei nº 8.935/1944, a remuneração dos titulares de serventias extrajudiciais é oriunda dos emolumentos percebidos pela prática dos serviços prestados aos particulares<sup>6</sup>.

Nessa direção também segue a doutrina que, de forma majoritária, assevera que os titulares de serventias extrajudiciais não podem ser considerados servidores públicos efetivos:

*Agentes delegados: são particulares – pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na acepção própria de*

.....  
<sup>5</sup> Lei nº 8.935/1944: “Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho”.

<sup>6</sup> Lei nº 8.935/1944: “Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei”.

*agentes públicos – que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se [...] os titulares (pessoas naturais) por delegação dos serviços públicos notariais e registro, na forma do art. 236 da CF [...]. (MEIRELLES, 2016, p. 85)*

Resta patente que esses profissionais prestam serviços em nome próprio “ao lado” do Poder Judiciário, sob as regras e a fiscalização daquele Poder.

Nesse horizonte, à luz do escólio de Freitas (2019, p. 42/43), cabe salientar que o titular da serventia extrajudicial e seus funcionários não se submetem à regra de aposentadoria compulsória<sup>7</sup>, visto não serem considerados servidores públicos *stricto sensu* e não estarem vinculados à estrutura hierárquica do Poder Judiciário<sup>8</sup>.

Calha asseverar que, também de acordo com a legislação tributária, os titulares de serventias extrajudiciais podem lançar mão de tratamento fiscal idêntico ao dos profissionais liberais que prestam serviços em nome próprio para pessoas físicas (contadores, advogados, médicos, dentistas etc.), qual seja, a possibilidade de utilizar-se da sistemática de Livro-Caixa que permite a dedução das despesas de custeio necessárias

.....  
<sup>7</sup> CFRB: “Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. § 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado: [...]II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015).”

<sup>8</sup> Conforme reconhecido no julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.602, realizado na data de 24/11/2005, pelo Supremo Tribunal Federal.

para a realização da receita inerente ao seu mister, reduzindo a base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física<sup>9</sup>.

Logo, se para fins tributários, os titulares de serviços notariais e registrais não remunerados pelos cofres públicos recebem tratamento idêntico ao dos demais profissionais que atuam em nome próprio e possuem natureza privada, propugna-se que, para fins previdenciários, também deve prevalecer o mesmo entendimento.

Interpretar-se a *contrario sensu*, seria o mesmo que admitir que os servidores públicos *stricto sensu*, como os Juízes Federais, os Advogados Públicos, os Procuradores da República, os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, estes sim, servidores públicos titulares de cargos efetivos, pudessem passar a receber diretamente dos particulares pelos serviços prestados, contratar em nome próprio, e com seus recursos, empregados para auxiliá-los a realizar o seu mister e deduzir as despesas de custeio via sistemática de Livro-Caixa para reduzir o impacto do Imposto de Renda sobre seus rendimentos, caracterizando uma situação hipotética inviável à luz da CRFB e de todo o ordenamento jurídico vigente<sup>10</sup>.

.....  
<sup>9</sup> O regramento da dedução com Livro-Caixa está vertido nos artigos 68 Decreto nº 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda), *in verbis* (grifei): “Art. 68. O contribuinte que perceber rendimentos do trabalho não assalariado, inclusive os titulares dos serviços notariais e de registro, a que se refere o art. 236 da Constituição, e os leiloeiros, poderão deduzir da receita decorrente do exercício da atividade (Lei nº 8.134, de 1990, art. 6º; e Lei nº 9.250, de 1995, art. 4º, caput, inciso I): I - a remuneração paga a terceiros, desde que haja vínculo empregatício, e os encargos trabalhistas e previdenciários correspondentes; II - os emolumentos pagos a terceiros; e III - as despesas de custeio pagas, necessárias à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica (Lei nº 8.134, de 1990, art. 6º, § 1º): I - a quotas de depreciação de instalações, máquinas e equipamentos e a despesas de arrendamento; II - a despesas com locomoção e transporte, exceto na hipótese de representante comercial autônomo; e III - em relação aos rendimentos a que se referem os art. 39 e art. 40”.

<sup>10</sup> Assim sendo, deve prevalecer o disposto no art. 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterada pela Lei nº 12.376/2010), pois, onde há a mesma razão, deve se aplicar o mesmo direito.

Adicionalmente, vale registrar que as despesas de custeio em geral (aluguel, material de expediente etc.), conservação, investimento, segurança e compra de bens (aquisições que podem ser realizadas sem licitação), bem como todo o gerenciamento administrativo e financeiro e o estabelecimento de diretrizes de organização são de responsabilidade exclusiva do titular da serventia extrajudicial.

Segundo Ribeiro (2009, p. 83): “Nessa conjuntura específica, de gerenciamento administrativo, técnico, financeiro, logístico, de investimento e pessoal, a atuação desse agente público se assemelha à de um empreendedor privado”.

Urge salientar que esse também é o entendimento sedimentado na jurisprudência de nossos tribunais superiores. Para ilustrar, traz-se à colação o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.602/MG, martelou, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, que os notários e os oficiais de registro, embora exerçam atividade de cunho estatal, não são titulares de cargos públicos efetivos, *litteris* (grifei):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. O artigo 40, §1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações.

2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não-privativo.

3. **Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos,** não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.602/MG, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 24/11/2005, publicado no DJ em 31/03/2006)

Nesse horizonte, Loureiro (2018, p. 55) salienta que

Como não são funcionários públicos, os notários e registradores não ocupam cargo, não recebem salários ou remuneração dos cofres públicos e não estão sujeitos a regime especial de previdência social (art. 40, LNR). Por outro lado, por se tratar de uma função pública delegada, os atos dos notários e registradores podem ser impugnados por mandado de segurança, quando forem ilegais e causarem danos a direitos líquidos e certos de particulares, e estão sujeitos à disciplina das normas de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 1992).

Vale registrar que, no entender de Freitas (2019, p. 65-66): “Os ofícios extrajudiciais, ainda que sejam criados por lei e correspondam a um núcleo de competências públicas, cujo exercício é delegado a um particular em colaboração, pessoa física, não são considerados entes dotados de personalidade jurídica própria”.

Para Cassetari (2013, p. 146), a serventia extrajudicial não detém, por si própria, poder de agir, bem como não pode ser sujeito de direito ou deveres, haja vista que a titularidade de direitos e a sujeição a deveres é pessoal e direta do seu titular, ou seja, é personalíssima.

Nessa toada, Loureiro (2018, p. 69) assevera que “o cartório não tem personalidade jurídica, já que se trata de mero feixe ou complexo de competências”, sendo que o “detentor da personalidade é o notário ou registrador”, pois “é ele quem exerce direitos e assume deveres tem um querer e um agir próprio e, no exercício de suas atribuições, exprime suas decisões e age em nome próprio” já que, segundo o precitado autor, “não manifesta a vontade ou a ação do Estado” pois “não é um órgão ou funcionário público em sentido estrito”.

Portanto, verifica-se que apesar de possuírem CNPJ somente para fins administrativos e tributários, as serventias extrajudiciais, de fato, não possuem personalidade jurídica, sendo esta exclusiva de seus titulares.

Com fulcro nos argumentos expendidos, torna-se cristalino que os titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos, prestam, por conta própria, serviços auxiliares do Poder Judiciário, restando caracterizado, pela natureza privada da sua atividade, que andam ao lado do Poder Judiciário, amoldando-se, na prática, a uma atividade delegada, a qual não se confunde com o exercício de um cargo público efetivo. Logo, não são servidores públicos efetivos, mas sim pessoas físicas que exercem, por conta própria, atividade de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.

## **2. ESPÉCIES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS**

Com o fito de aprofundar a análise, bem como melhor ilustrar o seu *modus operandi*, amparando-se na lição de Freitas (2018, p. 68-74), constata-se que as serventias extrajudiciais em tela podem ser divididas nas seguintes espécies:

- a. **Tabelionatos de notas:** seus titulares possuem competência para formalizar juridicamente a vontade das partes, mediante aconselhamento jurídico, autenticação de fatos, intervenção nos atos e negócios jurídicos que necessitem de forma legal ou de autenticidade, lavratura dos instrumentos adequados, conservação dos originais e expedição de certidões fidedignas, sendo que seis são os atos típicos de sua competência exclusiva: escrituras públicas, testamentos públicos e aprovação de testamentos cerrados, atas notariais, reconhecimento de firmas e autenticação de cópias;
- b. **Tabelionatos e Oficinas de Registro de Contratos Marítimos:** seus titulares possuem competência haurida do art. 10, da Lei 8.935/1994, dos arts. 468, 472 e 476 do Código Comercial e da Lei 7.652/1988, sendo competentes para lavrar os atos, contratos e instrumentos concernentes a transações de embarcações que necessitem ser formalizadas via escritura pública, bem como registrar os títulos dessa natureza e reconhecer firmas em documentos relacionados ao direito marítimo;
- c. **Tabelionatos de Protesto de Títulos e outros Documentos de Dívida:** com fulcro no vazado no art. 11 da Lei 8.935/1994 e nas disposições da Lei 9.492/1997, verifica-se que seus titulares, na tutela jurídica dos interesses públicos e privados, são competentes para a recepção ou a recusa de títulos, protocolização, intimação, acolhimento da devolução ou do aceite, recepção do pagamento, lavratura e registro de protesto, acatamento da desistência do credor, averbações, assim como para prestar as informações do que lhes for solicitado e expedir certidões dos atos inerentes ao seu mister;

- d. **Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas:** as Leis 6.015/1973 e 8.935/1994 atribuem a competência para seus titulares realizarem os atos de registro de: nascimento e adoção; casamento (civil e religioso com efeitos civis) e conversão de união estável em casamento; óbito; natimorto; emancipação; sentenças declaratórias de interdição, ausência e morte presumida; opção de nacionalidade; transcrição de assentos de nascimento, casamento e óbito realizados no exterior. Ainda, possuem competência para realizar averbações, anotações e retificações à margem dos respectivos registros, bem como com alicerce no vertido no art. 52, da Lei 8.935/1994, lavratura de escrituras públicas que tenham por objeto a transmissão de direitos reais, procurações, reconhecimento de firmas e autenticação de cópias;
- e. **Ofícios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas:** as atribuições de seus titulares foram conferidas pelos arts. 114 a 126 da Lei 6.015/1973 e consistem no registro constitutivo das pessoas jurídicas não empresárias (associações, fundações, EIRELI, sociedades simples, partidos políticos e organizações religiosas), bem como na matrícula dos jornais e publicações periódicas, oficinas impressoras de qualquer natureza, empresas de radiodifusão que mantenham serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas, ou que tenham por objeto o agenciamento de notícias;
- f. **Ofícios de Registro de Títulos e Documentos:** as atribuições de seus titulares constam nos arts. 127 a 166 da Lei 6.015/1973, além de outras competências conferidas por normas especiais. Nessa toada, aos oficiais em tela é atribuída a função de registrar títulos e documentos, especialmente os formalizados por instrumento

particular, mas também públicos (v.g. art. 1.458, do CC), tenham eles por objeto a prova de obrigações convencionais de qualquer valor; a eficácia constitutiva (arts. 1.452 e 1.462 do CC) ou declaratória (arts. 1.431 e 1.432 do CC) de direitos reais sobre bens móveis; a eficácia (declaratória) *erga omnes* dos demais títulos referentes às suas atribuições; a conservação de qualquer título ou documento; a eficácia dos documentos estrangeiros em território nacional; o procedimento de notificações extrajudiciais; e a competência residual de registrar todo e qualquer título ou documento não deferido a outro ofício;

g. **Ofício de Registro de Imóveis:** a competência de seus titulares é conferida, especialmente, pelos arts. 167 a 288-G da Lei 6.015/1973 e pela Lei 8.935/1994, além de vários outros diplomas, como o Código Civil (v.g. arts. 1.227, 1.246 e 1.247), Código de Processo Civil (art. 828) e Lei 9.514/1997 (alienação fiduciária de bens imóveis); e

h. **Ofícios de Registros de Distribuição:** Nos termos do estampado nos arts. 5º, inciso VII, e 13, da Lei 8.935/1994, os seus titulares têm a atribuição de promover a distribuição equitativa entre os serviços de mesma natureza, situados na mesma localidade, registrando e averbando os atos relativos à sua competência.

A teor das atividades efetivamente desempenhadas e suas especificidades, resta claro que os titulares de todas as espécies de serventias extrajudiciais retromencionadas, pela marcante natureza privada de seu mister, de fato, realizam uma atividade delegada, inconfundível com o exercício de um cargo público efetivo.

Portanto, confirma-se que não são servidores públicos efetivos, mas sim pessoas físicas que exercem, por conta própria, em caráter personalíssimo, atividade de natureza urbana, com fins lucrativos ou não e que recebem seus rendimentos diretamente dos particulares.

### 3. DA VINCULAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Com o intento de verificar a correta vinculação previdenciária dos titulares de serventias extrajudiciais, faz-se necessário, de plano, registrar que a previdência social no Brasil é composta por três regimes:

- a. **Regime Geral de Previdência Social (RGPS):** operado pelo INSS e de filiação obrigatória para os seguintes segurados: Empregado Urbano e Rural, Empregado Doméstico, Contribuinte Individual, Trabalhador Avulso e Segurado Especial.
- b. **Regime Próprio de Previdência Social (RPPS):** instituído por entidades públicas – Institutos de Previdência ou Fundos Previdenciários – e de filiação obrigatória para os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e
- c. **Regime de Previdência Complementar:** operado por Entidades Abertas e Fechadas de Previdência Complementar, de regime privado, com filiação facultativa, criado com a finalidade de proporcionar uma renda adicional ao trabalhador, que complemente a sua previdência oficial.

Conforme já salientado, verifica-se que o exercício dos serviços notarial e de registro têm suas normas gerais ditadas pela Lei nº

8.935/1994. Esse diploma, no tocante à Previdência Social, estabeleceu de forma clara que tais agentes delegados se encontram, em regra, vinculados obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Ocorre que a denominada “Lei dos Cartórios”, no momento em que foi publicada e entrou em vigência (21/11/1994), em caráter excepcional, trouxe um tratamento distinto para aqueles agentes delegados nomeados anteriormente à sua publicação.

Com efeito, para os titulares dos serviços notarial e de registro cuja outorga da delegação tivesse ocorrido até 20 de novembro de 1994, véspera da publicação da Lei nº 8.935/1994, naquele momento, ficou assegurada a permanência no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) a que estavam vinculados, *in verbis* (grifei):

Art. 40. Os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares **são vinculados à previdência social, de âmbito federal, e têm assegurada a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas diversos.**

Parágrafo Único. **Ficam assegurados, aos notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares os direitos e vantagens previdenciários adquiridos até a data de publicação desta lei.** [...]

Art. 51. Aos atuais notários e oficiais de registro, quando da aposentadoria, fica assegurado o direito de percepção de proventos de acordo com a legislação que anteriormente os regia, desde que tenham mantido as contribuições nela estipuladas até a data do deferimento do pedido ou de sua concessão.

§1º. O disposto neste artigo aplica-se aos escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial que vierem a ser contratados em virtude da opção de que trata o art. 48.

§2º. Os proventos de que trata este artigo serão os fixados pela legislação previdenciária aludida no caput.

§3º. O disposto neste artigo aplica-se também às pensões deixadas, por morte, pelos notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares.

Com efeito, a partir do advento da “Lei dos Cartórios”, duas eram as situações que se mostravam factíveis em relação ao vínculo previdenciário dos titulares de serventias notariais e registrais, quais sejam: os nomeados antes da publicação da Lei nº 8.935/1994, em tese, poderiam continuar vinculados ao RPPS, desde que mantidos os recolhimentos das contribuições estipuladas por esse sistema especial; já os admitidos após a publicação da referida lei, ou seja, a partir de 21 de novembro de 1994, estariam sujeitos ao RGPS na qualidade de segurados obrigatórios.

Nesse sentido, seguiu a Portaria do então Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) nº 2.701 de 24 de outubro de 1995, que, à época, regulamentava a matéria, *in verbis* (grifei):

Portaria MPAS nº 2.701/1995

Art. 1º. O notário ou tabelião, oficial de registro ou registrador que são os titulares de serviços notariais e de registro, conforme o disposto no art. 5º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, têm a seguinte vinculação previdenciária:

a) aqueles que foram admitidos **até 20 de novembro de 1994**, véspera da publicação da Lei nº 8.935/94, **continuarão vinculados à legislação previdenciária que anteriormente os regia;**

b) aqueles que foram admitidos **a partir de 21 de novembro de 1994**, **são segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social, como pessoa física, na qualidade de trabalhador autônomo**, nos termos do inciso IV do art. 12 da Lei nº 8.212/91.

Contudo essa ordem jurídica infraconstitucional somente prevaleceu até o dia 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional (EC) nº 20.

A referida emenda, dentre as várias modificações realizadas, conferiu nova formatação jurídica aos RPPS, restringido o seu campo

de abrangência apenas aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, ou seja, apenas aos servidores públicos *stricto sensu*. Nesse sentido, vale a transcrição do artigo 40 da CRFB na redação dada pela EC nº 20/1998, *in verbis* (grifei):

Art. 40. Aos **servidores titulares de cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **é assegurado regime de previdência de caráter contributivo**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela EC nº 20/98).

Resta patente que antes da promulgação da EC nº 20/1998, qualquer categoria de trabalhadores – seja agente público delegatário de função estatal, servidor público titular de cargo efetivo, servidor público comissionado, celetista etc. – poderia estar amparada pelos RPPS.

Contudo, após a alteração promovida no artigo 40 da CRFB, a vinculação aos RPPS ficou adstrita **tão somente aos servidores públicos ocupantes de** cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Por conseguinte, as demais categorias de trabalhadores passaram a ser segurados obrigatórios do RGPS.

Portanto, urge destacar que, após a reforma do texto constitucional operada pela EC nº 20/1998, ou seja, após o dia 16 de dezembro de 1998, toda a ordem jurídica infraconstitucional incompatível (leis federais, leis estaduais, decreto regulamentador da Previdência Social e demais diplomas infralegais como portarias, instruções normativas etc.) teve que passar a ser interpretada conforme a nova redação do art. 40 da CRFB.

Nesse ponto, impera salientar que de acordo com a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inexistente direito adquirido a regime jurídico previdenciário, bem como a aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias, senão vejamos, *in verbis* (grifei):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO ‘8º’ DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente.

2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.

3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003.

4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3.104/DF, Relator: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 26/09/2007, publicado no DJ em 09/11/2007)

Nesse horizonte, oportuno o registro da Lei nº 9.717/1998, que, ao dispor sobre a organização e o funcionamento dos RPPS, longe de divergir do tratamento conferido à matéria pela EC nº 20/1998, vai exatamente ao encontro desse novo regime jurídico, *in verbis* (grifei):

Art. 1º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes **critérios**:

[...]

V – **cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos** e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;

Como consequência da nova disciplina constitucional, a ordem jurídica atinente à vinculação previdenciária dos titulares dos serviços notarial e de registro sofreu uma profunda alteração.

Assim, a partir da data de publicação da EC nº 20/1998 (16/12/1998), esses agentes, por não serem servidores titulares de cargos públicos efetivos, passaram a integrar o quadro de segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), independentemente da data de outorga da delegação do serviço notarial e de registro – se antes ou após a publicação da Lei nº 8.935/1994 – pois, frise-se, segundo o STF, não existe direito adquirido a regime previdenciário.

Logo, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional passou a sofrer os efeitos irradiados pela EC nº 20/1998, de modo que todas as leis ordinárias, sejam federais, sejam estaduais, o próprio decreto regulamentador da Previdência Social e os demais diplomas infralegais específicos tiveram, necessariamente, que passar a ser interpretados conforme o novo teor da CRFB, de modo que eventuais disposições contrárias ao texto constitucional reformado presentes nesses diplomas passaram a não sobreviver sob a égide do novo regime jurídico constitucional.

Respeitando essa nova ordem constitucional previdenciária, seguiu-se a legislação infralegal emanada pelos diferentes órgãos federais responsáveis pela regulamentação da matéria, cada qual a seu tempo<sup>11</sup>.

.....  
<sup>11</sup> **Instrução Normativa DC/INSS nº 65 de 10/05/2002** \* Revogada pela IN INSS/DC nº 100 de 18/12/2003: [...] Art. 8º. **Filiam-se obrigatoriamente ao RGPS, na condição de trabalhador autônomo, até 28 de novembro de 1999, e na de contribuinte individual, a partir de 29 de novembro de 1999, entre outros, os seguintes:** [...] III – o **notário, ou tabelião, e o oficial de registro, ou registrador, não remunerados pelos cofres públicos**, nomeados antes de 21 de novembro de 1994: a) até 15 de dezembro de 1998, quando não amparados por regime próprio de previdência social; (Redação dada pela IN INSS/DC nº 80/02) b) a partir de 16 de dezembro de 1998, por força da Emenda Constitucional nº 20, de 1998; (Redação dada pela IN INSS/DC nº 80/02) IV – o **notário, ou tabelião, e o oficial de registro, ou registrador, não remunerados pelos cofres públicos**, nomeados a partir de 21 de novembro de 1994, em decorrência da Lei nº 8.935, de 18/11/94; (Redação dada pela IN INSS/DC nº 80/02)

**Instrução Normativa DC/INSS nº 71 de 10/05/2002** \* Revogada pela IN INSS/DC nº 100 de 18/12/2003: [...] Art. 4º. São **segurados obrigatórios** aqueles que exercem atividade remunerada abrangida pelo **Regime Geral de Previdência Social – RGPS**, na qualidade de: [...] IV – **contribuinte individual**, aquele assim caracterizado: [...] p) o **notário ou o tabelião ou o oficial de registros ou o registrador ou o titular de cartório ou o detentor de delegação do exercício da atividade notarial e de registro, não remunerado pelos cofres públicos;**

**Instrução Normativa DC/INSS nº 100 de 18/12/2003** \* Revogada pela IN SRP nº 03 de 14/07/2005 [...] Art. 12. **Filia-se obrigatoriamente ao RGPS, na qualidade de contribuinte individual:** [...] XXVI – o **notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados até 20 de novembro de 1994, que detêm a **delegação do exercício da atividade notarial e de registro, não remunerados pelos cofres públicos;** XXVII – o **notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados até 20 de novembro de 1994, que detêm a **delegação do exercício da atividade notarial e de registro, mesmo que amparados por regime próprio, conforme o disposto no art. 51 da Lei nº 8.935, de 1994, a partir de 16 de dezembro de 1998, por força da Emenda Constitucional nº 20, de 1998;** XXVIII – o **notário, ou tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados a partir de 21 de novembro de 1994, em decorrência da Lei nº 8.935, de 1994;

**Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005** \* Revogada pela IN RFB nº 971, de 13/11/2009 [...] Art. 9º. Deve contribuir **obrigatoriamente** na qualidade de **contribuinte individual:** [...] XXIII – o **notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados até 20 de novembro de 1994, que detêm a **delegação do exercício da atividade notarial e de registro, não remunerados pelos cofres públicos;** XXIV – o **notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados até 20 de novembro de 1994, que detêm a **delegação do exercício da atividade notarial e de registro, mesmo que amparados por RPPS, conforme o disposto no art. 51 da Lei nº 8.935, de 1994, a partir de 16 de dezembro de 1998, por força da**

Destaca-se, por oportuno, que nesse horizonte também seguiu a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que ainda hoje disciplina a matéria relacionada à vinculação previdenciária dos titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos, conforme descrito no seu artigo 9º, incisos XXIII, XXIV e XXV<sup>12</sup>.

Nota-se que a precitada Instrução Normativa RFB nº 971/2009, já se amoldando aos efeitos irradiados pela EC nº 20/1998, expressamente prevê no seu artigo 9º, inciso XXIV que “o notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador, nomeados até 20 de novembro de 1994, que detêm a delegação do exercício da atividade notarial e de registro, mesmo que amparados por RPPS, conforme o disposto no art. 51 da Lei nº 8.935, de 1994, a partir de 16 de dezembro de 1998, por força da Emenda Constitucional nº 20, de 1998” são considerados contribuintes individuais e compulsoriamente vinculados ao RGPS.

Em remate, calha destacar que a Lei Orgânica da Seguridade Social, a saber, Lei nº 8.212/1991, através de seu artigo 12, inciso V, alínea

---

**Emenda Constitucional nº 20, de 1998; XXV** – o notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador, nomeados a partir de 21 de novembro de 1994, em decorrência da Lei nº 8.935, de 1994;

12 **Instrução Normativa RFB nº 971 de 13/11/2009** \*Legislação atualmente em vigor: [...] Art. 9º. Deve contribuir **obrigatoriamente** na qualidade de **contribuinte individual**: [...] **XXIII** – o **notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados **até 20 de novembro de 1994**, que detêm a **delegação do exercício da atividade notarial e de registro, não remunerados pelos cofres públicos**; **XXIV** – o **notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador**, nomeados **até 20 de novembro de 1994**, que detêm a **delegação do exercício da atividade notarial e de registro, mesmo que amparados por RPPS**, conforme o disposto no **art. 51 da Lei nº 8.935, de 1994, a partir de 16 de dezembro de 1998, por força da Emenda Constitucional nº 20, de 1998; XXV** – o notário, o tabelião, o oficial de registro ou registrador, nomeados a partir de 21 de novembro de 1994, em decorrência da Lei nº 8.935, de 1994;

h<sup>13</sup>, preceitua que são segurados obrigatórios do RGPS, na qualidade de contribuinte individual, as pessoas físicas que exercem, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana.

Considerando-se toda a fundamentação retro externada, percebe-se que essa descrição legal se subsume perfeitamente à situação fática dos titulares dos serviços notarial e de registro regidos pela Lei nº 8.935/1994, pois tais agentes delegados exercem atividade econômica de natureza urbana em caráter personalíssimo e, em contrapartida, recebem rendimentos diretamente dos particulares.

Portanto, em desfecho a tudo o que foi explicitado nas linhas anteriores, resta comprovado que os titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos, após o advento da EC nº 20/1998 (e dos seus efeitos irradiados por todo o ordenamento jurídico, em especial, no regime jurídico previdenciário), não se encontram (e não podem permanecer) vinculados aos RPPS geridos pelos entes da federação, os quais somente são destinados a servidores públicos *strictu sensu*.

No ponto, constata-se que tais agentes delegados são segurados obrigatórios do RGPS, na qualidade de contribuintes individuais, estando, por conseguinte, obrigados ao recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, nos termos do estampado no artigo 12, inciso V, alínea h, da Lei nº 8.212/1991, combinado com o vertido no artigo 9º, incisos XXIII, XXIV e XXV, da IN RFB nº 971/2009.

.....  
<sup>13</sup> Lei nº 8.212/1991, art. 12. São **segurados obrigatórios da Previdência Social** as seguintes pessoas físicas: [...] V – como **contribuinte individual**: [...] h) a **pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não**;

#### 4. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Para que não parem dúvidas acerca da vinculação dos titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), faz-se necessário trazer à colação a jurisprudência atinente ao tema em comento.

É certo que o regime de previdência aplicável aos agentes delegados em tela foi objeto de incontáveis questionamentos judiciais.

Não obstante, nota-se que após um brevíssimo período de decisões conflitantes, a jurisprudência logo se firmou no sentido de que os notários ou tabeliães e os oficiais de registro ou registradores devem se submeter às regras do RGPS como segurados obrigatórios do sistema geral, não sendo possível a sua vinculação aos regimes previdenciários próprios dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

A título de exemplificação, segue transcrição de ementa de acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que o Tribunal afirma textualmente que “*os serviços notariais e registrais são, após o advento da Constituição de 1988, exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, não se considerando o delegatário como servidor stricto sensu*” e que “*deve o delegatário estar sujeito ao sistema geral de aposentadoria da Previdência Social [...]*”, estando, portanto, obrigado ao recolhimento da contribuição previdenciária fixada pela legislação do RGPS, *in verbis* (grifei):

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO QUE RECEBEU DELEGAÇÃO DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. TRANSIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ESTATAL PARA O PRIVADO. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO PREVIDENCIÁRIO COM A UNIDADE FEDERADA E RECEBIMENTO DE VENCIMENTOS CUMULADOS COM

### EMOLUMENTOS. INCOMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO ANTERIOR.

1. Caso em que servidor do Poder Judiciário recebe delegação de serviços cartorários em época de regime estatal. Com o advento da CF/88, apesar da privatização da serventia extrajudicial, o delegatário não define expressamente se deseja continuar sendo servidor ou delegatário de função privada. Situação que perdurou por anos, até o Tribunal de origem, diante do silêncio do interessado após consulta e oportunidade de escolha, passar a não mais pagar seus vencimentos e encerrar o liame previdenciário especial, ao entendimento de que houve opção tácita pelo regime privado.

2. É vedada a fruição das benesses de um sistema sem a sujeição aos seus ônus. **Não há como manter o vínculo previdenciário ou conceder aposentadoria com proventos integrais, por contrariedade ao regime atual de previdência (art. 40 da Constituição) e falta de implementação de requisitos normativos (EC 20/98). Ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior.** Precedentes do STF.

3. Inexiste previsão legal para o pagamento com recursos do Estado e a título de remuneração aos delegatários, pois já percebem diretamente as custas e os emolumentos referentes ao serviço cartorário. **Os serviços notariais e registrais são, após o advento da Constituição de 1988, exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, não se considerando o delegatário como servidor stricto sensu.** Precedentes do STF.

4. **Deve o delegatário estar sujeito ao sistema geral de aposentadoria da Previdência Social**, assegurando-se a contagem recíproca de tempo de serviço e resolvendo-se atuarialmente a compensação ou complementação dos recolhimentos já efetuados entre o INSS e o órgão gestor previdenciário da unidade federada.

5. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança não provido. (STJ, Segunda Turma, RMS nº 28.650/RS, Relator: Ministra Eliana Calmon, Julgamento: 15/06/2010, Publicação DJe: 05/08/2010)

Mas, de todas as decisões judiciais acerca do assunto, a que merece um especial destaque é a que foi proferida pelo colendo Supremo

Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 2.791/PR, em razão do fato de o *decisum* possuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, eis que prolatado em sede de controle abstrato de constitucionalidade, aplicando-se, dessa forma, a todos os titulares de serventias extrajudiciais **não remunerados pelos cofres públicos**.

A referida ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Governador do Estado do Paraná com o desiderato de obter a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*bem como os não remunerados*”, constante da parte final do §1º, do artigo 34, da Lei Estado do Paraná nº 12.398/1998, introduzida pela Lei Estado do Paraná nº 12.607/1999, em razão de suposta ofensa ao disposto no artigo 61, §1º, inciso II, alínea c; artigo 63, inciso I; e artigo 40, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

A Lei do Estado do Paraná nº 12.398/1998, por sua vez, cuidou da criação do Sistema de Seguridade Funcional do Estado do Paraná e da transformação do Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado do Paraná (IPE) em Serviço Social Autônomo, denominado PARANÁPREVIDÊNCIA, além de dar outras providências. O dispositivo legal impugnado possuía a seguinte redação, *in verbis* (grifei):

Art. 34. Serão obrigatoriamente inscritos na PARANAPREVIDÊNCIA os servidores públicos estaduais ativos, com vínculo funcional permanente de todos os Poderes, inclusive os Membros do Poder Judiciário, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e as Instituições de Ensino Superior, bem como das respectivas administrações públicas, direta, autárquica e fundacional, os servidores inativos e os militares estaduais da ativa, na reserva remunerada e os reformados.

§1º. *Enquadram-se no conjunto de servidores públicos, abrangidos pelo caput deste artigo, aqueles que se encontrem à disposição, cedidos ou em disponibilidade e os serventuários de justiça remunerados pelos cofres públicos, bem como os não remunerados*, admitidos anteriormente a vigência da Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. (Redação dada pela Lei do Estado do Paraná nº 12.607/99)

Percebe-se que a expressão “*bem como os não remunerados*” foi acrescentada na Lei Estadual do Paraná nº 12.398/1998 nos idos de 1999 pela Lei Estadual do Paraná nº 12.607/1999, ou seja, após a promulgação da EC nº 20/1998. Tal fato demonstra a indisfarçável finalidade de assegurar aos titulares de serventias extrajudiciais **não remunerados pelo** Erário paranaense a permanência no RPPS gerido pela PARANÁPREVIDÊNCIA e destinado aos servidores públicos efetivos do Estado do Paraná, em franca oposição ao regramento dado pela EC nº 20/1998.

Não é demasiado repisar que a EC nº 20/1998 conferiu nova formatação jurídica aos RPPS, reservando-os tão somente aos servidores ocupantes de cargos públicos efetivos, ficando os demais agentes públicos vinculados obrigatoriamente ao RGPS.

O STF, por seu turno, quando do julgamento da ADI nº 2.791/PR, decidiu, no dia 16 de agosto de 2006, por unanimidade de votos de seu órgão pleno, pela inconstitucionalidade – tanto formal, quanto material – da indigitada expressão, *in verbis* (grifei):

EMENTA: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 34, §1º, da Lei Estadual do Paraná nº 12.398/98, com a redação dada pela Lei Estadual nº 12.607/99. 3. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada, por ser evidente que o parâmetro de controle da Constituição Estadual invocado referia-se à norma idêntica da Constituição Federal. 4. Inexistência de ofensa reflexa, tendo em vista que a discussão dos autos enceta análise de ofensa direta aos arts. 40, caput, e 63, I, c/c 61, §1º, II, “c”, da Constituição Federal. 5. Não configuração do vício de iniciativa, porquanto os âmbitos de proteção da Lei Federal nº 8.935/94 e Leis Estaduais nº 12.398/98 e 12.607/99 são distintos. Inespecificidade dos precedentes invocados em virtude da não-coincidência das matérias reguladas. 6. **Inconstitucionalidade formal caracterizada.** Emenda parlamentar a projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo que resulta em

aumento de despesa afronta os arts. 63, I, c/c 61, §1º, II, “c”, da Constituição Federal. **7. Inconstitucionalidade material que também se verifica em face do entendimento já pacificado nesta Corte no sentido de que o Estado-Membro não pode conceder aos serventuários da Justiça aposentadoria em regime idêntico ao dos servidores públicos (art. 40, caput, da Constituição Federal).** 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.791/PR, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 16/08/2006, Publicação DJ: 24/11/2006)

Pela pertinência do tema, oportuno reproduzir parte do voto proferido pelo relator da ADI nº 2.791/PR, o eminente Ministro Gilmar Mendes, *in verbis* (grifei):

Ademais, também sob o prisma material a discussão dos autos conduz à conclusão de inconstitucionalidade da norma impugnada, pois, ainda que os serventuários da justiça sejam considerados servidores públicos *latu sensu*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica que tais servidores têm regime especial, tanto é que na ADI 2.602, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 31.03.06, entendeu-se que a eles não se aplicava a regra (constante do art. 40 da CF/88) da aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade.

**Se o caput do art. 40 da Constituição Federal trata do regime previdenciário próprio dos servidores públicos de cargo efetivo, não pode a norma infraconstitucional estadual dispor sobre a inclusão de servidores públicos que não detêm cargo efetivo em regime próprio de servidores públicos estaduais *stricto sensu*.** Mesmo porque “já se firmou jurisprudência no sentido de que entre os princípios de observância obrigatória pela Constituição e leis dos Estados-Membros, se encontram os contidos no art. 40 da Carta Magna Federal (assim, nas Adins 101, 178 e 755)”.(STF-ADI nº 369, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 12/03/99).

**O entendimento predominante nesta Corte é o de que o Estado-Membro não pode conceder aos serventuários da Justiça aposentadoria de servidor público, pois para esse efeito não o são. [...]**

Assim, pelo entender da Corte Excelsa, os titulares de serventias extrajudiciais **não remunerados pelos cofres públicos não são servidores públicos titulares de cargos efetivos**. Dessa forma, não podem os Estados-Membros incluí-los como segurados dos RPPS, já que tais regimes, em decorrência do artigo 40 da CRFB, destinam-se aos servidores públicos *stricto sensu*.

Em face dessa decisão, o Governador do Estado do Paraná opôs Embargos de Declaração sob a alegação de omissão da Suprema Corte quanto à explicitação dos efeitos – se *ex tunc* ou *ex nunc* – da declaração de inconstitucionalidade. Pela pertinência, transcreve-se parte da argumentação tecida no citado recurso, *in verbis*:

[...] Cumpre destacar que a norma em questão estava em vigor desde 1999, há mais de sete anos, portanto. Muitos serventuários já adquiriram o direito à aposentadoria ou mesmo já se aposentaram sob o regime da norma declarada inconstitucional, o que traz consigo consequências que comprometem a segurança jurídica das relações ocorridas durante o lapso temporal que a norma vigorou.

Há efetiva possibilidade de reversão dos aposentados sob o regime do PARANAPREVIDÊNCIA, bem como dos que já adquiriram o direito a se aposentar sob esse regime, contribuindo, de boa-fé, durante os diversos anos que a norma impugnada regia a matéria dada a presunção de constitucionalidade das normas.

Justamente o critério da segurança jurídica autoriza que a Suprema Corte limite a declaração de inconstitucionalidade pro futuro, preservando as situações concretizadas sob a égide da lei inconstitucional, conforme dicção do artigo 27, da Lei 9.868/99.

[...]

Havendo situações jurídicas concretizadas sob a égide da lei declarada inconstitucional que comprometem a segurança jurídica e a própria ordem administrativa paranaense, é recomendável que, no caso, a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos *ex nunc*.

Logo, com base nos fundamentos acima, o Governador do Estado do Paraná requereu, via Embargos de Declaração, a modulação dos efeitos *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, de sorte a preservar as situações jurídicas consolidadas sob a égide da expressão declarada inconstitucional. Em específico, pugnou que a declaração de inconstitucionalidade não alcançasse os serventuários da justiça paranaense que já teriam adquirido o direito à aposentadoria, bem como aqueles já aposentados sob as regras do RPPS gerido pela PARANÁPREVIDÊNCIA.

Todavia, os referidos Embargos de Declaração não foram providos, tendo sido rejeitados pelo STF em sessão plenária de 22 de abril de 2009, conforme ementa abaixo transcrita, *in verbis* (grifei):

EMENTA: Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Inscrição na PARANAPREVIDÊNCIA. Impossibilidade quanto aos serventuários da justiça não remunerados pelos cofres públicos. Modulação. Eficácia em relação às aposentadorias e pensões já asseguradas e aos serventuários que já preencheram os requisitos legais para os benefícios.

1. A ausência, na ação direta de inconstitucionalidade, de pedido de restrição dos efeitos da declaração no tocante a determinados serventuários ou situações afasta, especificamente no caso presente, a pontada omissão sobre o ponto.

**2. Embargos de declaração rejeitados, por maioria.**

(STF, Tribunal Pleno, ED na ADI nº 2.791/PR, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 22/04/2009, Publicação DJe: 04/09/2009)

Nesses termos, a ADI nº 2.791/PR veio transitar em julgado em 14 de setembro de 2009.

Verifica-se, portanto, que o posicionamento externado pelo STF é de que os titulares de serventias extrajudiciais **não remunerados pelos**

## **cofres públicos não podem estar vinculados aos RPPS já que estes são destinados aos servidores públicos efetivos.**

Ainda de acordo com o decido pela Suprema Corte nos autos da ADI nº 2.791/PR, constata-se que até mesmo aqueles agentes delegados paranaenses que já se encontravam aposentados, assim como os que já tinham cumprido os requisitos para a concessão da aposentadoria segundo as normas do RPPS administrado pela PARANÁPREVIDÊNCIA deveriam ser alçados à condição de segurados obrigatórios do RGPS.

Não se pode olvidar que as decisões do STF quando exaradas em sede de controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito normativo-vinculante para toda a Administração Pública que não pode deixar de cumpri-las nos exatos termos em que proferidas.

Demonstra-se, portanto, que os titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos, de acordo com a redação do art. 40, da CRFB, conferida após a EC nº 20/1998, e de seus efeitos irradiados por toda a legislação ordinária e infralegal pertinentes, são segurados obrigatórios do RGPS, na qualidade de contribuintes individuais, e estão sujeitos ao recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, conclusão que se encontra em perfeita sintonia com as decisões exaradas pelo STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Alicerçando-se na acurada análise das peculiaridades fáticas e jurídicas inerentes ao exercício das atividades desempenhadas pelos titulares de serventias extrajudiciais, à luz da legislação específica, doutrina pátria correlata e jurisprudência dominante dos tribunais superiores, constatou-se que, pela marcante natureza privada de seu

mister, de fato, esses agentes desempenham uma atividade delegada, inconfundível com o exercício de um cargo público efetivo *stricto sensu*.

Com efeito, considerando-se a sua natureza jurídica, bem como as características das várias espécies de serventias extrajudiciais previstas na legislação brasileira, confirmou-se que os notários ou tabeliães e os oficiais de registro ou registradores não remunerados pelos cofres públicos, atuam como pessoas físicas que exercem, por conta própria, ao lado do Poder Judiciário, via delegação e em caráter personalíssimo, atividade de natureza urbana, com fins lucrativos ou não, e que recebem seus rendimentos diretamente dos particulares.

Essa constatação, à luz do estampado no texto constitucional após o advento da EC nº 20/1998, das decisões exaradas pelo STJ e, em especial, pelo STF, no bojo do controle concentrado de constitucionalidade, que irradiou efeitos *ex tunc, erga omnes*, vinculantes e impôs que toda a legislação infraconstitucional previdenciária divergente (leis federais, estaduais, municipais e diplomas infralegais) tivesse que passar a se conformar a essa nova realidade, tornou patente que a vinculação ao RPPS somente se destina a servidores públicos *stricto sensu*.

Nessa conjuntura, fulcrando-se no entendimento sedimentado do STF no sentido de que inexistente direito adquirido a regime jurídico previdenciário quando não preenchidos os requisitos pertinentes, conclui-se que somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003.

Portanto, como resultado desse ensaio, escoimando a aparente antinomia relatada, conclui-se que, após o advento da EC nº 20/1998 e dos seus impactos na evolução da legislação previdenciária subsequente, os titulares de serventias extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos são considerados segurados obrigatórios do RGPS, na qualidade de contribuintes individuais, conforme o atualmente vertido na Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei nº 8.212/1991), que, através de seu artigo 12, inciso V, alínea h, os considera pessoas físicas que exercem, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, na forma combinada com o disposto no artigo 9º, incisos XXIII, XXIV e XXV, da IN RFB nº 971/2009 que disciplina a matéria.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 nov. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional do Seguro Social. Instrução Normativa nº 65, de 10 de maio de 2002. Dispõe sobre procedimentos aplicáveis aos órgãos públicos da Administração direta, às autarquias, às fundações

públicas, às missões diplomáticas, às repartições consulares e aos organismos oficiais internacionais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 mai. 2002. Disponível em: <[https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-65-2002\\_74611.html](https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-65-2002_74611.html)>. Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional do Seguro Social. Instrução Normativa nº 71, de 10 de maio de 2002. Dispõe sobre normas gerais de Tributação Previdenciária e de Arrecadação no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mai. 2002. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=75213>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.652, de 03 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o registro da Propriedade Marítima e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 fev. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7652.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de

registro. (Lei dos cartórios). **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8935.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/L9492.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9492.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 nov. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19717.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Previdência e Assistência Social. Portaria MPAS nº 2.701, de 24 de outubro de 1995. Dispõe sobre a vinculação de notário ou tabelião, oficial de registro ou registrador, escrevente e auxiliar de serviços notariais e de registro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 out. 1995. Disponível em: <[https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-2701-1995\\_180722.html](https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-2701-1995_180722.html)>. Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Secretaria da Receita Previdenciária. Instrução Normativa nº 3, de 14 de julho de 2005. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Previdenciária - SRP e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 jul. 2005. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=12795>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 28.650/RS. Relator: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, 15 de junho de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.602/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 24 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.791/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 16 de agosto de 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.104/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Brasília, 26 de setembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ED na ADI nº 2.791/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 22 de abril de 2009.

CASSETARI, Christiano. **Tabelionato de protesto** – Coleção Cartórios. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FREITAS, Matheus. **Regime tributário dos notários e registradores**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PARANÁ. **Lei nº 12.398, de 30 de dezembro de 1998**. Cria o sistema de seguridade funcional do Estado do Paraná, transforma o Instituto de

Previdência e Assistência aos Servidores do Estado do Paraná – IPE em Serviço Social Autônomo denominado PARANÁPREVIDÊNCIA e adota outras providências. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-12398-1998>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lein° 12.607, de 08 de julho de 1999**. Isenta, conforme especifica, de contribuição previdenciária, servidores e pensionistas com mais de 70 anos de idade, altera dispositivos da Lein° 12398/98 e dá outras providências. Disponível em: <<http://celepar7cta.pr.gov.br/PRPrevidencia/SitePRPrev.nsf/3b1ce059ee8f9514832569fa0049eab1/57e6bf2e619c303583256fd90045a4ef?OpenDocument>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça e

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



# A CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS

*THE CONSTRUCTION OF LEGAL PERSONALITY IN THE BRAZILIAN REGULATION AND THE NEW SUBJECTS OF RIGHTS*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0004](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0004)

**Elcio Domingues da Silva<sup>1</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0001-8271-4258>

 <http://lattes.cnpq.br/9758919417568535>

**Karina Medyk<sup>2</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0002-5226-0491>

 <http://lattes.cnpq.br/9106068433085427>

**Resumo:** A sociedade está em constante processo de mutação, conforme mudam-se as formas de socialização, os aspectos culturais e políticos, torna-se necessário adaptar as normas que a regulam. Assim, o objetivo deste artigo é resgatar o conceito de sujeito de direitos na história brasileira, mostrando as alterações dessa concepção jurídica conforme as mudanças sociais, por meio

.....  
<sup>1</sup> Titulação: Doutorando (2021) e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL (2019); Bolsista CAPES/PROSUP; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPECONST. Especialista em Direito Digital – EBRADI (2021); Especialista em Docência do Ensino Superior – UCDB (2017); Especialista em Direito Civil e Empresarial Aplicado – UEPG (2013); Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (2010); Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais. Advogado. E-mail: elciodom@live.com

<sup>2</sup> Titulação: Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (2020); Pós-graduanda em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (2021). E-mail: medyk.karina@gmail.com

do método de pesquisa histórico e da técnica de pesquisa documental indireta, bem como utilizando livros, artigos científicos, revistas e sites que abordam o tema. Ademais, será observado como se dá o tratamento dos sujeitos ainda desconsiderados pelo ordenamento brasileiro, como a natureza, os animais e, inclusive, os indígenas, que, apesar de possuírem personalidade jurídica, são marginalizados. Em conclusão, tem-se que a figura do sujeito de direitos surgiu e moldou-se para representar uma forma jurídica legítima para exercer atos e possuir direitos, adequando-se às novas necessidades individuais e coletivas, regulamentando as relações entre sujeitos e tornando possível a convivência social de forma pacífica e organizada.

**Palavras-chave:** Sujeito de direitos. Personalidade jurídica. Sociedade. Direito. Ordenamento jurídico brasileiro.

**Abstract:** The society is constantly changing, these changes can be noticed through the ways society interact, the cultural and political aspects, considering that it becomes necessary to adapt the rules that regulate society in total. This article aims to analyze and review the concepts about subjects in the Brazilian history, showing the changes in legal conception, according to the social changes, using the historical research method and indirect documentary research technique, using books, scientific articles, magazines and websites that address the topic. Furthermore, it will be analyzed how is the treatment of the subjects that are still disregarded by the Brazilian legal system, like the nature, the animals and the indigenous people, who are marginalized, despite that they have legal personality. The conclusion is that the subjects of rights arised and adapted to represent a legitimate legal form to exercise and possess rights, adapting to the new social needs, regulating the relationship between the subjects and making the social coexistence possible in a peaceful and organized way.

**Keywords:** Subject of rights. Legal personality. Society. Law. Brazilian legal system.

## INTRODUÇÃO

Ser um sujeito de direitos é ser “[...] um indivíduo considerado, respeitado frente a todos os outros e que está sob a proteção de uma lei semelhante para todos” (ENRIQUEZ, 2006, p.3), ou seja, o reconhecimento do sujeito como detentor de direitos dentro da sociedade possui efeitos de suma importância para a vida de cada indivíduo, pois determina como este será considerado dentro do seu meio. Para entender como surgiu essa categoria, serão abordados alguns dos importantes períodos históricos

que retratam as mudanças que ocorreram na estrutura social brasileira, começando pela Idade Média e a sociedade feudal, abordando a transição desse sistema para o capitalismo e demonstrando como essas mudanças influenciaram na concepção do sujeito de direitos. Posteriormente, será verificada a estrutura do sujeito de direitos dentro do ordenamento brasileiro, conforme o Código Civil de 2002. Especificamente, serão explorados alguns sujeitos de direitos “esquecidos” pela estrutura tradicional, como os indígenas, os animais e a própria natureza, aos quais ainda não são garantidos todos os devidos direitos.

## **1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO SUJEITO DE DIREITOS**

No feudalismo, as relações entre os sujeitos eram fundadas em uma dominação do homem pelo próprio homem (RAMIRO; DO RIO, 2015), na qual um era o senhor feudal, proprietário de terras e, conseqüentemente, detentor de poder, e outro era o servo, fiel ao primeiro, por conta de uma posição de dependência econômica. Embora houvesse essa relação de poder, não se tratava de uma sociedade escravocrata, visto que os servos não eram vistos como propriedade, mas como trabalhadores fiéis ao senhor feudal. No período escravista, o domínio e o poder eram muito mais incisivos, e as relações se baseavam em uma objetificação do escravo, enquanto apenas os proprietários eram reconhecidos como verdadeiros sujeitos.

Os escravos eram tratados como propriedades, objetos ou bens, e não como cidadãos, o que possibilitava que a vida humana fosse valorada economicamente, sendo passível de compra e venda. Entretanto, mesmo sendo objetos de propriedade por parte dos proprietários de terra, os escravos possuíam personalidade jurídica, ainda que limitada, na

medida em que possuíam direito de propriedade (mediante autorização) e capacidade contratual (DIAS PAES, 2014).

No século XIV, ocorreu a decadência do sistema feudal e, com isso, as formas sociais e os meios de produção foram se alterando e se moldando à nova realidade: o sistema capitalista. Com a ascensão do capitalismo e as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, as relações jurídicas entre os indivíduos sofreram transformações, passando a se basear em um caráter individual, liberal e patrimonial, ou seja, com o objetivo principal de realizar os interesses individuais da população, sem se preocuparem demasiadamente com um bem-estar coletivo (SCHREIBER, 2020). Assim, criou-se um complexo sistema jurídico para regulamentar os contratos mercantis, com o reconhecimento da individualidade e da liberdade de cada cidadão, para que pudessem, com base na autonomia da vontade, contratar livremente, estabelecendo uma certa igualdade, ao menos no aspecto formal (RAMIRO; DO RIO, 2015).

Entretanto, entende-se que essas liberdade e igualdade decorrentes do capitalismo e do liberalismo são, na realidade, apenas ficções jurídicas, visto que não passam do formal para o plano fático, pois a relação de poder de uns sobre outros continuou existindo e ainda se fortaleceu pela influência do mercantilismo. Um exemplo disso é que, sob reflexo do patrimonialismo e de uma sociedade patriarcal, as mulheres e os filhos eram classificados como incapazes para administrar o patrimônio familiar (SCHREIBER, 2020). Esses ideais fictícios foram criados para que os indivíduos, acreditando nessa ilusão de serem livres e iguais, se mantivessem nas suas posições normativamente determinadas e cumprissem as funções a eles impostas, a fim de contribuir e sustentar a relação de domínio e poder entre as classes sociais. Assim, na realidade, a autonomia da vontade explicita a desigualdade existente entre os cidadãos, como explica a autora Storer:

[...] a concepção moderna do princípio em questão evidencia a desigualdade de fato que existe entre os homens, a influenciar significativamente o desenvolvimento de suas relações contratuais e a merecer a intervenção do Estado nos pactos celebrados, bem como a imposição de condutas ético-jurídicas no desenvolvimento das relações contratuais contemporâneas, bem como de todas as relações civis (STORER, 2009).

As classes sociais foram se determinando e se fortalecendo com base em suas novas características e funções, como a burguesia, que detinha os meios de produção e explorava a mão de obra, e os trabalhadores assalariados, que vendiam a sua mão de obra para os proprietários (RAMIRO; DO RIO, 2015). Alterou-se então toda a estrutura social determinante dos sujeitos, antes tidos como artesãos, proprietários da matéria-prima e dos produtos que produziam, sendo “senhores do seu próprio trabalho” (RAMIRO; DO RIO, 2015, p. 374), para separar os proprietários dos produtores, os primeiros se tornando donos da mão de obra e dos produtos produzidos pelos segundos, que passaram a depender desta relação para obter um salário. Ou seja, surgiu o sujeito-objeto, na medida em que os trabalhadores passaram a depender da venda da sua força de trabalho para subsistirem economicamente com o salário, que, conforme Marx (2006, p. 36), citado por Ramiro e Do Rio (2015, p. 375): “é apenas o nome dado ao preço dessa mercadoria particular que só existe na carne e no sangue do homem.”

Dessa maneira, é possível afirmar que o ser humano dentro da sociedade não é apenas um sujeito, mas, concomitantemente, o objeto que determina a sua categoria de sujeito, pois a força de trabalho humana tornou-se uma mercadoria e, portanto, fez do próprio ser humano um objeto jurídico. O fato de o indivíduo ser proprietário de si mesmo, permitindo que se coloque dentro do mercado e obtenha capital através do seu trabalho, se tornou possível mediante a concretização do sujeito de direito, como explicitam os autores Ramiro e Do Rio:

A constituição da forma sujeito de direito, como se vê, está umbilicalmente ligada ao aparecimento de certas relações sociais de produção, de modo que a relação voltada à troca de mercadorias se dá de modo extraordinário, abrangendo inclusive a força de trabalho humana. (RAMIRO; DO RIO, 2015, p. 382)

Assim, de escravos a servos, de servos a trabalhadores assalariados, as categorias de cidadãos se moldam com o passar do tempo, estruturando a sociedade e encaixando cada indivíduo em uma determinada posição, porém sempre mantendo a dualidade da oposição de um contra o outro. Mudam-se as classificações, mas uma característica é cristalizada: o domínio e poder entre os sujeitos. Então, questiona-se, será que a escravidão realmente foi abolida, ou foi apenas camuflada com novas relações que se equiparam às escravistas?

Desde a colonização do Brasil por Portugal, o ordenamento pátrio foi regido pelas Ordenações do Reino de Portugal, as quais continuaram a vigorar até a Consolidação das Leis Civis, em 1857. Até mesmo em 1916, com a edição do primeiro Código Civil, por Clóvis Beviláqua, os ideais europeus se mantiveram presentes na legislação nacional, que se inspirou nos códigos da França, Alemanha e Portugal, os quais retratavam o “pensamento das elites da sociedade brasileira, que, em 1916, era ainda essencialmente agrícola e patriarcal” (SCHREIBER, 2020, p.67). Assim, é possível recordar que as mulheres, os imigrantes e as crianças nem sempre foram tratados como sujeitos de direitos, categoria esta que se limitava a uma pequena parte da sociedade, desconsiderando-se a personalidade jurídica de vários seres humanos. Sabe-se que essa concepção mudou com a evolução da sociedade, que passou a reconhecer todos (ou quase todos) os indivíduos como titulares de seus próprios direitos e responsáveis por seus atos.

Com o século XX, vieram novas mudanças sociais no Brasil, como a emancipação da mulher e a massificação das relações sociais

(SCHREIBER, 2020, p.68). Após a Primeira Guerra Mundial, a legislação mudou seus antigos ideais de liberalismo, individualismo e patrimonialismo, expressos no Código Civil de 1916, para adquirir um caráter mais humanitário e solidário. Decorrente disso, as relações sociais mudaram e passaram a ser construídas com mais igualdade e visando à função social da propriedade, ou seja, os interesses passaram de individuais a transindividuais ou coletivos. Assim, o bem-estar coletivo passou a ser o foco das normas legais, com a edição do Código Civil de 2002 em obediência às garantias constitucionais da Constituição Federal de 1988, aumentando a proteção aos chamados direitos coletivos, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ressalta-se que, conforme Schreiber (2020), as legislações especiais se tornaram os meios de efetivar essas mudanças, tendo a Constituição como centro do sistema jurídico.

Sendo assim, tem-se que, dadas as mudanças que ocorrem na sociedade, torna-se necessário reformular a legislação nacional para buscar a efetiva tutela dos direitos do seu povo, adequando-se aos novos paradigmas e necessidades coletivas. Portanto, tendo a figura do sujeito de direito como fundamental instrumento social, conclui-se que a sua concepção é formal e adaptável, moldável com base nas estruturas sociais existentes, recebendo influência de fatores políticos, ideológicos e culturais. À vista de tais fatos históricos acerca da construção social brasileira, passará a ser analisado como se dá, atualmente, a classificação dos sujeitos dentro da sociedade contemporânea e suas relações.

Presentemente, com a Constituição Federal de 1988 e a evolução dos direitos humanos, as legislações passaram a adotar um caráter mais humanitário e garantista. A categoria de sujeitos de direitos se tornou mais ampla, abrangendo diversos indivíduos e entes, bem como estabelecendo seus direitos e deveres, com a edição de normas

específicas às peculiaridades de cada grupo de cidadãos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Deficiente e o Estatuto do Índio, além das previsões constantes no Código Civil de 2002, que diferenciam e regulam as diferentes categorias de entes e personalidades jurídicas.

## **2. SUJEITOS DE DIREITOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A personalidade jurídica na legislação brasileira diz respeito ao reconhecimento de direitos fundamentais e um mínimo de garantias aos seus detentores, com subdivisões que classificam as pessoas entre naturais e jurídicas (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Diferencia-se o tratamento dado pelo ordenamento jurídico a bens e a sujeitos de direitos, o primeiro sendo um objeto passível de apropriação e domínio pelo segundo, que possui mais garantias e deveres perante a sociedade. Sendo assim, não é mais admitido que os indivíduos sejam tratados como objetos, existindo proteção legal especial atribuída à personalidade jurídica, que diferencia o tratamento dado aos sujeitos e aos bens.

O Código Civil brasileiro prevê, em sua Parte Geral, os atuais sujeitos de direitos – pessoas físicas e jurídicas, sendo a personalidade jurídica a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Assim, reconhecendo a personalidade jurídica de um ente, reconhece-se o status de sujeito de direitos. Subdivide-se a personalidade sob dois aspectos: objetivo e subjetivo. O primeiro diz respeito ao conjunto de características intrínsecas à pessoa humana, a qual recebe algumas garantias especiais pelo ordenamento jurídico, como os direitos da personalidade. Sob o aspecto subjetivo, a personalidade é a aptidão, de forma genérica, para ser titular de direitos e obrigações. Portanto,

apenas a pessoa natural possui personalidade objetiva, enquanto a pessoa jurídica possui a personalidade subjetiva (SCHREIBER, 2020).

A pessoa física, também chamada de pessoa natural, é “o ente provido de estrutura biopsicológica, trazendo consigo uma complexa estrutura humana, composta de corpo, alma e intelecto. É, enfim, o ser humano nascido com vida” (FARIAS; ROSENVALD. 2015, p.133). Assim, as pessoas físicas/naturais são titulares de diversos direitos específicos à condição humana, como os direitos de personalidade e os próprios direitos humanos. Entretanto, apesar dos direitos de personalidade serem intrínsecos às pessoas naturais, como o direito à integridade física, intelectual e moral, existem algumas exceções, em que tais direitos são atribuídos, por exemplo, ao nascituro (embrião já concebido, mas ainda não nascido) e às pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas surgem da união de pessoas naturais, ou seja, são uma representação, na esfera jurídica, como um ente personalizado titular de direitos e obrigações. Sendo assim, a pessoa jurídica pode ser entendida, sob um ponto de vista, como uma pessoa fictícia ou, sob outro aspecto, pode-se dizer que “as pessoas jurídicas existem no mundo do direito e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real” (SCHREIBER, 2020, p. 238). É difícil imaginar a pessoa jurídica como um ser “dotado de vida real”, visto que se trata de uma ficção jurídica, criada para unificar um grupo de pessoas criadoras de uma entidade, ou para determinar entidade criada por apenas um indivíduo em prol de um fim, diferenciando, assim, a pessoa natural da entidade jurídica, para não haver confusões patrimoniais e de responsabilidade. Ou seja, foi criada e existe para fins práticos, porém, no plano real, não é um ente dotado de vida, dependendo da existência de uma pessoa humana que a represente. Sendo assim:

[...] a pessoa jurídica é uma entidade abstrata, concebida pelos juristas para que as pessoas humanas possam alcançar

determinados resultados práticos. (...) consistem em um dos muitos instrumentos jurídicos colocados a serviço das pessoas humanas (SCHREIBER, 2020, p. 143).

Dessa forma, vê-se que as pessoas jurídicas são tratadas pela legislação como sujeitos de direito, podendo, inclusive, sofrer danos morais<sup>3</sup>, direito de personalidade que seria, em regra, intrínseco à pessoa natural. Evidente que, apesar disso, a pessoa jurídica não pode reclamar direitos incompatíveis com a sua natureza, mas pode receber a tutela que decorre dos direitos de personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Com relação ao nascituro, o artigo 2º do Código Civil estabelece que o início da personalidade civil se inicia com o nascimento com vida<sup>4</sup>, embora resguarde os direitos do nascituro, pois mesmo que este ainda não tenha nascido já existe como ser vivo e, portanto, deve ser considerado pelo Direito. Desse artigo, pode-se extrair um critério lógico, necessário para possuir a personalidade jurídica: a vida.

Além disso, existem também, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, os entes despersonalizados, como a massa falida, a herança e o condomínio, por exemplo. Tais entes também são titulares de direitos, embora não possuam personalidade jurídica, pelo fato de não haver o requisito de autonomia desses entes, que seria o registro dos atos constitutivos no órgão competente (como acontece nas empresas e sociedades – pessoas jurídicas). Tais entes não possuem personalidade, mas possuem capacidade processual judiciária, ou seja, são sujeitos de direitos também para fins processuais (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Assim, diferencia-se a pessoa jurídica dos entes despersonalizados, pois estes produzem efeitos apenas internamente, entre os membros

.....  
<sup>3</sup> Súmula 227 STJ. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

<sup>4</sup> Código Civil brasileiro de 2002. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

que os compõem, não possuindo finalidade externa, como explicam os autores Farias e Rosenvald: “os entes despersonalizados não visam relacionamentos externos, vocacionando-se a realizar atividades de interesses de seus próprios membros entre si, como na família e na igreja (enquanto comunidade)” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 361).

A partir dos conceitos de pessoa natural e jurídica, criam-se as noções de capacidade, como uma medida jurídica da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.271), restringindo o exercício de direitos e o dever de cumprir obrigações, diferenciando-se a capacidade de direito e a capacidade de fato. A primeira diz respeito à aptidão para adquirir direitos e deveres, a qual é reconhecida a todos. Já a segunda trata da aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, é a capacidade de exercício. Dessa forma, possuindo apenas a capacidade de direito, sendo esta limitada, o titular do direito o exerce através de representação, visto que não detém a capacidade de fato para exercer seus direitos de forma autônoma, ou seja, é considerado incapaz, de forma relativa ou absoluta. Conforme prevê o Código Civil atual, os indivíduos absolutamente incapazes precisam de representação para

praticar direitos e atos civis, já os relativamente incapazes podem praticá-los com assistência.<sup>5</sup>

À vista dos referidos conceitos normativos extraídos da legislação atual brasileira, pode-se concluir que não é necessário ser humano para ser sujeito de direitos, visto que a pessoa jurídica detém, inclusive, proteção a alguns direitos de personalidade, excepcionalmente, e os

.....  
<sup>5</sup> Código Civil brasileiro de 2002. Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II- os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV- os pródigos. (grifo nosso)

entes despersonalizados também possuem diversas garantias e direitos, podendo inclusive figurar como partícipe da relação processual.

### **3. SUJEITOS DE DIREITOS – OS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Em alguns casos, é necessário editar normas específicas que atendam às peculiaridades de determinados grupos de indivíduos ou entes, como é o caso dos indígenas. Estes enfrentam uma longa batalha pelo efetivo exercício de sua personalidade jurídica, a qual foi já reconhecida, porém a efetividade da proteção legal do povo indígena e da garantia a seus direitos é ainda muito fragilizada. Portanto, essa batalha ainda continua. Com a Constituição Federal de 1988 e um capítulo específico para tratar dos direitos dos índios (Título VIII- Da ordem social, Capítulo VIII- Dos índios), foram institucionalizadas diversas garantias legais visando proteger a cultura desses povos, que antes, com o Estatuto do Índio de 1973, eram tratados sob um aspecto que exigia a integração de suas tribos à sociedade. Assim, com a Constituição Federal de 1988, atribuiu-se à União a obrigação de proteger as terras indígenas,<sup>6</sup> impondo o dever de respeitar a organização social própria das tribos, visto que possuem direito originário sobre suas terras, por serem anteriores à criação do próprio Estado, levando em consideração o histórico de dominação advindo da colonização (OLIVEIRA,

.....  
<sup>6</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

2017). Além disso, o artigo 232 da Constituição garante a capacidade processual dos índios.<sup>7</sup>

Apesar de existirem hoje tais garantias constitucionais aos povos indígenas, a sociedade e o Estado ainda não respeitam efetivamente esses direitos e a cultura desse povo, o qual ainda sofre para obter o verdadeiro reconhecimento, na prática, da sua autonomia como um povo detentor de uma personalidade jurídica coletiva. É o que defende Daiara Tukano, indígena do povo Tukano, artista plástica, professora e mestranda em Direitos Humanos na Universidade de Brasília,<sup>8</sup> que exalta a violência decorrente da demarcação de terras indígenas, que prejudica os povos que não estão incluídos na Amazônia Legal, como os tupinambás e os pataxós, refletindo a errônea ideia de que os direitos dos indígenas só valem dentro do seu território e não possuem eficácia e validade em todo o território nacional, como deveria ser (OLIVEIRA, 2017).

Em entrevista realizada pela jornalista Daiana Ferraz, publicada por *O Globo*, a indígena explica os preconceitos que ocorrem por conta dessa desigualdade e banalização dos direitos dos índios, que geram violência e grandes injustiças. Seguem partes da entrevista:

.....  
<sup>7</sup> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

<sup>8</sup> **Daiara Tukano** nasceu em meio à criação do movimento indígena nacional. É ativista indígena e acompanha os ensinamentos de seu pai. É professora, artista plástica de formação e mestranda em Direitos Humanos na Universidade de Brasília, e pesquisa o direito à memória e à verdade dos povos indígenas. É também coordenadora da **Rádio Yandê**, primeira rádio-web indígena do Brasil, e consultora da curadoria indígena do Festival ColaborAmerica, sobre novas economias na América Latina. Disponível em: [https://www.guiaaltoparaíso.com.br/post/2018/01/28/lideran%C3%A7as-do-movimento-indigenista-no-brasil-alvaro-tukano-e-daiara-tukano-vem-a-alto\\_pa#:~:text=DAIARA%20TUKANO%20nasceu%20em%20meio,%C3%A0%20verdade%20dos%20povos%20ind%C3%ADgenas](https://www.guiaaltoparaíso.com.br/post/2018/01/28/lideran%C3%A7as-do-movimento-indigenista-no-brasil-alvaro-tukano-e-daiara-tukano-vem-a-alto_pa#:~:text=DAIARA%20TUKANO%20nasceu%20em%20meio,%C3%A0%20verdade%20dos%20povos%20ind%C3%ADgenas).

O **índio** não existe. A ideia de **índio** como uma coisa só não corresponde à realidade. Somos mais de 325 povos, falamos mais de 180 línguas, espalhados por todo o território nacional. Somos civilizações à parte, com identidades, histórias e culturas únicas. Toda essa diversidade não cabe na palavra “**índio**”. É preciso desconstruir esse preconceito que coloca o índio como uma coisa pasteurizada. (...) Já me perguntaram se eu comia gente e porque eu estava usando tênis, celular e óculos, já que aquelas não eram coisas de **índio**. A sociedade pouco sabe da história dos **povos indígenas**, só acredita numa repetição de estereótipos. Mas os **índios** são pessoas que vivem na contemporaneidade, não são coisa do passado. Nossos conhecimentos e nossas tecnologias não são do passado. Somos tão humanos e capazes quanto os outros para criar, assimilar, usar e compartilhar tecnologias. Os preconceitos dão continuidade a uma série de violências, epistêmicas e físicas, que sofremos até hoje. (FERRAZ, 2018)

Além disso, a entrevistada relaciona essa desigualdade existente no Brasil, que inferioriza alguns indivíduos da sociedade, com o processo de colonização, que ocasionou a negação da humanidade e da autonomia desse povo, restringindo direitos, gerando violência e genocídio indígena. É necessário entender e valorizar a importância que os índios têm na sociedade, cuidando do meio ambiente e assegurando a biodiversidade local, com conhecimentos riquíssimos sobre a terra e a natureza como um todo, merecendo o devido respeito e reconhecimento, para que não se extingam. Ao exterminar os índios está se exterminando uma preciosa cultura e grande parte da proteção ambiental e da vida natural.

O ordenamento jurídico brasileiro atual atribui previsão específica para regular a capacidade dos indígenas, conforme o artigo 4º, parágrafo único do Código Civil, estabelecida no Estatuto do Índio (Lei 6.001 de 1973), em consonância com a Constituição Federal. Destaca-se também a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que estabelece respeito aos direitos indígenas, no sentido de eliminar as diferenças socioeconômicas, adotar medidas que permitam o gozo dos

direitos humanos, sociais e econômicos.<sup>9</sup> Além disso, existe também a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Dessa forma, conclui-se que, mesmo com a vigência de normas de proteção aos índios, ainda não se vê a sua real eficácia, visto que o reconhecimento normativo da personalidade jurídica desses indivíduos, membros da sociedade assim como quaisquer outros, nem sempre é considerado como válido e relevante. A personalidade jurídica dá a possibilidade de gozar de todos os direitos constitucionalmente previstos, como a vida, a propriedade cultural e a integridade pessoal, portanto, é essencial que seja garantida e respeitada, cumprindo com a igualdade estabelecida pela Carta Magna brasileira

Para isso, é necessário que todos reconheçam os indígenas como membros da sociedade, merecendo igualdade de direitos, através de políticas públicas e medidas inclusivas e garantistas que protejam a cultura do povo originário do Brasil. Como lamenta a indígena Daiara Tukano, com a sucinta conclusão: “até esses direitos serem respeitados e de o cidadão brasileiro comum vir, de fato, a respeitar e até a se orgulhar dos indígenas são, quem sabe, outros quinhentos anos.” (OLIVEIRA, 2017).

.....  
<sup>9</sup> Decreto nº10.088 de 5 de novembro de 2019, que consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72)

## **4. O STATUS JURÍDICO DA NATUREZA E DOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

A legislação brasileira, embora vasta nas suas previsões legais em matéria ambiental, ainda não reconhece a natureza e os animais como titulares de direitos próprios e se mostra atualmente ineficaz na proteção ambiental, visto que o quadro ambiental no Brasil está insustentável, com inúmeros desastres ambientais, exaustiva exploração e danos irreversíveis.<sup>10</sup> Será analisado, a seguir, como se dá o tratamento atual da natureza e dos animais no ordenamento pátrio.

### **4.1. A NATUREZA NO DIREITO BRASILEIRO**

Ao se falar em natureza ou meio ambiente, tendo ciência da imensidão abrangida por esses conceitos, é necessário estabelecer o que se entende por meio ambiente conforme a legislação brasileira. Tirando o conceito da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/1981), em seu artigo 3º, tem-se que meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” Assim, entende-se que a natureza se trata de um conjunto de seres vivos, ou pode-se dizer que é uma só vida, considerando a interdependência de cada organismo presente no ecossistema. Todavia, com todas as mudanças

.....  
<sup>10</sup> Como exemplo, cita-se dois grandes desastres ambientais que ocorreram no Brasil nos últimos anos: o rompimento da barragem de Mariana, em 2015, e de Brumadinho em 2019. Além dos desastres, diversas atitudes prejudiciais ao meio ambiente são tomadas todos os dias pela população e pelo Estado, como o congelamento dos fundos Amazônia e Clima, que atuam no combate às mudanças climáticas no Brasil e na defesa da floresta Amazônica, desde 2019; a exportação de madeira nativa sem fiscalização, a pedida de madeireiras e a aceleração do desmatamento ilegal na Amazônia, consequência da pandemia do Covid-19, em 2020. Disponível em: <https://envolverde.cartacapital.com.br/>.

e intervenções humanas na natureza, a sociedade está se distanciando cada vez mais dela, separando-se um do outro como se houvesse um abismo entre eles, afastando o homem do seu estado natural, no qual ambos – ser humano e natureza – são partes de um todo.

Em análise às previsões legais vigentes no Brasil, observa-se que atualmente a natureza possui status jurídico de bem de uso comum do povo, ou seja, pode ser utilizada por todos, conforme prevê o artigo 225 da Constituição Federal. Com isso, é possível verificar o caráter antropocêntrico presente na Constituição, a qual trata o meio ambiente como um instrumento a ser utilizado para fins de interesse humano, como um bem ou mesmo um objeto. Apesar dessa previsão, nem todos os recursos naturais podem ser utilizados livremente pelo povo, para evitar uma má utilização ou exploração excessiva. Alguns desses bens necessitam de restrição absoluta, carecendo de especial proteção por possuírem condições peculiares que os tornam essenciais para a manutenção do equilíbrio ambiental, como é o caso das reservas biológicas, das estações ecológicas e dos sítios arqueológicos e pré-históricos.

Portanto, o ordenamento brasileiro no tocante à proteção ambiental visa à tutela de dois objetos jurídicos: a qualidade do meio ambiente e, em segundo plano, a saúde, o bem-estar e a segurança da população, no sentido de assegurar a existência da vida com qualidade (MOLITOR, 2019). Dessa forma, a legislação não se preocupa diretamente com a preservação da biodiversidade das espécies da fauna e da flora se não houver algum interesse humano em jogo, seja econômico ou pessoal. Porém esse posicionamento é contraditório, visto que a natureza sempre influenciará na manutenção da vida no planeta, então qualquer interferência no meio ambiente que ocasione uma alteração no

ecossistema e na biodiversidade local afetará o macro, mesmo que não cause efeitos imediatos para cada indivíduo.

Assim como o supracitado artigo 225 da Constituição Federal de 1988, outras previsões legais em matéria ambiental também possuem previsão nesse sentido, visando à proteção da vida humana, mas não da natureza *per si*, como a Lei 6938 de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, além de reafirmar o status da natureza de “bem”, ou como está na lei de “patrimônio”, o que é possível averiguar logo no artigo 2º:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

Outro exemplo é a Lei 9985 de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Ela é de extrema importância para a preservação ambiental de áreas naturais, mas também contém em seu teor previsões no sentido antropocêntrico, como é possível averiguar no artigo 2º, inciso II, que estabelece que a conservação da natureza deve produzir o maior benefício para as atuais gerações e satisfazer “as necessidades e aspirações das gerações futuras”<sup>11</sup>.

.....  
<sup>11</sup> Lei 9985 de 2000. Art.2º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: II - conservação da natureza: o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial

Portanto, a natureza é vista sob um aspecto utilitário, instrumental e intervencionista, e embora exista uma vasta legislação ambiental brasileira, por conta dessa visão, a proteção acaba não sendo muito eficiente na prática, pois o foco é sempre a proteção da vida humana e de seus interesses, o que acaba deixando a natureza em segundo plano e permite que ela seja explorada e prejudicada se houver satisfação dos interesses pessoais dos humanos. Não obstante, ressalta-se que ninguém deve sair impune ao causar malefícios ao meio ambiente, visto que a Constituição impõe a tríplice responsabilidade ambiental em seu artigo 225 §3º, com sanções cíveis, penais e administrativas (FARIAS, 2020).

## 4.2. OS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito Animal é uma área jurídica que vem crescendo e se fortalecendo nos últimos anos, com cada vez mais jurisprudências, doutrinas e legislações visando ampliar a proteção da fauna prevista pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, §1º inciso VII. O referido inciso determina que é dever do Poder Público proteger a fauna, proibindo práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.<sup>12</sup> Sendo assim, interpretando-se este inciso sob o ponto de vista protecionista e garantista, os animais já possuem uma proteção especial federal, o que deve ser

.....  
de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral;

<sup>12</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

levado em consideração pelas leis infraconstitucionais, aplicando-o a favor dos animais nos casos concretos.

Assim, a tendência é de que a proteção legal dos animais no Brasil seja cada vez mais inclusiva e abrangente, com o objetivo de preservar todas as espécies e respeitar todas as formas de vida, reconhecendo os animais como sujeitos de direitos. Neste viés, tem-se a Resolução nº37/7 de 1982 da ONU, que estabelece que toda vida é única e merece ser respeitada, independente da sua utilidade para os seres humanos (MÓL; VENANCIO, 2014).

Analisando as legislações atuais acerca do tema em âmbito federal, tem-se a Lei 5197 de 1967 (Lei de proteção à fauna), que proíbe a caça profissional de algumas espécies silvestres, permitindo, entretanto, a “destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública” conforme prevê o artigo 2º da Lei, em seu §2º.<sup>13</sup> Além disso, não só permite como estimula a formação de clubes de caça e de tiro, como uma prática esportiva. Essas previsões são apenas exemplos de como a lei é contraditória ao intitular-se como de “proteção à fauna”, apesar de conter em seu teor previsões que permitem a caça de animais como mero esporte, para satisfazer mero lazer por parte da sociedade, sem pensar em todos os prejuízos ambientais que essa prática totalmente desnecessária causa.

A Lei de Crimes Ambientais (9605 de 1998) também contém previsão nesse sentido de proteção aos animais, em seu artigo 32, que criminaliza a prática de atos de abuso e maus-tratos contra animais,

.....  
<sup>13</sup> Lei 5.197 de 1967. Art.2º. É proibido o exercício da caça profissional. §2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

estabelecendo uma pena muito branda, de apenas três meses a um ano, e multa. Por conta disso, foi apresentado o Projeto de Lei 2822/2011 que pretende agravar as penas quando se tratar de conduta praticada contra cães e gatos, impondo pena de reclusão de cinco a oito anos em caso de morte. Este projeto ainda aguarda a apreciação pelo Senado Federal. Outro tema que merece atenção ao se falar em maus-tratos contra animais é a zoofilia, que atualmente, no Brasil, não possui tipificação legal própria para criminalizar a conduta, sendo considerada apenas uma prática de maus-tratos, subsumindo-se no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais.<sup>14</sup> Existem os Projetos de Lei 9070/2017 e o 966/2015 que pretendem tipificar o crime de zoofilia, os quais ainda estão sujeitos à apreciação do Plenário. Ressalta-se a importância de aprovar e concretizar essa tipificação legal, pois o fato de a zoofilia ainda não possuir previsão específica faz com que diversos países venham ao Brasil para produzir filmes pornográficos com esse tipo de conteúdo, ferindo a proteção legal dada aos animais, sendo uma violação à integridade desses.

Um importante marco na defesa dos seres não humanos é o Projeto de Lei 27 de 2018, que pretende alterar a Lei de Crimes Ambientais para estabelecer sua personalidade jurídica *sui generis* e reconhecê-los como sujeitos de direitos despersonalizados, determinando que a previsão constante no Código Civil sobre “bens móveis” não deve mais se aplicar aos animais. Esse projeto foi aprovado no Senado e está, no momento deste trabalho, em votação na Câmara. A importância de transformar esse projeto em lei se deve ao fato de que ainda se vê no Código Civil atual a objetificação dos animais, os quais podem, inclusive, ser objetos

.....  
<sup>14</sup> Lei 9605 de 1998. Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

de penhor, conforme estabelece o artigo 1.442, inciso V. Portanto, tal previsão precisa ser modificada para que os animais sejam reconhecidos como os sujeitos que são e tratados de forma mais digna.

No plano estadual, existem também algumas leis de proteção aos animais, como o Código Estadual de Proteção aos Animais do Estado do Paraná, que possui previsões no sentido de assegurar que os animais não sejam explorados excessivamente, como na utilização para transporte, a qual não pode ultrapassar mais de 10 quilômetros sem descanso, ou na exploração de animais para trabalhos, não devendo passar de 6 horas seguidas sem água e alimento.<sup>15</sup> Com relação ao Código, este traz previsões importantes que limitam e regem qual deve ser o tratamento dado aos animais explorados em diferentes atividades humanas, impondo, ainda, a devida punição para empresas que não cumpram com alguns requisitos estabelecidos nos sistemas de agropecuária. Entretanto, não se vê uma real aplicação e fiscalização dessas previsões no país, visto que ainda perduram diversas práticas extremamente cruéis e abusivas em relação aos animais, principalmente no âmbito agropecuário.

É necessário que haja uma efetiva fiscalização de cidadãos e estabelecimentos que utilizam esse tipo de atividade envolvendo animais (transporte, criação, pecuária) e que se estabeleça uma punição mais severa e adequada aos casos, com a tipificação de tais condutas com penas de multa e, dependendo da gravidade da situação, de privação de liberdade dos agentes. No ano de 2020, foi apresentado um Projeto de Lei (65/2020) para modificar o atual Código de Direitos

.....  
<sup>15</sup> Lei Ordinária 14037 de 2003. Art. 11. É vedado: IV – fazer o animal trabalhar por mais de 06(seis) horas seguidas sem lhe dar água e alimento. Art. 13. É vedado: I – transportar animais em via terrestre por mais de 12 horas seguidas sem o devido descanso;

Animais do Paraná, que evidencia a proteção da dignidade e combate às práticas cruéis e afirma a condição dos animais de seres sencientes, ou seja, seres dotados de percepções conscientes e capazes de possuírem sentimentos, o que deve lhes conceder o reconhecimento de seu valor inerente e de sua dignidade.

Além do referido Código do Paraná, existe também o Código Estadual do meio ambiente do Rio Grande do Sul (Lei 15434 de 2020), que reconhece os animais como seres sencientes, como pode-se observar no artigo 216,<sup>16</sup> porém exclui os animais utilizados em atividades agropecuárias e em manifestações culturais. Em contrapartida, o Código de Direito e Bem-estar Animal da Paraíba (Lei 11140 de 2018) já é mais abrangente, incluindo todos os animais vertebrados e invertebrados em sua proteção e estabelecendo, inclusive, direitos subjetivos a eles. Dessa forma, não se deve confundir o status jurídico dos animais com o da natureza, visto que a característica da senciência é inerente aos primeiros. Portanto, estes têm interesses subjetivos.

Assim, o Direito está avançando constantemente na questão animal, existindo hoje diversas ações em trâmite no ordenamento jurídico nacional que possuem animais como partes no processo, mediante representação ou assistência, como uma estratégia de proteção. Listam-se abaixo algumas dessas ações, que ocorreram neste ano de 2020 e constam no banco de ações animais apresentado pelo Professor Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior:<sup>17</sup>

.....  
<sup>16</sup> Lei 15.434 de 2020. Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente.

<sup>17</sup> Informação fornecida por Vicente de Paula Ataíde Junior no Congresso Internacional “Um Tribunal para a América Latina e Caribe”, realizado em agosto de 2020, através de transmissão *on-line* ao vivo, no site: <https://www.facebook.com/UmTribunalParaAmericaLatinaeoCaribe/videos/305111240602767>

Caso Diego e outros vs. Barcino: 23 gatos autores de ação de reparação de danos, janeiro de 2020, Salvador-BA; Caso Jack vs. Mello: cão, representado por ONG, demanda seu próprio tutor por maus-tratos, janeiro de 2020, Cascavel-PR; Caso Boss e outros vs. BP PETHOP: cão representado por seus tutores, em litisconsórcio ativo, processa o petshop que lhe causou danos físicos e morais, julho de 2020, Porto Alegre-RS; Caso Pipoca e outros vs. Vieira: cão de rua representado por ONG, demanda pessoa que lhe efetuou disparos de arma de fogo, pedindo inclusive pensão mensal, agosto de 2020, Cascavel; Caso Aladim vs. Município de Caruaru: cão, representado por seu tutor, pleiteia assistência à saúde para realizar cirurgia de emergência que o tutor não tem como pagar, agosto de 2020, Caruaru-PE. (JUNIOR, 2020)

Estes são apenas alguns dos casos que evidenciam que os animais já estão inseridos no âmbito jurídico brasileiro, o que demonstra que o futuro caminha nesse sentido, e o ordenamento pátrio precisa se atualizar e se adequar à essa realidade. Com base na análise das legislações vigentes, é possível perceber que a lei federal ainda está muito fragilizada e é pouco abrangente na proteção dos animais, perdendo, inclusive, para os Códigos estaduais, fato que inviabiliza a efetividade da proteção animal em todo o território nacional. O Brasil é o país com a maior biodiversidade de fauna e de flora do mundo, conforme o site internacional Mongabay, que apresenta mais de 100.000 espécies de animais conhecidas, de acordo com o Catálogo Taxonômico da Fauna do Brasil. Sendo assim, é inadmissível que o ordenamento brasileiro ainda esteja tão aquém da proteção legal necessária e eficiente, sendo imprescindível que amplie as previsões legais tanto no tratamento da fauna quanto da flora, fortalecendo, principalmente, a lei federal. Os animais são, como nós, parte da natureza, e tratar deles como inferiores, ou como objetos dos seres humanos, como até pouco tempo era expressamente previsto no Código Civil, é inaceitável.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão ao que foi abordado no presente artigo, temos que a figura do sujeito de direitos exerce um papel fundamental dentro da sociedade e é capaz de alterar toda a estrutura social e a forma como os indivíduos são tratados dentro dela. Como foi visto, esta concepção sofreu diversas alterações, concomitantemente com as mudanças da própria sociedade, para se adaptar conforme a realidade na qual está inserida. Assim, a evolução das previsões conceituais sobre a personalidade jurídica permite o reconhecimento de novos sujeitos de direitos, buscando ampliar cada vez mais esta categoria para tornar a sociedade mais justa e igualitária. Reconhecer novos sujeitos de direitos lhes atribui mais dignidade e autonomia, o que é o objetivo do presente estudo, que busca reconhecer a natureza como detentora de direitos próprios para aumentar a sua tutela jurídica.

Ademais, viu-se a necessidade de buscar a efetividade das leis vigentes, pois, mesmo com o reconhecimento legal de diversos direitos e sujeitos, na prática, nem sempre existe respeito, como é o caso dos direitos dos índios. Pode-se concluir também que ainda existem muitas injustiças e falhas na legislação nacional, a qual está muito atrasada em algumas questões, como no Direito Ambiental e no Direito Animal, sendo necessário e urgente que suas concepções sejam modificadas e atualizadas, a fim de concretizar o reconhecimento da natureza e dos animais como seres dignos detentores de direitos. Ora, se até as pessoas jurídicas (entes fictícios, sem vida, representados por pessoas naturais) são consideradas como titulares de direitos próprios, e, também, são reconhecidos os direitos do nascituro, por conta de tratar-se de um ser vivo, não há lógica em tratar os animais e a natureza como bens ou

objetos, sendo que são, inegavelmente, seres dotados de vida – assim como as pessoas naturais, embora haja diferenças valorativas entre elas.

Por fim, analisou-se como o ordenamento brasileiro vem sofrendo influência europeia desde a colonização. Não obstante, a lei de um país deve ser construída com base na ideologia e na cultura de sua sociedade. Portanto, é necessário refletir acerca do processo de construção legislativa, em qual povo e cultura ele está baseado, para se pensar em uma adequação da legislação brasileira à sua própria realidade. À vista das atuais necessidades do Brasil no tocante ao Direito Ambiental, levando em consideração as peculiaridades do País, é preciso abordar a urgência de uma reformulação da legislação atual, para que ela esteja de acordo com os atuais problemas, que surgem de maneira progressiva, em consequência da enorme complexidade social com a qual nos deparamos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil de 2002**. Vade Mecum Saraiva OAB. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais). Acesso em: setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva OAB 19. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIAS PAES, Mariana Armond. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)**. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2014.

ENRIQUEZ, Eugène. **O homem do século XXI: sujeito autônomo ou indivíduo descartável**. RAE-eletrônica. v.5. Revista Réfractations. 2006. Disponível em: <http://www.rae.com.br/eletronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=4263&Secao=PENSATA&Volume=5&numero=1&Ano=2006>. Acesso em: junho de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Os animais como sujeitos de direitos**. Trabalho apresentado no Congresso Internacional – Um Tribunal para a América Latina e Caribe. 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/UmTribunalParaAmericaLatinaeoCaribe/videos/305111240602767>. Acesso em: agosto de 2020.

MÓL, Samylla. VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil**. FGV Editora. 1ª edição. Rio de Janeiro. 2014.

MOLITOR, Ulysses Monteiro. **A efetividade do direito criminal ambiental como instrumento de proteção ao meio ambiente**. 1 ed. São Paulo: Gregory, 2019.

OLIVEIRA, Cristiane de. **Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição.** Carta Magna é considerada um marco na conquista e garantia de direitos. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20estabeleceu,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20ind%C3%ADgena%20no%20Brasil>. Acesso em: julho de 2020.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. DO RIO, Josué Justino. **Perspectiva crítica sobre el Estado liberal de derecho por Pachukanis y Carl Schmitt.** Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas – UPB. Vol. 45. Medellín, Colombia. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil:** contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STORER, Aline. **Autonomia da vontade: ficção da liberdade.** Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção moderna da teoria contratual. v.8. Marília, 2009.

TUKANO, Daiara. **Índios não são coisa do passado.** [Entrevista cedida a] Daiana Ferraz. O Globo. 2018. Disponível em Revista Ihu-online: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/575069-daiara-tukano-militante-indigena-indios-nao-sao-coisa-do-passado>. Acesso em: julho de 2020.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



# RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

*RIGHT ANSWERS IN FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0005](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0005)

**Felipe Rodrigues Xavier<sup>1</sup>**

 0000-0001-9021-8174

 <http://lattes.cnpq.br/4323708314077775>

**Resumo:** O artigo pesquisa a controvertida tese da resposta correta como combate às diversas formas de positivismo jurídico, bem como as teses filosóficas que as sustenta e suas possibilidades no campo dos direitos fundamentais. Pesquisa, ainda, sua aplicação e alcance em alguns recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**Palavras-Chave:** Resposta correta. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**Abstract:** The article investigates the controversial thesis of the one right answer as combating the different forms of legal positivism, as well as the philosophical theses that support them, and its possibilities in the field of human rights. It also researches its application and scope in some recent cases tried by the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights.

**Keywords:** One right answer. Fundamental rights. Brazilian Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights.

.....  
<sup>1</sup> Mestre e Bacharel em Direito (UNESP). Autor de “Interpretação e Aplicação do Direito nos Positivismo(s) Jurídico(s)” e outros trabalhos publicados no Brasil e no exterior. Ex-editor de revista acadêmica (Revista de Estudos Jurídicos - REJ/UNESP). Pesquisa Filosofia e Teoria Geral do Direito, com ênfase nas teorias positivistas e não positivistas contemporâneas, as relações entre direito e moral, epistemologia e literatura. Professor de Direito. Advogado e Consultor especializado em Direito Civil, Tributário e Imobiliário. Membro efetivo da Comissão de Direitos e Valores Imobiliários da 3ª Subseção da OAB/SP. Poeta. Contato: felipe.rodrigues.xavier14@gmail.com, felipe\_rodrigues@hotmail.com=

## INTRODUÇÃO

O artigo faz largo voo sobre questões interligadas do direito contemporâneo relacionadas especialmente aos direitos humanos fundamentais. Tenho como objetivo unir *teoria* e *prática* como *atividade* do direito: se a *teoria* diz respeito à discricionariedade inerente aos mais variados tipos de positivismo jurídico, à fundamentação filosófica da tese da resposta correta de Dworkin (embora outros autores a tenham formulado segundo outras bases) e sua possibilidade, presença e força na Constituição Federal brasileira de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, a parte *prática* trata de alguns casos essenciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso Ellwanger, no caso Herzog (e seus antecedentes na declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia e em outras condenações do Brasil) e no mais recente e polêmico caso sobre o cumprimento da pena depois da condenação em segundo grau, por exemplo, foi tomada a resposta correta ou, em outras palavras, a resposta que mais se adequa e justifica a Constituição e os direitos fundamentais?

### 1. A DISCRICIONARIEDADE POSITIVISTA

Na teoria e prática do direito, usamos o termo “discricionariedade” em três sentidos diferentes, correspondentes a três contextos principais. Num primeiro sentido, que chamamos de sentido fraco, seguindo as lições de Ronald Dworkin no seminal “O Modelo de Regras I” (2010, p. 50-52), determinada razão jurídica ou moralmente relevante impede que a autoridade, administrativa ou judicial, aplique determinados conceitos (“*standards*”) – principalmente princípios jurídicos ou aquilo que a doutrina usualmente chama de “conceitos jurídicos indeterminados” –

de maneira mecânica e irracional, sem qualquer justificação, por mínima ou contraditória que seja. Neste primeiro sentido fraco, portanto, o termo “discricionariedade” exige algum tipo de julgamento e formulação por parte da autoridade.

Num segundo sentido fraco, a autoridade é titular da capacidade final de tomar uma decisão, ou seja, sua decisão é definitiva em algum sentido, não podendo ser controlada ou modificada de nenhuma maneira por nenhuma outra autoridade (muitas vezes mesmo por quem tomou a decisão).

No sentido forte, o titular do poder discricionário não está vinculado a qualquer *standard* – padrão jurídico – estabelecido por outra autoridade.

O positivismo jurídico em suas mais variadas formas, sobretudo o normativismo de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, a principal e mais influente delas, entende a discricionariedade no direito segundo esse sentido forte: como falta de qualquer regra ou padrão jurídico para a decisão a ser tomada.

Ora, para o positivismo jurídico, a discricionariedade é uma fatalidade, uma necessidade devida principalmente, mas não apenas, à indeterminação da linguagem humana. A indeterminabilidade não está na interpretação ou aplicação do que é válido em direito, mas sim faz parte de sua própria estrutura intrínseca. No conhecido escalonamento kelseniano – frequentemente posto de maneira redutora e errada como *pirâmide* – a sucessiva determinação da área de atuação da norma inferior não pode ser completa, mas somente indicativa. A norma superior delinea opções – ou respostas – possíveis, todas elas presentes numa moldura, mas cuja escolha, afinal, inexoravelmente recai sobre aquele que deve executar ou cumprir a determinação da norma.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (KELSEN, 2009, p. 388)

Para Kelsen, como se sabe, esta *moldura* normativa de possibilidades Cabe ao intérprete defini-la, ou seja, definir as possibilidades de aplicação da norma, todas igualmente válidas, mas sem se decidir por nenhuma delas. Qualquer outra pretensa tarefa que a interpretação jurídica se dê, aí não mais estará no campo do direito, mas sim da política jurídica.

A doutrina da interpretação de Kelsen, amplamente influente entre nós, entende separadas interpretação e aplicação do direito. Ora, de um lado temos a interpretação, cujo objetivo é simplesmente fixar a moldura normativa, descrevendo as hipóteses de aplicação (KELSEN, 2009, p. 390), mas que nada aplica, decide, nem dentro, nem fora de tal moldura. A aplicação do direito, por sua vez, realizada pelos intérpretes chamados autênticos, é que de fato irá *escolher, decidir* por uma daquelas hipóteses que, se espera, esteja contida na moldura. A interpretação é ato de conhecimento. A aplicação é ato de vontade.

E no momento mais decisivo, mais dramático, que é afinal a decisão, reside um dos problemas mais cruciais e consequentes da teoria do direito. Hans Kelsen admite a possibilidade de aplicação fora da moldura.

Importa notar que, *pela via da interpretação autêntica*, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a

tem de aplicar, *não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura* que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2009, p. 394, grifo meu)

Em outras palavras, a decisão jurídica, segundo o positivismo normativista de Kelsen, pode ser qualquer uma, pode ser qualquer coisa. esta conclusão, que definitivamente põe abaixo o edifício kelseniano. Ela nos deixa sem resposta alguma sobre como o aplicador procede ou deveria proceder para a solução hermenêutica do direito, seja ele autêntico ou não autêntico. Não há qualquer fundamentação para o saber hermenêutico do direito. *Toda resposta é possível e legítima*, o que equivale a dizer que não há repostas corretas, longe disso. Tampouco há *respostas melhores que outras*.

A licença para a aplicação de possibilidades normativas exteriores à moldura, possibilidades não cognoscíveis pela interpretação jurídica, é *ilimitada*. Trata-se de uma *carta branca* dada, com maior dramaticidade, ao intérprete e aplicador autêntico do direito. Kelsen apenas discorre que na interpretação autêntica, principalmente no elemento volitivo desta, adentram certamente outras normas de moral, justiça, equidade etc., mas que não sendo normas jurídicas, a ciência do direito positivo nada pode dizer sobre elas, limitando-se assim apenas a admitir sua existência e influência na norma final.

A doutrina hermenêutica do positivismo de Kelsen “é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional.” (LARENZ, 1997, p. 108). Como última consequência, é exatamente este elemento volitivo, a *vontade* afinal, que de fato produz ou aniquila o direito, torna-o legítimo ou ilegítimo, indiferente a qualquer norma, independente de qualquer teoria ou ciência.

Assim podemos finalizar com o grande mestre positivista da primeira metade do século XX, aquele mais influente nos sistemas de direito romano-canônico: *direito é escolha, direito é discricionariedade*. No fundo, o direito é sempre fruto da vontade de alguém, seja dos constituintes originários, dos legisladores, dos juizes ou dos funcionários da administração pública. A discricionariedade é inexorável, inescapável ao direito: é sua própria fundação.

A resposta de Hart quanto à discricionariedade do direito é um pouco mais sofisticada, assim como o é, no geral, sua teoria positivista do direito, um aperfeiçoamento em relação à de Kelsen. Mas no que tange à discricionariedade, as diferenças são apenas de estilo ou forma. O conteúdo é o mesmo. É de ressaltar que estamos comparando-os aqui, Kelsen e Hart, apenas quanto à discricionariedade: “Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha.” (HART, 2009, p. 165).

Evidentemente, mesmo que os padrões sejam muito gerais, haverá exemplos claros, indiscutíveis, daquilo que os satisfaz ou não. Alguns casos extremos do que é, ou não é, uma ‘tarifa razoável’ ou uma ‘condição segura de trabalho’ serão sempre identificáveis *ab initio*. Assim, em uma extremidade da gama infinitamente variada de casos, haverá uma tarifa tão alta que deixaria o público refém de um serviço indispensável [...] na outra extremidade, haverá uma tarifa tão baixa que não incentive a operação de uma empresa. [...] Mas estes são apenas os extremos de um leque de fatores diferentes e talvez não sejam encontrados na prática; os casos difíceis, que exigem atenção, ficam entre os dois extremos. (HART, 2009, p. 170-171)

O argumento-tipo do positivismo sobre a indeterminabilidade da linguagem e do direito e, conseqüentemente, a necessidade da

discricionariedade, apresenta esta estrutura base: nos casos de conceitos fluídos, indeterminados etc., como “bem-estar social”, “interesse público” e outros, podemos chegar à unanimidade, ou ao menos concordância pacífica, sobre a existência de limites extremos e claros da adequação de tais conceitos. No caso explicitado por Hart, por um lado, uma tarifa tão alta que lese injustamente o público e, por outro, uma tarifa tão baixa que não seja atraente para qualquer empresa. No meio, que muito provavelmente concentrará a maioria dos casos, encontra-se a chamada “zona de penumbra”, onde os conceitos jurídicos (as palavras vinculantes pelas quais o direito é vazado) não oferecem certeza e unicidade de entendimento e aplicação. Pelo contrário, essa *zona de penumbra*, consequência lógica da *textura aberta do direito* (HART, 2009, p. 161-176), representa uma área de incerteza, de indeterminação dos conceitos jurídicos. “A essa altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta [...] a linguagem da norma agora parece apenas assinalar um exemplo vinculante, isto é, aquele constituído pelo caso evidente” (HART, 2009, p. 165).

O fato no qual se apoia Hart é a fluidez (ambiguidade, polivalência etc.) da linguagem humana e, conseqüentemente, das palavras *fluídas*, *ambivalentes*, *indeterminadas* etc. pelas quais o direito se exprime e assim adquire validade. Note-se aqui, outra vez, a questão semântica, tão própria às teorias positivistas do direito, que o entendem, além de separado da moral, como simples questão de *fato*, ou seja, sobre quais termos da linguagem jurídica encontram-se nas decisões judiciais, nos precedentes e nas leis e se eles se aplicam a determinado caso concreto. Se o caso “encaixa-se” sob o termo jurídico, como no silogismo judicial, ou se o termo jurídico pode ser estendido para abarcar o caso concreto.

Se, como argumentamos em outros trabalhos (XAVIER, 2018, p. 180-181), a discricionariedade positivista fragiliza a constitucionalidade

e legalidade fundantes do Estado Democrático de Direito, significando uma espécie de cavalo de Tróia para dentro dele, e se trata ela, a discricionariedade, da ponta de lança do positivismo jurídico e do mesmo conceito na teoria e prática do direito, ora, então as mesmas críticas apresentadas primeiramente por posições filosóficas antipositivistas e antirrelativistas no âmbito da filosofia e teoria do direito podem também ser oferecidas, com as devidas adaptações, aos diversos campos do direito, inclusive o direito administrativo.

## 2. SOBRE A RESPOSTA CORRETA

### 2.1. Seus Pressupostos Filosóficos (O Que a Resposta Correta Não É)

ma tendência dominante na interpretação jurídica ou artística estarmos sempre procurando algo no mundo (um objeto, uma coisa, algo sensível) que corresponda a uma palavra<sup>2</sup>. Uma palavra, principalmente se for substantivo, tem que corresponder a uma coisa ou a um fato. É uma exigência lógica do nosso pensamento e, caso não exista a tal coisa, já começamos a desconfiar das pretensões do interlocutor e da utilidade da conversa ou leitura.

Outra tendência dominante se revela no desejo de generalidade. A faculdade de direito, por exemplo, se encontra cheia de generalidades: Teoria Geral do Processo, Teoria Geral do Crime etc. Em todas elas, há a

.....  
<sup>2</sup> “Enfrentamos uma das grandes fontes da desorientação filosófica: um substantivo faz-nos procurar uma coisa que lhe corresponda.” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 25) [...] “O erro que estamos sujeitos a cometer poderia ser expresso deste modo: procuramos o uso de um signo, mas fazemo-lo como se ele fosse um objeto, *coexistente* com o signo. (Uma das causas deste erro é, de novo, o fato de estarmos à procura de uma ‘coisa correspondente’ a substantivo.)” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 30).

procura de algo comum a todas as entidades processuais, criminais etc., que as tornem como tal, que sirvam de critério definitivo para a aplicação dos conceitos<sup>3</sup>. Reformulando juridicamente o exemplo de Wittgenstein, é como se tentássemos ensinar na disciplina de Teoria Geral do Processo o modelo, o termo geral “Processo”, sob o qual todos os tipos processuais particulares serão subsumidos ao longo do curso e da carreira jurídicos<sup>4</sup>. Forma-se a *imagem processual* totalizante. A partir de então, o estudante e futuro profissional não reconhece mais processos (no plural, inicial minúscula), mas apenas formas defeituosas do Processo (no singular, inicial maiúscula). O sentido da palavra torna-se a imagem ou, melhor dizendo, uma coisa, um objeto real do mundo que se correlaciona metafisicamente com a palavra e o sujeito que a emprega.

Esse anseio de generalidade tem outra fonte importante: a presença permanente do método da ciência como método por excelência, universal, de redução de qualquer fenômeno natural a uma quantidade física mensurável: “*Os filósofos têm sempre presente o método da ciência e são*

.....  
<sup>3</sup> “A ideia de que para tomar claro o sentido de um termo geral era necessário descobrir o elemento comum a todas as suas aplicações estorvou a investigação filosófica, não porque não conduziu a qualquer resultado, mas também porque levou que os filósofos rejeitassem como irrelevantes os casos concretos, os únicos que poderiam tê-los ajudado a compreenderem o uso do termo geral. Quando Sócrates faz a pergunta, ‘O que é o conhecimento?’ ele nem sequer considera como uma resposta *preliminar* a enumeração de casos de conhecimento.” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 50-51).

<sup>4</sup> A sugestão wittgensteiniana: “*Suppose we are interested in the meaning of ‘intentional’ in the phrase ‘an intentional act’.* How do we go about discerning its meaning? *Wittgenstein would recommend surveying the various ways in which the law uses the word ‘intentional’ to see its meaning across a variety of contexts.* What we would be surveying are – literally – the uses to which the word is put. *Those who take the view that we need first to interpret the word in order to understand it would require a theory of intentionality,* one that could be brought to bear on how the word is employed in legal contexts. *Wittgenstein cautions against such an approach, arguing that understanding is grounded in use and not in theory.* Wittgenstein’s philosophical methodology is one that seeks a perspicuous survey of the uses (and, thus, meanings) of our words. A theory, he argues, will only serve to distort our understanding.” (PATTERSON, 2019, p. 8, grifo meu).

*irresistivelmente tentados a levantar questões e a responderem-lhes do mesmo modo que a ciência.*” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 49, grifo meu).

Mas a filosofia difere *logicamente* da ciência. A ciência trata de construir teorias e modelos que podem ser testadas pela experiência e assim confirmar seu acerto, ou seja, a “verdade” dessa teoria ou modelo, o que quer dizer que há a correspondência entre a ciência e a realidade. Mas ses termos, pois o sentido antecede a experiência e nela está pressuposto (HACKER, 2000, p. 12-13). Se o objetivo da ciência é explicar fenômenos por meio de hipóteses causais e inferências hipotético-dedutivas a partir de leis e condições “naturais”, *então o estatuto da filosofia tem de ser outro que o científico*, pois em filosofia não há nada de hipotético: não pode ser uma *hipótese* que uma proposição que entendemos faça sentido. Não há “teoria” em filosofia, no sentido em que a teoria serve à ciência, e não há “explicação” em filosofia, no sentido em que a ciência *explica* a realidade, a não ser, neste caso, o único tipo de explicação que a filosofia pode almejar, isto é, a descrição do uso das palavras e seu significado.

A exigência de objetividade imposta ao direito, às artes e às ciências humanas em geral simplesmente não faz sentido. A objetividade entendida como coisas ou fatos existentes no mundo, fatos observáveis e mensuráveis quantitativamente, cuja existência e compreensão sejam independentes de qualquer valoração, constituindo-se, portanto, na necessidade de correspondência ou transformação das proposições em coisas ou fatos físico-naturais, não faz sentido, porque as condições de verdade no direito, nas artes e nas ciências humanas em geral são estabelecidas por regras sociais (muito sensitivas a valores e fins .) e não num estado fático de coisas A objetividade fisicalista, fundamento das teorias positivistas, comete esse grave erro filosófico.

Não é um erro qualquer. Temos de abandonar esse conceito de objetividade, derivado por sua vez da concepção absoluta do mundo (completamente neutra e independente, em que o sujeito se apodera livremente dos objetos e sentidos do mundo a partir de um *grau zero de compreensão* – ou “ponto de vista arquimediano”<sup>5</sup>), se quisermos oferecer contribuições significativas nas nossas interpretações de direito ou arte. “A única base que podemos imaginar para a nossa linguagem são nossas práticas, nossa forma de vida. Nesse sentido, é a perspectiva social das intersubjetividades a única alternativa para a linguagem significativa sobre uma prática social regulada por regras como o direito.” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 137). Embora nos seja constantemente requerido, nenhuma argumentação jurídica ou artística habilita-se a possuir valor de verdade “real”, espelhado no mundo, que transcenda a própria prática.

Não vejo por que tentar encontrar algum argumento geral no sentido que os julgamentos interpretativos morais, políticos, jurídicos ou estéticos são objetivos. *Os que pedem algum argumento dessa natureza querem algo diferente do tipo de argumentos que eu e eles produziríamos a favor de exemplos ou casos particulares de tais julgamentos. Mas não vejo como poderiam existir tais argumentos diferentes.* (DWORKIN, 2005, p. 257, grifo meu).

As proposições jurídicas não são significados ontologicamente independentes. As proposições jurídicas não são apenas descritivas de

.....  
<sup>5</sup> “Você é um cético arquimediano se acredita que as proposições não podem ser verdadeiras porque não há nada aí no mundo – um ponto de alavancagem – em virtude de que essas proposições podem ser mostradas verdadeiras”. É com esse conceito que Dworkin pretende atacar todas as formas desengajadas, com aspirações não avaliativas e metodologicamente neutras (*methodologically neutral*) presentes em inúmeras variantes dessas abordagens. Para ele, a pretensão de se colocar acima do campo de batalha substantivo e valorativo, dos juízos de correção moral, constitui-se num erro metodológico.” (GUEST apud MACEDO JUNIOR, 2013, p. 197-198).

objetos, coisas existentes no mundo, sejam elas pedaços do contexto geral, em que o direito se manifesta, ou sejam revelações do estado mental daqueles que se expressam sobre ele (principalmente legisladores e juízes: e aqui temos uma tradicionalíssima teoria da interpretação). Por outro lado, as proposições jurídicas não são simplesmente valorações subjetivas, mais ou menos egoístas, sobre a correção ou beleza de outras proposições, sobre aquilo que o direito é ou deveria ser. A interpretação do direito articula descrição e valoração, mas seu resultado, porque em si mesmo interpretativo, se revela muito diferente de ambas. O mesmo acontece com nossas instituições sociais mais complexas, como Estado, religião ou casamento. O mesmo acontece, enfim, com a interpretação artística.

O direito e outras práticas sociais complexas não têm como fonte simples fatos físico-naturais, observáveis e quantificáveis (Se o tiverem – com o que descordo – tais fatos não se constituirão em fonte *direta*, nem serão a fonte, e muito menos serão a fonte *determinante* do direito). De volta à interpretatividade do direito: não poderemos *demonstrar* nunca – se com “demonstrar” nos referimos à possibilidade de transformar o argumento em uma coisa sensível do mundo, em um objeto quantificável – a veracidade ou qualidade da argumentação. Claro que o consenso nada prova, afinal, todos podem estar errados. Nunca poderemos *demonstrar* que esta ou aquela interpretação se ajusta e melhor serve à prática. Isto apenas é possível argumentativamente, no interior da própria prática, e qualquer exigência de *demonstrar* o indemonstrável – como a definição de critérios de validação, por exemplo, e como devem funcionar tais supostos critérios – apenas reforça a persistente imposição do método científico na filosofia e no direito: em que ele se mostra, num primeiro momento, impossível, e, nos momentos seguintes, um estorvo.

Assim, se o direito é internamente argumentativo e suas proposições não podem ser verificadas conforme a lógica da ciência, isto, é claro, não significa que todas as interpretações jurídicas serão boas ou igualmente valiosas. Uma interpretação competente do direito tem de passar, segundo Dworkin,

*Por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (DWORKIN, 2005, p. 239, grifo meu)*

Uma decisão judicial tem de se *ajustar* ao direito e *justificar* suas fontes fáticas, institucionais e, especialmente, morais. Analisarei logo abaixo se a resposta correta se ajusta, e se justifica, tanto Constituição Federal de 1988 como Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a sua aplicação ou não aplicação em alguns casos recentes julgados, respectivamente, por suas Cortes principais.

## **2.2. O Direito Fundamental**

Interpretar a Constituição significa sua integração e sua concretização. Trata-se de tarefas deontologicamente entrelaçadas, essenciais para a democracia e para o Estado Democrático de Direito, e seus resultados serão respostas constitucionalmente adequadas. Na trilha de Friedrich Muller, a partir das lições de Gadamer, se a Constituição apenas acontece enquanto “concretização”, então os

juízos constitucionais são aqueles de maior tensão e risco, pois a melhor resposta constitucional, aos olhos do ceticismo e relativismo inerente às correntes positivistas e pós-positivistas hegemônicas, encontra-se talvez indistinta entre outras possibilidades de aplicação – possibilidades quiçá muito mais sedutoras política ou economicamente.

Principalmente em Dworkin, mas igualmente em Gadamer e Habermas<sup>6</sup>, podemos distinguir entre decisões boas e más, melhores e piores; enfim, entre decisões corretas e incorretas. Afinal, não fazemos isto? Não qualificamos as decisões? Não defendemos que tal decisão ou tal voto do que outro qualquer, ainda que não haja consenso ou maioria e ainda que não consigamos convencer nossos interlocutores e vice-versa? A maioria dos profissionais do direito efetivamente discute padrões significativos e impactantes sobre o direito – seu conteúdo: *o que o direito é*, e poucos são aqueles que, pelo *fato* de Chico não conseguir convencer Francisco e nem Francisco conseguir convencer Chico, dirão que qualquer possa ter razão, escondendo tal posição substantiva numa pretensa autonomia do ponto externo<sup>7</sup>. Ora, se não se

.....  
<sup>6</sup> Em Habermas, a resposta correta decorre da adequação do discurso de aplicação em relação à norma previamente validada; exigência, portanto, da legitimidade do Estado em face da normatização das expectativas sociais de comportamento e do Estado Democrático de Direito. “Nas palavras de Habermas, a resposta correta, ou melhor, a aceitabilidade da resposta tida como correta, dependerá ‘não da qualidade dos argumentos, mas, sim, da estrutura do processo argumentativo’.” (HABERMAS apud STRECK, 2011, p. 328). A resposta correta de Habermas, e também de Günther por exemplo, se assenta em regramentos externos *procedimentais*, e não substantivos como em Dworkin. “A busca da única resposta correta não é capaz de garantir, por si mesma, um resultado correto. Somente o caráter do discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis.” (HABERMAS apud STRECK, 2011, p. 386).

<sup>7</sup> “Uma coisa é afirmarmos que não existe uma resposta certa para uma questão. Outra coisa, distinta, é afirmarmos que não temos certeza sobre qual é a resposta certa. [...] É claro que uma teoria da verdade que entenda que correção é sinônimo de certeza não faria tal distinção. Contudo, nosso uso da linguagem em geral e na linguagem da moral em geral nos sugere que essa é uma distinção relevante.” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 220-221).

puder provar ou convencer que Chico ou Francisco esteja correto, isto não significa que a terceira posição, a posição arquimediana, ceticista e relativista – a posição de que não existe resposta correta para o caso – seja por si mesma a correta.

Eles dizem que esses partidários ignoram a verdade óbvia de que não há “fato”, “matéria”, nenhuma “resposta certa” para a questão em jogo. *Eles não param para considerar se têm argumentos substantivos para essa posição igualmente substantiva* e, se o fazem, se esses também não podem ser ridicularizados como vagos ou não persuasivos ou como repousando em instintos ou mesmo afirmações rasas da mesma maneira. Clareza absoluta é o privilégio de tolos e fanáticos. (DWORKIN, 1996, p. 134-135, tradução minha, grifo meu)

Por outro lado, a situação oposta, ou seja, defender que duas, três, quatro ou quantas decisões apresentadas sejam *razoáveis* – simplesmente porque foram apresentadas e, portanto, possíveis – é também assentar-se comodamente no ponto de vista arquimediano, neutro<sup>8</sup> e austero, porque “exterior”, e simplesmente se recusar a argumentar substantivamente. É não contribuir para o direito. Este *ceticismo* tão arraigado, que faz mesmo parte do nosso modo de ser, é o mais perigoso, pois, em sua aparente precaução, não nos leva a lugar nenhum<sup>9</sup>, na melhor das

.....  
<sup>8</sup> “Não podemos sair da moral para julgá-la de algum tribunal arquimediano externo, assim como não podemos sair da própria razão para testá-la de cima.” (DWORKIN, 1996, p. 128, tradução minha, grifo meu).

<sup>9</sup> “Quando somos informados de que quaisquer convicções que lutamos para alcançar não podem, em nenhum caso, ser verdadeiras ou falsas, objetivas ou fazer parte do que sabemos, ou que elas são apenas movimentos em um jogo de linguagem ou apenas vapor das turbinas de nossas emoções, ou apenas projetos experimentais que deveríamos tentar medir, para ver como nos damos, ou apenas convites para pensamentos que podemos achar divertidos, divertidos ou menos entediantes do que costumamos pensar, *devemos responder que essas sugestões negativas são todos falsas, apenas filosofia ruim.*” (DWORKIN, 1996, p. 139, tradução minha, grifo meu).

hipóteses, ou, na pior delas, auxilia na desconstrução da força normativa da Constituição e, assim, da democracia e do direito.

Chegou-se mesmo a se afirmar não ser a tese dworkiniana mais que uma reformulação dos cânones hermenêuticos do positivismo do séc. XIX, em que a decisão de qualquer caso concreto já estaria de antemão prevista na lei, cabendo ao juiz ou intérprete apenas a mera operação subsuntiva. Pois bem, se Dworkin se equivoca quanto à existência da resposta correta – e não estou dizendo que esteja –, isto não decorre de erros “tão claros e evidentes”, geralmente atribuídos a ele neste aspecto particular de sua teoria, como principalmente a impossibilidade de *demonstração* da resposta correta ou mesmo o consenso sobre ela: “... *pode existir uma resposta correta [...] mesmo que a resposta não possa ser demonstrada.*” (DWORKIN, 2005, p. 211). Críticas como esta, apesar da popularidade, apenas revelam a extrema incompreensão do projeto dworkiniano e o desconhecimento dos novos paradigmas de objetividade e verdade trazidos pela filosofia da linguagem. A refutação da tese da resposta correta tem de ser filosófica e argumentativa, não empírica, segundo os meios científicos comuns.

A tese da resposta certa [...] está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis. Tal afirmação, longe de significar a inexistência de um critério de objetividade, aponta para o único sentido inteligível de objetividade cabível nesse contexto argumentativo. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 48)

Mais importante, a resposta correta não diz respeito à técnica ou metodologia do direito. Não se trata de uma ferramenta. Não se trata, tampouco, de outra implantação de sofisticada teoria estrangeira para

nossos horizontes teórico-jurídicos tão confusos. A resposta correta merece ao menos atenção mais aprofundada, pois, num primeiro momento, ela parece ofender nosso senso comum jurídico mais entranhado – este que, por sua vez, fundamenta-se na metafísica clássica aristotélico-tomista ou na metafísica moderna de Descartes e Kant.

Sendo *applicatio*, a resposta correta deverá necessariamente: a) respeitar a autonomia do direito; b) adequar-se e justificar a Constituição; c) fundamentar-se em argumentos de princípio e não de política<sup>10</sup>; c) ser

.....  
<sup>10</sup> Os argumentos de política justificam uma decisão política e, na seara judicial, as decisões que se utilizam de tais argumentos *protegem ou fomentam algum objetivo coletivo da comunidade (sociedade) como um todo, ainda que alguns direitos individuais ou direitos coletivos constitucionalmente previstos tenham de ser sacrificados para tanto*. A preponderância neste tipo de argumento é claramente colocada no interesse coletivo da sociedade como um todo, na *maioria* (e não no interesse coletivo de grupos, associações etc., até porque estes podem ser afastados em favor daqueles), tratando-se assim de argumentação típica das correntes utilitaristas, e que defende, no fundo, que *a sociedade como um todo, seguindo as concepções de quantidade, será idealmente melhor*. Já os argumentos de princípio também justificam uma decisão política, mas a jurisprudência que se desenvolve a partir desses argumentos *respeita ou garante um direito constitucionalmente previsto de um indivíduo ou de um grupo, independentemente se a sociedade como um todo (ou a maioria) ganha com isto*. Argumentos de princípio são os utilizados em qualquer legislação que vise a promover a inclusão social de minorias étnicas, religiosas, sexuais etc. Os utilizados para a implementação de saúde e educação (e outros direitos de segunda ou terceira dimensões) para camadas mais profundas da população, também. Exemplo bastante palpável no Judiciário são as indenizações por violação cometida pelo Estado, como o caso Herzog julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os indivíduos possuem direitos constitucionalmente garantidos e o argumento de princípio o faz valer, ainda que o erário público, portanto, a própria sociedade como um todo, saia perdendo. Esse tipo de argumento calca-se exclusivamente nos direitos constitucionais que os indivíduos ou grupos tenham ou não de acordo unicamente com a Constituição e o Estado Democrático de Direito vigentes. A preponderância não é da sociedade como um todo, do indivíduo isoladamente considerado ou de grupos (por maiores que sejam), mas sim dos direitos e garantias que estes possuam segundo a ordem político-jurídica em que vivem. Argumentos do tipo *protegem*, mais diretamente, direitos jurídicos e apenas indiretamente interesses políticos, seja de qualquer dimensão, importância ou a quem se referem tais interesses. Portanto, os argumentos de princípio, ao se desvencilharem de pragmatismos e discricionariedades e tendo somente a Constituição e os direitos nelas insculpidos como objetivo e matriz, são os argumentos que devem ser os mais legítimos para juízes e juristas no Estado Democrático de Direito. São os argumentos de direito por excelência.

coerente<sup>11</sup>. O STF, respeitando todos esses parâmetros, com exceção da coerência – pois se obedece coerência quando os casos semelhantes recebem a mesma resposta incorreta –, afastou a incidência da Súmula nº 400, segundo a qual “*decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza Recurso Extraordinário.*”.

Temas de índole constitucional não se expõem, em função da própria natureza de que se revestem, à incidência do enunciado 400 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Essa formulação sumular não tem qualquer pertinência e aplicabilidade às causas que veiculem, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede recursal extraordinária, questões de direito constitucional positivo. Em uma palavra: em matéria constitucional não há que cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República,  *muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta.* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, grifo meu)

Em suma,

a. A resposta correta é para *um caso* – e não para *todos os casos*.

Diferentes casos terão diferentes respostas corretas que, por sua vez, dirão respeito, no caso brasileiro, a basicamente a Constituição e, principalmente, aos direitos e garantias nela expressos, aqueles decorrentes dos princípios jurídico-morais por ela adotados e os constantes de tratados internacionais como a Convenção Americana de

.....  
<sup>11</sup> “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. *A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.* Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.” (DWORKIN, 2014, 263-264, grifo nosso).

Direitos Humanos, por exemplo (CF, art. 5º, §2º). A resposta correta não traz a justiça universal, não traz a conclusão definitiva sobre o bem e o mal, e não tem como objetivo sanar os grandes problemas morais e jurídicos. Muitos casos, como os que veremos abaixo, obtiveram a resposta correta. Muitos outros, não.

- b. A resposta correta é adequada à Constituição e a ao mesmo tempo justifica seus fundamentos e objetivos (CF, art. 1º, 3º e 4º).
- c. A resposta correta é adequada e justifica o direito brasileiro, inclusive os tratados de que o Brasil faça parte.
- d. A resposta correta não pressupõe *consenso* ou *maioria*.
- e. A resposta correta não tem como ser *demonstrada* segundo os meios científicos comuns.
- f. A resposta correta é *argumentativa*.
- g. A resposta correta fundamenta-se em *argumentos de princípios* e não em argumentos de política.
- h. A resposta correta ocorre *internamente* (e não externamente) à teoria e prática do direito.
- i. A resposta correta é *metafórica*<sup>12</sup>.

.....  
<sup>12</sup> Como as de Hobbes, Rousseau ou Rawls.

### **3. FUSÃO DE HORIZONTES: A RESPOSTA CORRETA SEGUNDO A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A constitucionalização do direito no pós-guerra é mais obra das Cortes Constitucionais do que das Constituições em si. Trata-se dum processo manifestamente hermenêutico, e não meramente declaratório. Eis a grande transformação do constitucionalismo moderno. Fundamentando-se nas Constituições dirigentes e normativas, as quais incluem vasto leque de direitos fundamentais de todas as dimensões, as Cortes Constitucionais desenvolveram a contínua e profícua atividade de revisão constitucional de todo o ordenamento jurídico.

Se a Constituição na Europa ocidental durante o século XIX e metade do XX era concebida como Carta de intenções, basicamente política, o Código Civil exercia, de fato e de direito, o papel juridicamente vinculante das relações entre os cidadãos. A normatividade, da qual carecia a Constituição, lhe era exclusiva. A situação normativa dos documentos jurídico-políticos elucidada-se facilmente na comparação entre os três textos essenciais legados pela Revolução Francesa: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Francesa de 1791 e o Código Napoleônico de 1804. Os três documentos não chegam a formar unidade normativa; ao invés, mostram-se relativamente independentes, compartilhando, como não poderia deixar de sê-lo, os princípios históricos mais essenciais<sup>13</sup> da Grande Revolução.

.....  
<sup>13</sup> “O direito liberal se caracteriza pelo lugar predominante concedido ao princípio da autonomia da vontade, fundamento de todas as *convenções de direito privado*, que deveria conceder a todos uma igual proteção da lei. A lei Le Chapelier, votada em 1791, abole as corporações e veda aos cidadãos de uma mesma profissão se coalizarem para defender seus interesses

No entanto, afiguram-se tratar de campos e objetivos não coincidentes, muito em razão da normatividade inversamente proporcional ao grau de generalidade e abstração da norma.

Konrad Hesse profere sua aula inaugural A força normativa da Constituição na Universidade de Freiburg em 1959. Trata-se de uma réplica quase cem anos posterior a Ferdinand Lassalle, cuja exortação de 1862 sobre os fatores reais de poder ainda exercia muita influência, muito por explicar perfeitamente a inocuidade da Constituição de Weimar de 1919 em conter o avanço, a tomada de poder e as atrocidades cometidas pelo nazismo. O propósito de Hesse num contexto completamente diverso, o de reconstrução da Alemanha arrasada pela Segunda Guerra Mundial, e já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949, é o de oferecer uma alternativa para que no confronto entre os fatores reais do poder e a Constituição escrita do país, não tenha esta de, necessariamente, sucumbir. A Constituição possui força jurídica, deontológica e obrigacional como qualquer outro comando normativo, igualmente, ou melhor, em maior grau devido a suas peculiaridades, do que qualquer lei. Portanto, a Constituição também é *dever ser normativo*, o maior deles em grau, amplitude e profundidade, não obstante para isto tenha frequentemente de se valer de fórmulas abrangentes ou exortativas. Há a tentativa de compatibilização, num verdadeiro esforço de dialeticidade, entre a Constituição escrita e a Constituição real, ou entre direito e poder. Hesse argumenta a necessidade de algumas

---

comuns, e isto a pretexto de garantir a autonomia da vontade. Mas, na realidade, ela, que deveria proteger igualmente a liberdade de todos os contratantes, favorecia o empregador que não era em absoluto igual àquele que, pelo contrato de trabalho ou de emprego, devia aceitar um vínculo de subordinação para com o patrão. A superioridade moral deste último era, aliás, salientada pelo art. 1.781 do Código Civil que dispunha que, em caso de contestação relativa aos salários, se acreditaria no patrão mediante a sua mera afirmação.” (PERELMAN, 1996, p. 220-221).

condições para que, apesar das forças reais de poder, a Constituição jurídica faça-se prevalecer.

Em primeiro lugar, há certos *pressupostos realizáveis* (*realisierbare Voraussetzungen*) no texto normativo constitucional que, não sendo meros reflexos da realidade, procuram influir nela<sup>14</sup>. Eis aqui o *dirigismo* das Constituições contemporâneas. Se a Constituição, como produto cultural humano, encontra-se vinculada ao contexto histórico de sua formação, passado e presente, ao mesmo tempo ela, a Constituição, não se encontra delimitada, simples e inteiramente, por esta realidade contextual, apontando também para o futuro (HESSE, 1991, p. 10-11). Os pressupostos realizáveis permitem a sobrevivência da Constituição no conflito com as forças reais do poder.

O que certamente exige uma opção. Portanto, o segundo elemento para a prevalência da Constituição jurídica é o que Hesse denomina de *vontade de Constituição*; de fazê-la cumprir, transformá-la de mera

.....

<sup>14</sup> “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. [...] Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade.” (HESSE, 1991, p. 5-6).

folha de papel com tinta para ação constitucional. Como opção, é voluntária, a cargo de todos a que ela, Constituição, se dirige.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 7)

Ambos os fatores, os pressupostos realizáveis e a vontade de Constituição, cumprem-se, como não poderia deixar de sê-lo, na *hermenêutica constitucional*. Hesse sugere o princípio da “ótima concretização da norma”, em realidade, característica da normatividade constitucional (aqui a *vontade de Constituição* exerce papel fundamental), que, por sua vez, transmuta-se, incontinente, também em necessidade metodológica para a efetivação dessa normatividade. A ótima concretização da norma (constitucional), enunciada talvez pioneiramente por Konrad Hesse e continuamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional do qual ele fez parte, insere-se no âmbito das transformações ocorridas na hermenêutica jurídica com o advento da força normativa da Constituição, como a supremacia do texto constitucional e a unidade da Constituição.

*Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (HESSE, 1991, p. 9, grifo meu)*

A Constituição Federal de 1988, por este processo de desconstrução do já frágil Estado Democrático de Direito por ela instituído, que inclui sua sucessiva modificação (emendas constitucionais), e principalmente a não recepção constitucional pelos modelos positivistas hegemônicos de compreensão e produção do direito, torna-se ainda mais facilmente manipulável pelos fatores reais de poder. A inexistência ou insuficiência da *vontade de Constituição* no Brasil se revela em sua baixa efetividade e normatividade, e vice-versa, numa herança e tradição infelizmente continuada a que chamo de *anemia constitucional*, representando, por sua vez, o gigantesco déficit de legitimidade democrática em nosso país. Talvez a se encontre em Otto Bachof (1977, p. 42): a Constituição apresenta-se tão mais legítima quando, simultaneamente, tanto corresponda à expressão dos poderes efetivos do país quanto

haja na população como um todo, e principalmente nos agentes de interpretação e concretização, o sentimento deontologicamente fundado de pertencimento e vinculação à Constituição.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 ou Pacto de San Jose da Costa Rica, como se sabe, apenas foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e adentrou definitivamente o ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Apesar do status supralegal, mas infraconstitucional (pois incorporado pela forma comum, e não ao modo das emendas constitucionais segundo o disposto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal introduzido pela EC nº 45/2004 – entendimento firmado no Recurso Extraordinário 466.343 – SP), a Convenção exerce relevantes influências no direito interno. Como exemplo mais claro, o afastamento da prisão do depositário infiel.

A nossa discussão conjuga-se principalmente, mas não exclusivamente, ao art. 8º, 1., sobre as garantias judiciais. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020), já que, em atenção ao art. 5º, §2º, complementa outros direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição. A resposta correta adequa-se e justifica a Convenção, constituindo-se em direito e, ao mesmo tempo, garantia dos jurisdicionados.

Apenas com a integração e concretização constitucionais, possa-se fazer valer o direito (e dever) mais fundamental de todos, e que está a cargo de todos nós: o direito de cumprimento da Constituição, o que

abarca, obviamente, o cumprimento do Pacto de San José da Costa Rica. Umbilicalmente ligado a este direito, nasce o dever (e direito) fundamental de justificar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX) – que encontra paralelo no art. 66, 1., da Convenção –, dispositivo dos mais ludibriados mesmo com seu desenvolvimento no art. 489, §1º, do CPC: esta talvez uma das normas mais anti *displícência* hermenêutica de todas. O direito fundamental à obtenção de respostas corretas à Constituição, por sua vez, decorre dessas duas tarefas deontologicamente essenciais e interligadas: cumprir a Constituição e nela justificar todas as decisões jurídicas. Em outras palavras, trata-se de um *direito fundamental do cidadão conseguir respostas adequadas e justificadoras da Constituição*. Tal resposta, é claro, inevitavelmente ultrapassa o raciocínio subsuntivo, o raciocínio causal, as ponderações e as simples considerações semânticas ou criteriosais tradicionais do positivismo.

A nossa argumentação, afinal, respeita os parâmetros de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos do art. 29, ‘a’: a aceitação de *nenhuma* ou de *qualquer* resposta correta significaria a permissão internacional de limitação ou mesmo supressão do gozo dos direitos e liberdades ali reconhecidos (uma expressão menos amarga, e bastante utilizada pelos tribunais, é *relativização* – o que tem o mesmo sentido). No mais, o art. 29, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, à maneira do art. 5º, §2º, da Constituição Brasileira, não excluem outros direitos e garantias fundamentais que não estejam expressamente previstos na Convenção. Por fim, evidentemente a concretização dos direitos fundamentais recomenda que toda interpretação seja sempre ampliativa conforme o art. 29, ‘a’: claramente, as garantias do art. 8, 1., não se restringem ao processo penal.

A seguir discutiremos sobre a resposta correta em alguns casos de grande repercussão no Supremo Tribunal Federal brasileiro e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **4. A RESPOSTA CORRETA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

### **4.1. O Caso Ellwanger**

O Supremo Tribunal Federal proporcionou a resposta correta no julgamento do *Habeas Corpus*, em 17/09/2003 (com publicação no DJ em 19/03/2004). Siegfried Ellwanger fora acusado como incurso no art. 20 da Lei 7.716/89 (ainda com a redação dada pela Lei 8.081/90 – a redação atual é da Lei 9.459/97); Ellwanger, fundador da Editora Revisão, editou, distribuiu e vendeu obras ostensivamente antissemitas como, por exemplo, “*Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século*”, “*Acabou o Gás! O Fim de um Mito*” e “*Inocentes em Nuremberg*”. Absolvido em primeira instância e condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa de Ellwanger alegou perante o Supremo a extinção da punibilidade por prescrição, uma vez que, segundo a ela, o antissemitismo não seria alcançado pela imprescritibilidade do crime de racismo (CF, art. 5º, XLII). Em outras palavras, o preconceito contra judeus não seria preconceito de raça: a imprescritibilidade constitucional, sempre de acordo com a defesa de Ellwanger, diria respeito apenas à discriminação por cor.

O relator Min. Moreira Alves acolheu a argumentação da defesa e votou pelo deferimento do HC, alegando que judeus não seriam raça. Fundou sua resposta errada numa perspectiva intencional e

originalista: segundo o Ministro, o fato da introdução do dispositivo da imprescritibilidade na Assembleia Nacional Constituinte de 1988 ter sido feita por Carlos Alberto Caó, conhecido ativista dos movimentos negros, demonstraria a *intenção original* dos constituintes de significar o termo “racismo” como discriminação contra negros. Como se percebe, além da equivocada “metodologia” usada no voto (intencionalismo e originalismo), o Ministro cometeu petição de princípio, ou seja, pressupôs como verdadeiro algo que deveria provar, argumentando. Mais ainda, buscou o conceito criterial sobre o uso da palavra “racismo”: se os fatos cometidos por Ellwanger podiam ou não ser subsumidos ao termo. Aduziu ainda Moreira Alves que o termo “racismo” no Brasil se entende majoritariamente, e de fato, por discriminação contra negros.

Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar o *latente, evidente* do caso: o nazismo inspirador das obras de Ellwanger era fundado sobretudo em superioridade de raça (arianos sobre todos os demais). O nazismo, difundido aqui por personalidades como a de Ellwanger, se constitui numa teoria (e prática) essencialmente *racista*: Ellwanger reproduzia no Brasil os ideais pseudocientíficos e anti-humanitários de Hitler e companhia. *A questão volta para o seu devido lugar*: a Constituição protege *menos*, com a prescritibilidade dos ataques, algumas existências humanas e protege *mais* outras, com a imprescritibilidade? A Constituição permite a cisão entre raças para tais efeitos? Podemos justificar tal suposta discriminação constitucional numa opção quantitativa pela maioria, afinal no Brasil existem muitos mais negros que qualquer outra “raça”? E assim sendo, qual seria a solução, por exemplo, no caso de crime de racismo contra judeus, imagine-se, negros? Ou contra ciganos ou refugiados negros?

O Min. Maurício Corrêa, inaugurando em seu voto os rumos da resposta correta, faz valer inclusive a dignidade da pessoa humana (fundamento de nosso Estado Constitucional, art. 1º, III, da CF) e o objetivo fundamental de não-discriminação (art. 3º, IV). A solução do caso, portanto, se apresenta extremamente simples.

Mas não antes de algumas outras discussões, as quais, digamos, nem faziam parte da questão. O STF, depois do voto do Min. Corrêa, passou a discutir se as obras antisemitas como as de Ellwanger estariam ou não abrigadas pela liberdade de expressão do art. 5º, IV, da Constituição Federal. Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, baseando-se na teoria alexyana, entraram em juízos de *ponderação* entre os princípios da liberdade de expressão e o princípio da não-discriminação. Segundo o Min. Marco Aurélio, inclusive, os judeus não fariam parte do Brasil e da Constituição Brasileira, já que, segundo ele, a Constituição Federal não se refere a este povo, mas sim aos negros – e a Constituição brasileira, evidentemente, se aplica ao povo brasileiro (*sic*). O primeiro absolveu o paciente – embora nem tenha sido este o pedido, mas sim o de reconhecimento da prescrição – e o segundo deferiu o HC. Por fim, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes reproduziram a clareza do Paradoxo da Tolerância de Karl Popper: a democracia não tem como conferir direitos de expressão e, portanto, legitimidade, aos discursos de ódio porque então ela mesma estaria em evidente perigo. Trata-se de um direito bastante razoável de autopreservação das democracias contemporâneas.

O *Habeas Corpus* acabou denegado, não se reconhecendo a prescrição do crime imputado a Ellwanger: ou seja, o antisemitismo como racismo, evidentemente, e, portanto, abrangido pela imprescritibilidade do art. 5º, XLII, da CF. Neste caso, as pressupostas intenções mentais

dos constituintes, buscas criteriais-semânticas sobre o alcance de expressões e juízos de ponderação acabaram constitucionalmente e corretamente derrotados.

## 4.2. O Caso Herzog

### 4.2.1. A Lei de Anistia e a ADPF 153

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) em 2010, não havendo expectativa, por ora, de revisão da decisão, seja via embargos de declaração com efeitos infringentes, seja por via do controle difuso ou por outra via do controle concentrado. No caso, trata-se da Arguição de Preceito Fundamental 153 proposta pela OAB sobre a constitucionalidade do art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei da Anistia<sup>15</sup>, na qual o Conselho Federal da Ordem propunha que os crimes praticados por agentes da repressão durante a ditadura militar (1964-1985) fossem considerados crimes comuns contra os direitos humanos, e não crimes políticos. Prosperasse a tese, tais crimes não estariam sujeitos a perdão, ocorrendo a imprescritibilidade retroativa em relação a eles<sup>16</sup>.

.....  
<sup>15</sup> “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

<sup>16</sup> A OAB inclusive trouxe ao caso o Estatuto de Roma ratificado pelo Brasil em 2002, especialmente o seu art. 7º – o qual define os crimes contra a humanidade como, por exemplo, tortura (‘g’), perseguição por motivos políticos (‘h’) e desaparecimento forçado (‘i’) – e seu art. 29 que determina a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, a cuja jurisdição, por sua vez, o Brasil se submete segundo o art. 5º, §4º, da Constituição.

O Min. Relator Eros Grau inaugurou o voto vencedor (7 a 2). Numa frase, argumentou não tocar ao Poder Judiciário a revisão de acordos políticos, no que foi acompanhado por todos os presentes com exceção dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, a Lei da Anistia, além de não ter caráter “amplo, geral e irrestrito”, trata de crimes absolutamente incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, não sendo mera criminalidade “política” pura ou por conexão (no sentido mais técnico-dogmático do termo, se possível), mas crimes contra a humanidade.

Talvez o voto do Min. Peluso tenha sido o mais completo dentre aqueles pela improcedência da ADPF. Ele destacou seis pontos que justificariam sua decisão. Primeiro, a interpretação da anistia teria de ser ampla e generosa, não restrita. Segundo, a Lei da Anistia não ofenderia a igualdade porque abrangeu crimes tanto dos opositores do regime quanto de seus agentes oficiais. Terceiro, o objeto da ADPF nº 153 não seria o “direito à verdade”, pois seria possível a apuração das verdades históricas mesmo sem modificação da Lei da Anistia. Quarto, a Lei foi fruto de um acordo político no momento de sua celebração pelas autoridades que tinham legitimidade para fazê-lo, inclusive a própria autora da ação, a OAB. Quinto, o caráter bilateral da Lei da Anistia afastaria a acusação de “auto anistia”. Sexto, o Min. Peluso classificou o pedido como irrelevante praticamente, pois, caso a ADPF fosse julgada procedente, os crimes estariam prescritos depois de 31 anos de sancionada a Lei<sup>17</sup>.

.....

<sup>17</sup> A *maioria* dos crimes estaria prescrita. Não todos. Os crimes permanentes como ocultação de cadáver e desaparecimento forçado estariam em plena consumação e, portanto, não sujeitos à prescrição. Esta tese utilizada pelo órgão equivalente ao nosso Ministério Público nos países vizinhos saiu vencedora em muitos casos isolados, antes da definição legislativa pelos respectivos Parlamentos.

Uma consideração mais profunda sobre o julgamento da APDF nº 153 fugiria aos objetivos deste trabalho; sendo a palavra final do Estado Brasileiro sobre sua própria história recente<sup>18</sup>, ela reaparece a seguir conflitando diretamente com as condenações recebidas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionadas aos crimes “zerados” precisamente pela Lei da Anistia. No entanto, algumas palavras se fazem necessárias. Torna-se muito claro, e coerente com toda a argumentação desenvolvida neste trabalho, que o Supremo Tribunal Federal não tomou a decisão correta neste caso, mas certamente a mais *cômoda*. Não surpreende, visto que – desculpe-me a expressão – a Lei de Anistia foi uma grande *passada de pano geral*, típica do homem cordial brasileiro no que tem de mais lesivo. A Lei de Anistia adequa-se à Constituição Federal de 1988? Justifica-a? A aceitação da Lei de Anistia tal como promulgada torna-se, enfim, *condição de possibilidade* ou *representação dos problemas* para a efetivação da Constituição e da democracia? O julgamento da ADPF 153 passou comodamente ao largo de todas estas questões substantivas. O STF perdeu a valiosa oportunidade de reconstituir alguns laços da sociedade brasileira com a Constituição, e o Brasil perdeu, enfim, mais uma chance de crescer como civilização.

.....  
<sup>18</sup> Diferentemente da Argentina e do Uruguai, a grande responsabilidade sobre a revisão de Leis de Anistia coube exclusivamente ao STF no caso brasileiro. Isto explica em grande parte a cautela vencedora no julgamento da ADPF 153. Tivesse principalmente o Poder Legislativo se manifestado, a questão da legitimidade estaria mais bem assentada e não se tornaria impedimento tão grande a decisões, digamos, mais substantivas dos Ministros. Mas se, como demonstra o Brasil contemporâneo, mesmo a sociedade brasileira ainda não consegue em nada lidar com seu passado inerente, como fariam aqueles que são espelho desta sociedade? Qualquer resolução definitiva por quaisquer dos Poderes parece muito distante hoje e nos anos a seguir: difícil imaginar pauta mais politicamente e emocionalmente onerosa. Depois de muitos avanços e recuos, e anulações de anulações, as Leis de Anistia argentina e uruguaia foram definitivamente afastadas pelos Parlaentos respectivos, viabilizando a perseguição e punição dos culpados por crimes contra os direitos humanos.

#### 4.2.2. *O Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Em novembro de 2010, poucos meses após o julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por unanimidade em relação a crimes cometidos na Guerrilha do Araguaia (1972-1974). No caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte decidiu pela incompatibilidade entre a Lei de Anistia brasileira e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>19</sup>, obrigando o Estado Brasileiro à investigação e à responsabilização civil e criminal dos agentes civis ou militares da repressão culpados pelo desaparecimento de 62 pessoas. Talvez se a cronologia dos julgamentos fosse inversa, alguns dos votos da maioria vencedora na ADPF 153 seriam diferentes.

Mais recentemente, em 2018, o Brasil foi novamente condenado. O caso *Herzog* chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2009. Eis uma breve cronologia dos fatos: em 1975, ano da morte do jornalista, a Justiça Militar confirmou a versão oficial do suicídio. Em 1992, já sob o império da Constituição atual, autoridades começaram investigações que foram arquivadas com base na Lei da Anistia. O mesmo aconteceu em 2007 quando as investigações foram reabertas por recomendação da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos e novamente paralisadas pela Lei nº 6.683/79.

.....  
<sup>19</sup> “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 3).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu a violação, pelo Estado, “do direito à integridade pessoal, previsto no art. 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 90) em prejuízo dos familiares de Vlado. O Estado Brasileiro foi condenado: a) à “investigação dos fatos, julgamento e, caso seja pertinente, punição dos responsáveis” (CIDH, 2018, p. 92), afastadas a aplicabilidade da Lei de Anistia, a prescritibilidade dos crimes contra a humanidade e o *ne bis in idem*; b) ao reconhecimento de sua responsabilidade internacional (CIDH, 2018, p. 94); c) ao pagamento de indenização no valor de US\$ 40 mil a cada familiar (a título de danos imateriais) e mais US\$ 20 mil (a título de danos materiais emergentes) (CIDH, 2018, p. 96-97).

Em todos os casos semelhantes ocorridos nas ditaduras latino-americanas, a Corte estabeleceu não haver anistia para crimes contra a humanidade nem autoanistia. Quanto à primeira afirmação, muitos defendem que as decisões de tribunais internacionais são apenas recomendações, e não juridicamente vinculantes. Caberia então perguntar qual o sentido de o Brasil aderir à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (e ao Estatuto de Roma, por exemplo) e não aderir à jurisdição da Corte correspondente. O que fazer com o art. 68, 1, que diz: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”? Mesmo semanticamente não pairam quaisquer incertezas. Não parece ser uma questão de opção ou opinião – uma questão política – mas de direito. Quanto à segunda afirmação, os defensores argumentam sobre a bilateralidade do grande acordo da Lei de Anistia: não houve autoanistia, eles dizem, pois, apesar de promulgada pelo grupo militar no poder ao tempo, houve a

participação de outras entidades legitimadas e, enfim, trata-se de perdão não dependente de qual lado estavam aqueles acusados dos crimes.

A constitucionalidade da Lei de Anistia e sua força vinculante e *erga omnes* impedem, de fato, o cumprimento das decisões da Corte Interamericana em âmbito interno. O art. 68, 2, da Convenção Americana diz que a indenização pode ser executada segundo as regras internas do processo para a execução de sentenças contra o Estado. Por sua vez, o art. 11 da Lei nº 6.683, embora não tenha sido o objeto específico da ADPF 153, estabelece que não reconhecido nenhum outro direito (e.g. salários, indenizações, ressarcimentos) a mais dos expressamente previstos. O Brasil não cumpriu ainda, e nada indica que irá cumprir, as condenações dos casos Gomes Lund e Herzog.

### **4.3. Cumprimento (Automático) da Pena após Condenação em Segunda Instância**

Poucas vezes se viu campanha de difamação tão forte quanto no julgamento pelo STF das ADCs 43, 44 e 54 sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Se, antes das redes sociais, dizia-se que o Brasil tinha mais de 180 milhões de treinadores de futebol, hoje podemos nos dizer privilegiados por termos mais de 200 milhões de juristas.

A questão foi propositadamente mal colocada. O STF apenas declarou ser constitucional o art. 283 do CPP, ou seja, nunca esteve e não se encontra agora proibida a prisão antes do trânsito em julgado. Em qualquer momento processual, inclusive após a condenação em segunda instância, pode ser decretada a prisão que será do tipo cautelar (temporária, preventiva ou em flagrante) desde que se verifiquem, no caso, os requisitos legais. A simples questão constitucional transformou-

se numa quimera quando muitos setores da sociedade passaram a tratar de outra questão: *automatizar* todas as prisões no segundo grau. E isto o direito brasileiro e a Constituição Federal simplesmente não permitem. É, inclusive, cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º).

O ônus argumentativo estava em fundamentar a inconstitucionalidade do art. 283 (“*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*”) frente ao art. 5º, LVII (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”) e ao art. 5º, 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.*”). Defender a inconstitucionalidade do citado artigo processual se torna, portanto, uma tarefa extremamente complicada: os limites semânticos são evidentes. Apelou-se, então, para típicos argumentos de política – que, mesmo relevantes, devem sempre ceder aos argumentos de princípio num Estado Democrático de Direito pautado por uma Constituição e pelos direitos fundamentais – ou simplesmente desinformação, mentira, como espalhar que quase 200 mil presos – entre eles assassinos e estupradores – seriam libertados automaticamente.

Outro aparente caso difícil, como o de Ellwanger, se revela mais fácil ainda segundo a força normativa da Constituição.

É sobre a resposta correta, e não a resposta da maioria. Felizmente o Supremo Tribunal Federal fez valer a Constituição após alguns anos de vacilação entre 2016 e 2019, quando, talvez ao sabor das profundas

agitações políticas sofridas pelo país, a Corte Suprema ofereceu respostas imprecisas em casos isoladas, fragilizando a integridade do direito nacional. O canto das sereias de Ulisses transformou-se milênios depois nos grandes meios de comunicação e, atualmente, nas redes sociais. Devemos decidir conforme o direito ou conforme a política? Se a voz das ruas, as vozes do WhatsApp e os memes têm de ditar o rumo das coisas – porque são a maioria – para que o STF e as instituições? Podemos solucionar os problemas via IBOPE? Certamente o Estado Brasileiro, se tornaria Estado Cristão, a tortura (em alguns casos) seria legalmente permitida etc.

Na semana em que o influente grupo de caminhoneiros ameaçou paralisar estradas caso o STF julgasse conforme a Constituição – o que eles não estavam obrigados a saber, afinal não eram profissionais e estudiosos do direito –, um professor, veja, de direito, perguntou-me se não seria função do Supremo “defender a sociedade”. O professor parecia bastante preocupado, mesmo indignado, com seu *smartphone* em mãos. É pena que não seja função do Supremo defender-nos da ignorância e das *fake news*: disso não podemos culpá-lo. Isto ainda é função de professores e dever de cada um.

## CONCLUSÃO

O ceticismo inerente ao positivismo nunca nos levou a lugar algum; ao contrário, decisões ostensivamente erradas ou odiosas podem ser tomadas e aceitas nas vestes pretensamente neutras do relativismo – que afirma contraditoriamente ser tudo relativo. O próprio respeito a ouvir e entender outras pessoas e posições, que constitui a prática da vida e do direito – as pessoas têm de concordar sobre muitas coisas

muito fundamentais, talvez invisíveis por estarem elas muito próximas de nós, para discordar de outras – não decorre de um relativismo barato no sentido de que devemos ouvir os outros (“dever”) para que eles nos ouçam (“direito”). Trata-se de uma fundação mais profunda e deontologicamente vinculante: *é importante*, simplesmente. Mas isto não significa que pessoas adultas e razoáveis que compartilham uma mesma prática não possam discutir e mostrar seus argumentos sobre a qual objetivo essa prática serve ou deve servir, e *como*. Uma opção proposta pode ser melhor que outra. Uma opção não proposta pode ser melhor que todas.

Não aceitamos qualquer coisa, qualquer justificativa: nossos problemas mais profundos e intrincados, muitos dos quais tomam a forma jurídica mais cedo ou mais tarde, importam e por isto estamos constantemente buscando respostas certas para eles.

## REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. e nota prévia: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BRASIL. **Lei nº 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

\_\_\_\_\_. Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, n. 2, 1996, p. 87-139. Available at: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28199621%2925%3A2%3C87%3AOA TYBB%3E2.0.CO%3B2-X>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Justiça e direito)

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito)

HACKER, P. M. S. (Peter Michael Stephan). **Wittgenstein**: sobre a natureza humana. Trad. João Vergílio Gallenari Cuter. São Paulo: UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos)

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Rev. da trad. Marcelo Brandão Cipolla. Rev. téc. Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF)

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PATTERSON, Dennis. Wittgenstein, Ludwig. (August 22, 2019). **Rutgers Law School Research Paper**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3441348> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441348> . Acesso em: 25 jan. 2020.

PERELMAN, Chaim. . Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito)

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1478>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

XAVIER, Felipe Rodrigues. **Interpretação e aplicação do direito nos positivismos jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WINCH, Peter. **The idea of a social science and its relation to philosophy**. 2. ed. Routledge: London, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores)

\_\_\_\_\_. **O livro azul**. Trad. Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 1992.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



# ISENÇÃO DO ITCMD X DIREITO FUNDAMENTAL DE HABITAÇÃO

*ITCMD EXEMPTION X FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING*  
*EXENCIÓN DEL ITCMD X DERECHO DÁSICO DE DIVIENDA*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0006](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0006)

---

**Marcelo Gomes Franco Grillo<sup>1</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0002-1353-0049>,

 <http://lattes.cnpq.br/0722755525507088>

**Mirelle Fernandes Soares<sup>2</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0001-5065-1942>,

 <http://lattes.cnpq.br/3597201609735108>

**Nina Gabriela Borges Costa<sup>3</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0003-2804-0824>,

 <http://lattes.cnpq.br/6137364089862245>

**Resumo:** Este artigo objetiva analisar algumas legislações referentes à cobrança do ITCMD quando o bem inventariado se tratar de um único imóvel para moradia, precipuamente do cônjuge/companheiro, vista a discrepância em relação às previsões legislativas dos entes federativos. Este estudo adotou a vertente metodológica jurídico-sociológica com o raciocínio indutivo-dedutivo. Utiliza-se também da técnica de pesquisa teórica através da análise de conteúdo bibliográfico e das legislações estaduais que tratam do referido imposto. Assim, além de revisitar literaturas sobre o direito tributário e sua interface com o

.....  
<sup>1</sup> Doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e-mail: marcelofgrillo@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: soares\_mirelle@hotmail.com.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: ninagabrielabc@gmail.com.

direito sucessório, mostra-se propositivo o estudo, pois a materialização do direito à moradia frente às consequências mortis causa perpassa pela edição de uma Lei Complementar que tenha por objetivo estabelecer parâmetros acerca das hipóteses de isenção do imposto quando preenchidos os requisitos do artigo 1.831 do Código Civil, além da análise da capacidade do contribuinte, considerando os padrões de carência econômica definidos na legislação federal.

**Palavras-chave:** Função social do tributo. Capacidade contributiva. Isenção. ITCMD. Direito à moradia.

**Abstract:** This Article aims to analyze some legislation regarding the collection of the ITCMD when the inventoried asset is a single property for housing, mainly the spouse / partner, in view of the discrepancy in relation to the legislative provisions of the federal entities. This study adopted the legal-sociological methodological aspect with inductive-deductive reasoning. It also uses the theoretical research technique through the analysis of bibliographic content and the state laws that deal with that tax. Thus, in addition to revisiting literature on tax law and its interface with inheritance law, the study proves to be purposeful, since the materialization of the right to housing in the face of the mortis causa consequences, involves the publication of a Complementary Law that aims to establish parameters regarding the hypotheses of tax exemption when the requirements of article 1.831 of the Civil Code are fulfilled, in addition to the analysis of the taxpayer's capacity, considering the economic grace standards defined in federal legislation.

**Keywords:** Social function of tribute. Contributory capacity. Exemption. ITCMD. Right to housing.

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo analizar alguna legislación sobre el cobro del ITCMD cuando el inmueble inventariado sea un inmueble único para vivienda, especialmente del cónyuge / pareja, dada la discrepancia en relación a las disposiciones legislativas de las entidades federativas. Este estudio adoptó el enfoque metodológico jurídico-sociológico con razonamiento inductivo-deductivo. También utiliza la técnica de investigación teórica mediante el análisis del contenido bibliográfico y la legislación estatal que se ocupa del citado impuesto. Así, además de revisar la literatura sobre derecho tributario y su interrelación con el derecho sucesorio, el estudio propone, ya que la materialización del derecho a la vivienda frente a la mortis causa permea la emisión de una Ley Complementaria que tiene como objetivo establecer parámetros en materia las hipótesis de exención contributiva cuando se cumplan los requisitos del artículo 1.831 del Código Civil, además del análisis de la capacidad del contribuyente, considerando los estándares de necesidad económica definidos en la legislación federal.

**Palabras clave:** Función social del impuesto. Capacidad contributiva. Exención. ITCMD. Derecho a la vivienda.

## INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca do Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD quando o bem a ser inventariado se refere a um único bem imóvel utilizado para fins de moradia.

Inicialmente é importante dispor que, muito embora o tributo tenha sido criado na sua função fiscal, na qual o Estado visava angariar receitas para os cofres públicos para se manter, essa ideia foi completamente alterada ao longo do tempo, pois surgiu a necessidade de o Estado passar a intervir nas relações particulares a fim de promover políticas sociais e econômicas em prol da promoção do bem-estar social – parâmetros estes do Estado Social.

Quando se analisam as legislações estaduais relativas à cobrança de tal imposto, e, diante do fato de cada Estado da federação ter discricionariedade para estabelecer suas próprias regras concernentes ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, verifica-se um grande contrassenso, pois a grande maioria das legislações estaduais não observam as necessidades de cada contribuinte e, tampouco, a função social do tributo, o qual visa sobretudo atender à sua função extrafiscal como, por exemplo, a distribuição de terra e a concessão de uma vida digna ao cidadão.

Nem sempre o dito “beneficiário”, ora contribuinte, do bem deixado por sucessão tem condições de arcar com o pagamento do referido tributo, sem que seja necessário expropriar-se do único imóvel deixado pelo falecido para cumprir com o encargo fiscal.

Indaga-se se caberia ao Estado, sob o fundamento tributário, tolher dos sucessores o exercício do direito fundamental à moradia quando

o monte hereditário consistir em apenas um imóvel que é destinado à morada dos sucessores?

Para responder a tal questionamento, optou-se por dividir este trabalho em seis capítulos. O primeiro capítulo tratará acerca da função social do tributo, ao levar em consideração a transição do Estado Liberal para o Estado Social, momento em que o tributo passou a ser utilizado tanto como instrumento de intervenção na atividade econômica, quanto na atividade social.

Na sequência, abordar-se-á o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, bem como sua previsão legal e suas características e forma de cobrança. O terceiro capítulo tratará da perspectiva constitucional quando a herança se constituir em apenas um imóvel utilizado para fins de morada dos sucessores e, em seguida, no quarto capítulo, será abordado o direito real de habitação com vistas à efetividade do direito fundamental à moradia.

No quinto capítulo, analisar-se-ão algumas legislações estaduais que tratam das isenções, a fim de demonstrar a total discrepância de cada uma delas. E, por fim, na última parte do artigo, será defendido teoricamente o direito real de habitação e a capacidade contributiva do sujeito de direito como fundamentos para a isenção do ITCMD.

Por serem incipientes as pesquisas com este mote, e, ao revés, serem corriqueiras as situações em que a inventariança se resume apenas a um único imóvel que era destinado à residência do casal, mostra-se relevante a tratativa acadêmica e sociojurídica ora proposta.

Este estudo adotou a vertente metodológica jurídico-sociológica com o raciocínio indutivo-dedutivo. Utiliza-se também da técnica de pesquisa teórica através dos procedimentos de análise de conteúdo

bibliográfico, de sistematização de legislações estaduais que tratam do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação.

Além de revisitar literaturas especializadas sobre o direito tributário e sua interface com o direito sucessório, mostra-se propositivo este estudo, pois a materialização do direito à moradia a partir das consequências *mortis causa*, dentre a principal o pagamento do ITCMD, perpassa pela edição de uma Lei Complementar que tenha por objetivo estabelecer parâmetros acerca das hipóteses de isenção do imposto quando preenchidos os requisitos do artigo 1.831 do Código Civil brasileiro, bem como da análise da capacidade do contribuinte, considerando os padrões de carência econômica definidos na legislação federal.

## 1. A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO

O direito tributário é um ramo do direito público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, regulando as atividades financeiras do Estado no que se refere à obtenção de receitas, impondo obrigações, bem como, de algum modo, concedendo direitos e garantias aos contribuintes. Segundo Grillo (2020, p. 18), o direito tributário é um ramo específico do direito público que “disciplina e estuda a relação entre o Estado (fisco) e os contribuintes, na imposição, fiscalização e arrecadação de tributos, ao prescrever, para tanto, as competências tributárias dos entes federativos – União Federal, Estados-membros e Municípios – e as obrigações e direitos dos contribuintes.”

Antes de adentrar especificamente a função social do tributo, é mister destacar a evolução teórica em que o conceito jurídico de tributo,

bem como sua finalidade, se desenvolveu no contexto do Estado Liberal, e, sobretudo, do Estado Social, ao longo do tempo.

Tem-se, inicialmente, que o liberalismo econômico foi severamente marcado pelo pensamento do economista Adam Smith, o qual pregava a separação entre sociedade e Estado, haja vista entender a atuação estatal como um elemento embaraçador da ordem natural econômica, defendendo, ainda, o liberalismo individualista estabelecido a partir da mão invisível (NOVOA, 2012, p. 100).

O paradigma do Estado Liberal representou uma ruptura com o paradigma do Direito pré-moderno, que se estendeu por toda a Antiguidade até à Idade Média. Teve como marco inicial o século XVIII, momento em que se necessitou de uma ordem jurídica escrita, formalizada, inspirada em valores de estabilidade jurídica e vinculados ao conceito individualista de liberdade (BONAVIDES, 2011, p. 365).

A organização do Estado Liberal encontra fundamento na teoria da separação dos poderes,<sup>4</sup> tendo sido elaborado como forma de coibir o totalitarismo da nobreza e do clero, bem como para evitar que uma esfera de poder interferisse na outra (CARVALHO NETTO, 1997, p. 477). Entretanto, nesse Estado, embora as esferas de poder (social, econômica, política, moral e Direito) estivessem teoricamente isentas de interferência umas das outras, sendo consideradas sistemas autopoieticos (LUHMANN, 2011, p. 97), na prática o Poder Legislativo assumia clara predominância sobre os demais.

No ideal do Liberalismo, os direitos fundamentais do homem eram entendidos como direitos individuais e naturais anteriores ou superiores ao Estado. A esfera de atuação do Estado resumia-se,

.....  
<sup>4</sup> Teoria de Montesquieu.

fundamentalmente, em assegurar a liberdade, a igualdade e a autonomia individual, o que se repercute numa visão marcadamente formalista do Direito e essencialmente protetora dos direitos individuais (PACHECO, 2011, p. 44).

Com isso, tem-se o Estado Liberal marcadamente abstencionista, isto é, com claros objetivos de assegurar os direitos individuais, e não o escopo social, político ou econômico.

Como consequência de um Estado socioeconômico mínimo, além de defensor da propriedade privada, o recolhimento de impostos tinha finalidade exclusivamente, fiscal. Não perseguia preocupações econômicas ou sociais, tais como: “a correção de mercado, a proteção do ambiente, o combate ao desemprego, o desempenho da função social da propriedade ou a redistribuição de riqueza” (PACHECO, 2011, p. 49).

Parafraseando Nabais (1994, p. 194), o Estado liberal era movido pela preocupação de neutralidade econômica e social, em que visava buscar um Estado mínimo, assentado em uma tributação limitada, necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do Estado.

Todavia, a ideia de tributação com o intuito meramente arrecadatário, pelo qual o Estado visa captar recurso aos cofres públicos para se manter no nível meramente administrativo, encontra-se completamente ultrapassada por ter surgido a necessidade de o Estado intervir nas relações privadas com o objetivo de promover políticas sociais, econômicas e ambientais em prol da promoção do bem-estar social.

Diante dos novos rumos econômicos e sociais, inseridos em uma ordem política internacional, primordialmente a partir das grandes guerras, surgiram novas preocupações, e, por conseguinte, o Estado passa a ser

chamado a intervir em determinadas situações a fim de criar uma política social que visava pôr fim ao liberalismo, visto que a formulação de justiça tributária baseada unicamente na distribuição justa da carga tributária era a própria “planta” de uma ordem liberal a ser dada por vencida, pois o conceito de justiça fiscal passa a implicar o desaparecimento da ordem liberal, “visando à assunção no interesse da intervenção pelo Estado sob o modelo de Estado Social” (NOVOA, 2012, p. 96).

O paradigma do Estado Social buscou implementar o princípio da liberdade jurídica por meio da materialização do direito de cunho privado existente, bem como pela criação de outros direitos – os sociais e os econômicos (denominados direitos de segunda geração) –, com a finalidade de conferir redistribuição de renda e diminuição da pobreza (CARVALHO NETTO, 1997, p. 480). Nessa senda, o Executivo ganhou predominância perante os Poderes do Estado em virtude da consagração dos direitos sociais e econômicos – trabalho, saúde, educação, salário, segurança social –, devendo implementar políticas públicas para materializar esses direitos.

Na fase do Estado-Providência, o Estado passa a “interferir” nas relações sociais de toda natureza – Estado intervencionista (CHEVALLIER, 2013, p. 82). Ele se sobrepõe à sociedade e assume posição de agente conformador da realidade social, buscando, inclusive, estabelecer formas de vida concreta, impondo pautas políticas que visam garantir o bem-estar social através da compensação das desigualdades, bem como da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais (OLIVEIRA, 2002, p. 41).

De acordo com Nabais (1994, p. 226), o melhor imposto já não é o imposto mínimo, equivalente, mas o que melhor se adapte aos objetivos das diversas funções do Estado.

Razão pela qual a tributação possui dupla finalidade, qual seja: “o papel de auferir recursos para que o Estado subsista e o papel de garantidor da realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, os verdadeiros fins do Estado” (MACHADO, 2008, p. 543).

Segundo Carmona e Oliveira (2018, 1362), o tributo é visto como o instrumento de concretização da liberdade, que toda a sociedade almeja e paga para que o Estado possa garantir liberdade às pessoas em situação de necessidade. O custo da manutenção estatal deve ser dividido por toda a sociedade de forma justa e igualitária, pois, se, por um lado, o Estado necessita da receita tributária para angariar receita aos cofres públicos e se manter, bem como garantir os direitos fundamentais dos cidadãos; por outro lado, a cobrança de tributos pelo Estado deve se restringir aos recursos necessários para suprir necessidades fundamentais do indivíduo.

Percebe-se que, no Estado Democrático de Direito, a tributação passou a ser utilizada não apenas como ramo do Direito Tributário, mas também do Direito Econômico, como instrumento social, devendo ser justa, na medida em que visa promover políticas protecionistas, redistribuição de renda e de terra, proteção à saúde, redução das desigualdades, busca pelo pleno emprego e pela sobrevivência digna do ser humano, configurando, assim, sua função social.

## **2. O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO**

Dentro dos impostos considerados fiscais, ou seja, aqueles que visam angariar receitas aos cofres públicos, encontra-se o ITCMD, de competência estadual, conforme previsto no Artigo 155, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Trata-se de um dos mais antigos impostos na história da tributação, visto que já era cobrado em Roma sobre heranças e legados. “No Brasil, havia a décima da herança ou legado, por meio do alvará 17.6.1809, ao passo que, a partir de 1891, coube ao Estado instituir a cobrança do imposto *causa mortis*” (TORRES, 2011, p. 330).

Tal imposto incide sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos havidos por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória, disciplinada pela Súmula 331 do Supremo Tribunal Federal; e por doação, “ocorrendo tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatário” (PAULSEN, 2015, p. 236).

A título elucidativo, o que, todavia, será mais bem debatido em capítulo próprio, é importante estabelecer que a expressão transmissão é tomada como sinônimo de sucessão. E sucessão, de forma geral, significa a continuação de uma relação jurídica em relação a outra pessoa. Já a sucessão *causa mortis* se caracteriza com exclusividade e determina a transmissão sucessória, e isso porque o objeto do direito das sucessões é, precisamente, a sucessão por morte. Dessa forma, a transmissão *causa mortis* nada mais é do que a transmissão dos bens que uma pessoa natural, ao morrer, deixa a sucessores herdeiros e legatários (FERNANDES, 2002, p. 75).

No que tange ao contribuinte, bem como à base de cálculo para cobrança do referido tributo, tem-se que o contribuinte, em se tratando de *causa mortis*, é o beneficiário do bem ou do direito transmitido, sendo ele herdeiro ou legatário. Já no que diz respeito à base de cálculo para fins de cobrança desse tributo, esse será feito sobre o valor de mercado dos bens na data da avaliação, conforme se pode observar a partir do que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 155, §1º.

Tais dispositivos nos remete a saber quais são os fatos geradores, contribuintes e base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação. Todavia, estabelece que, muito embora tal imposto tenha como base de cálculo o valor venal do imóvel, cada Estado da federação terá a discricionariedade para a fixação de suas próprias alíquotas, não podendo, apenas, exceder os limites fixados em resolução do Senado Federal.

É exatamente nesse aspecto que se verifica um dos grandes problemas no que se refere à cobrança do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, haja vista que nem sempre o dito “beneficiário” do bem deixado por sucessão tem condições de arcar com essa consequência jurídica, ou seja, com o pagamento do referido tributo, conforme se verá em capítulo próprio.

Nesse sentido, surgem vários questionamentos e controvérsias acerca de tal tributação, pois economistas e acadêmicos discordam sobre o mérito de tributar a riqueza herdada.

Segundo Stasavage e Scheve (2012, p. 81), vários países têm discutido sobre o assunto. Muitos enfatizam a utilidade potencial de essa forma de tributação para aumentar a receita e, simultaneamente, reduzir a desigualdade para futuras gerações. Outros, contudo, veem essa tributação como arbitrária, visto que, por incidir no momento da morte, interfere, injustamente, na capacidade dos herdeiros. Devido a complexidade e dissenso no assunto, existem nos Estados Unidos propostas legislativas para alterar, reformar ou eliminar a tributação sobre a herança.

Like many public policies that have redistributive implications, estate taxation is a controversial subject. Academic economists have often disagreed about the merits of taxing inherited wealth.

Across a range of countries and time periods, attitudes of members of the general public have been no less divided. Many emphasize the potential usefulness of this form of taxation for raising revenue and simultaneously reducing inequality of opportunity for future generations. But others see bequest taxation as arbitrary because it depends on the timing of death, as unfairly interfering with the ability of parents to save for their children, and finally as having potentially severe efficiency costs. Within the United States these questions are certainly of current interest, given proposals to alter, reform, or eliminate bequest taxation.<sup>5</sup> (STASAVAGE e SCHEVE, 2012, p. 81)

No mesmo sentido, Wrede (2014, p. 12):

For many years and in many countries, the estate tax or the inheritance tax has been very controversial, although its share of overall tax receipts is rather small. It has been denounced as an immoral “death tax” that taxes wealth already taxed once or more (“double tax”).<sup>6</sup> (WREDE, 2014, p. 12)

Assim, o autor advoga que por muitos anos e em muitos países, o imposto sobre a herança tem sido muito controverso, visto que tal tributação foi intitulada como um imoral “imposto sobre a morte” que tributa a riqueza já tributada uma vez ou mais, pois, durante a vida,

.....  
<sup>5</sup> Como muitas políticas públicas que têm implicações redistributivas, a tributação imobiliária é um assunto polêmico. Economistas acadêmicos muitas vezes discordam sobre os méritos de taxar a riqueza herdada. Em uma variedade de países e períodos de tempo, as atitudes do público em geral não foram menos divididas. Muitos enfatizam a utilidade potencial desta forma de tributação para aumentar a receita e, simultaneamente, reduzir a desigualdade de oportunidades para as gerações futuras. Mas outros vêem a tributação de legados como arbitrária porque depende do momento da morte, como interferindo injustamente na capacidade dos pais de economizar para seus filhos e, finalmente, por ter custos de eficiência potencialmente graves. Nos Estados Unidos, essas questões são certamente de interesse atual, dadas as propostas para alterar, reformar ou eliminar a tributação de legados. (tradução nossa)

<sup>6</sup> Por muitos anos e em muitos países, o imposto sobre a propriedade ou o imposto sobre herança tem sido muito controverso, embora sua parcela de receita fiscal total seja bastante insignificante. Tal tributação foi intitulada como um imoral “imposto sobre a morte” que tributa a riqueza já tributada uma vez ou mais (“Imposto duplo”). (tradução nossa)

o titular do patrimônio, o de cujus, já foi tributado por ter adquirido determinado acervo patrimonial.

Dessa forma, percebe-se o interesse e relevância sobre o estudo acerca do tema, o qual tem encontrado respaldo, também, em diversos países que veem essa tributação como injusta, onerosa e arbitrária, haja vista que além de depender da morte do antigo proprietário do bem, causa, ainda, ao novo proprietário, um encargo a ser suportado.

### **3. A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS DE ÚNICO BEM IMÓVEL UTILIZADO COMO MORADIA**

Diante de tudo o que foi tratado em relação à cobrança do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, quando a herança se tratar de um único imóvel utilizado para fins de moradia, faz-se necessário discorrer acerca do direito de herança como um direito fundamental.

Com a morte de um sujeito, opera-se, imediatamente, a abertura da sucessão, conforme determina a regra *droit saisine*. Tal regra determina que a transmissão automática da herança coincida com o momento da morte, como forma de impedir que o patrimônio daquele que faleceu fique acéfalo, sem proprietário.

Portanto, ocorrendo o evento morte, o conjunto das relações jurídicas patrimoniais é transmitido aos seus sucessores por força de lei (artigo 1.804 do Código Civil de 2002). Para tanto, o legislador reservou parcela do patrimônio do autor da herança, 50%, aos herdeiros necessários, configurando a legítima.

Ao determinar que o percentual da legítima compita aos herdeiros necessários, descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro

supérstite (artigo 1.845 do Código Civil de 2002), o legislador infraconstitucional visou efetivar o direito fundamental à herança, reconhecida pelo inciso XXX, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Mais do que isso, a sucessão *mortis causa*, quanto ao único imóvel de moradia, tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo (2019, p. 25), conforme os artigos 1º, inciso III, e 3º inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “tratando o último preceito da solidariedade social, com marcante incidência nas relações privadas” (TARTUCE, 2019, p. 25).

Numa visão constitucionalizada do Direito Civil, quando o monte hereditário versar apenas sobre um único bem imóvel destinado à moradia, o direito à herança não pode ser afrontado, sequer pelo constituinte derivado. Fundamentada em normas cogentes, deve-se percorrer a função social da sucessão do único imóvel para moradia, tendo em vista a vontade do constituinte de efetivar a dignidade humana, no caso, dos sucessores, ao garantir a morada dos herdeiros.

Pela ótica da função social da sucessão, tem-se que a abertura da sucessão visa “a continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ela se compõe” (BEVILÁQUA, 1983, p. 14).

No entanto, o sucessor não é mero continuador da personalidade do falecido, até porque o morto não a pode ter, mas assume a titularidade das relações patrimoniais de quem morreu em uma verdadeira mutação subjetiva.

O sucessor, ao receber sua quota parte do monte hereditário, da herança, se vê diante da ocorrência do desdobramento natural do direito

à propriedade privada, tendo em vista que a transmissibilidade possui conteúdo econômico. “Atribui-se à herança um bem de natureza imóvel, universal, e indivisível, mesmo que formada somente por bens móveis, singulares e divisíveis” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 34). A dissolução do condomínio e da composses dos bens a serem transmitidos só ocorrerá com a partilha do patrimônio.

#### **4. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO COM VISTA À EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

Com vista à efetividade do direito fundamental à herança, o legislador infraconstitucional dispôs sobre a ordem de vocação hereditária, que consiste na sequência pela qual os parentes sucessíveis serão chamados para receber a herança.

O artigo 1.829 do Código de Reale, em seus incisos I a IV traz a referida ordem dos sucessores que deve ser obedecida considerando que o grau mais próximo excluirá o mais remoto, ou distante.

A ordem de vocação deve ser entendida por exclusão. Os descendentes são os primeiros a suceder de acordo com o código civil vigente. Na ausência destes, serão chamados os ascendentes. Na falta dos ascendentes, o cônjuge ou o companheiro supérstite será chamado, recolhendo sozinho todo o patrimônio a ser transmitido. Por último, na ordem de vocação, estão os colaterais, que serão chamados apenas na inexistência de sucessores de graus anteriores e se o autor da herança não tiver disposto de todo o patrimônio por ato de última vontade, tendo em vista que são considerados herdeiros facultativos e não necessários, por não estarem no rol do artigo 1.845 do Código Civil de 2002.

Todavia, deve-se registrar que o cônjuge e/ou o companheiro tem o direito aqui tratado em qualquer classe sucessória, na primeira, na segunda ou na terceira, e em qualquer combinação sucessória.

Fato é que o cônjuge ou companheiro sobrevivente concorre com os descendentes, a depender do regime de bens, ou com os ascendentes, independente do regime de bens, e/ou, caso inexistam descendentes ou ascendentes, herda todo o monte hereditário.

Além das concorrências sucessórias conferidas ao cônjuge ou companheiro supérstite, chama a atenção o disposto no artigo 1.831 do Código Civil atual ao determinar que:

Ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002)

Tendo a função social da sucessão corolário do direito de propriedade como forma de redistribuição de riqueza e bem-estar social e familiar, o direito real de habitação é uma garantia reconhecida ao cônjuge ou companheiro de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial que, durante a convivência, servia de lar para o casal ou companheiros, após a morte do outro componente do arranjo familiar, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

Não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do falecido, reconhecendo-se o direito real em ambos os casos (STJ, REsp 826.838/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006, DJU 16.10.2006, p. 373). E não poderia ser diferente, pois a lei menciona que o imóvel deve ser o único objeto de inventário do falecido e destinado para a residência do casal. Havendo mais de um imóvel com essas características a inventariar, o direito não

deve ser reconhecido, pela literalidade da norma. (TARTUCE, 2019, p. 348)

Trata-se de um direito real sobre coisa alheia vitalício e personalíssimo, que autoriza o seu uso apenas com os fins de residência, não concedendo a utilização para outras finalidades, ou a retirada de frutos, caso da locação. Inclusive, caso os herdeiros ameacem, turbem ou esbulhem a posse do cônjuge ou companheiro sobrevivente, terá ele legitimidade para a promoção da cabível ação possessória, seja a demanda um interdito possessório, uma ação de manutenção ou uma ação de reintegração de posse.

O direito real de habitação visa proteger o cônjuge ou companheiro sobrevivente, garantindo-lhe o direito de habitação no único imóvel que compõe a herança e sirva de residência para a família. Busca garantir uma qualidade de vida ao viúvo ao estabelecer conforto mínimo, manter uma morada. “Além de impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 324). Todavia, caso o único imóvel a ser inventariado seja de copropriedade com terceiros, o cônjuge ou companheiro supérstite não terá garantido o direito real de habitação, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.273.222/SP, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.06.2013, DJe 21.06.2013) no seu Informativo de nº 441<sup>7</sup>.

.....  
<sup>7</sup> “A viúva não pode opor o direito real de habitação aos irmãos de seu falecido cônjuge na hipótese em que eles forem, desde antes da abertura da sucessão, coproprietários do imóvel em que ela residia com o marido. De fato, o direito real de habitação (arts. 1.611, § 2.º, do CC/1916 e 1.831 do CC/2002) tem como essência a proteção do direito de moradia do cônjuge supérstite, dando aplicação ao princípio da solidariedade familiar. Nesse contexto, de um lado, vislumbrou-se que os filhos devem, em nome da solidariedade familiar, garantir ao seu ascendente a manutenção do lar; de outro lado, extraiu-se da ordem natural da vida que os filhos provavelmente sobreviverão ao habitador, momento em que poderão exercer, na sua

O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. (STJ, REsp 1.582.178/RJ, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.09.2018, DJe 14.09.2018)

O cônjuge ou companheiro sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza e que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido no momento da abertura da sucessão.

O fim social da norma é proteger o direito de moradia do cônjuge ou companheiro, direito fundamental reconhecido pelo artigo 6.<sup>o</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil que dispõe ser “direitos sociais a educação; a saúde; a alimentação; o trabalho; a moradia; o lazer; a segurança; a previdência social; a proteção à maternidade e à infância; a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O direito à moradia foi elevado ao *status* de direito fundamental de caráter social por meio da Emenda Constitucional de nº 26 de 2000. Assegurado como direito fundamental de segunda geração, constituiu-se como norma social programática, aquela em que se almeja a

.....  
plenitude, os poderes inerentes à propriedade que detêm. Ocorre que, no caso em que o cônjuge sobrevivente residia em imóvel de copropriedade do cônjuge falecido com os irmãos, adquirida muito antes do óbito, deixa de ter razoabilidade toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, pois não há elos de solidariedade entre um cônjuge e os parentes do outro, com quem tem apenas vínculo de afinidade, que se extingue, à exceção da linha reta, quando da dissolução do casamento. Além do mais, do contrário, estar-se-ia admitindo o direito real de habitação sobre imóvel de terceiros, em especial porque o condomínio formado pelos familiares do falecido preexiste à abertura da sucessão” (STJ, REsp 1.184.492/SE, Rel. Min. Nancy Andrihgi, j. 1.<sup>o</sup>.04.2014).

implementação mediante a realização de políticas públicas. Seguiram-se as trilhas da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>8</sup>.

Essa declaração, da qual o Brasil é signatário, assegura que o ser humano tenha direito a um padrão de vida que satisfaça suas necessidades humanas, o que inclui a habitação e a moradia. Para tanto, o direito à moradia, inclusive por meio do direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro supérstite, deve ser dotado de efetividade.

O direito à moradia deve ser compreendido como um direito essencial à existência humana que vai ao encontro da tese do patrimônio mínimo. Pensar em vida digna sem moradia torna-se insustentável ao ser humano; por se tratar de uma das formas de manifestação de identidade pessoal.

Por outro lado, o direito à moradia é considerado um direito que visa proteger o mínimo existencial de uma vida digna. Todo patrimônio individual está inserido em um contexto de solidariedade e redistribuição, sugerindo apenas que o mínimo existencial deve ser garantido a todos. Logo, pela “teoria do patrimônio mínimo ou mínimo existencial deve-se assegurar à pessoa humana um mínimo de direitos patrimoniais para que viva com dignidade” (TARTUCE, 2019, p. 363).

Apartir da ideia contemporânea do discurso da constitucionalização do Direito Civil, as relações humanas estão mais voltadas a efetivar a dignidade dos indivíduos. Ao garantir-se o direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro supérstite, preenchidos os requisitos constantes

.....  
<sup>8</sup> Artigo XXV - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (BRASIL, 2000)

no artigo 1.831 do Código Civil, o legislador se projetou a efetivar o direito à moradia como consectário da teoria do patrimônio mínimo.

Todavia, não se pode perder de mira o cerne do presente artigo, qual seja, a situação de inventariança que envolve apenas um imóvel que era destinado como lar do casal, bem como o tema que atine ao fato de o cônjuge ou companheiro sobrevivente fazer jus ao direito real de habitação.

Ainda que a inventariança se limite a apenas um imóvel, os sucessores deverão arcar com o recolhimento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD, cuja alíquota máxima é de 8%, apurado pelos entes estaduais, conforme já mencionado anteriormente e que será mais bem abordado no capítulo seguinte.

## **5. ANÁLISE DE ISENÇÕES DEFINIDAS PELOS ESTADOS FEDERATIVOS QUANTO À COBRANÇA DE ITCMD**

Atualmente, os contribuintes do referido imposto em questão, quais sejam, os beneficiários de quaisquer bens e direitos adquiridos por sucessão, têm se deparado com um grande problema no que diz respeito ao pagamento do tributo devido, ou seja, ao perderem um ente ou um cônjuge, por exemplo, são surpreendidos, ainda, com a obrigatoriedade no cumprimento de uma obrigação jurídica tributária que, em muitos casos, pode representar a dificuldade do herdeiro ou meeiro de manter o único bem imóvel sem aliená-lo para pagar débitos.

Ao analisar, por amostragem, algumas Leis Estaduais referentes à aplicação do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, pode-se verificar que cada Estado da federação possui legislação própria, com

padrões e condições específicas no que tange à cobrança ou isenção de tal tributo, existindo, também, Estado, a exemplo de Alagoas, o qual trata apenas da isenção desse imposto no que se refere: aos proventos e pensões atribuídos aos herdeiros; às doações e legados de peças e obras de arte a museus e instituições de fins culturais; entre outros, como se verifica a partir do artigo 166, da Lei estadual 5.077 de 12 de junho de 1989:

Art. 166 - São isentos do imposto:

I - Os proventos e pensões atribuídos aos herdeiros;

II - as doações e legados de peças e de obras de arte a museus e instituições de fins culturais, situados neste Estado;

III - as doações as entidades beneficentes

IV - as doações e legados as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. (ALAGOAS, 1989)

Conforme se observa a partir da análise da referida legislação alagoana, tem-se que esta não traz em seu texto nenhuma isenção de cobrança sobre a transmissão *causa mortis* relativa a um único bem imóvel deixado pelo *de cuius*.

Ao analisar outras legislações como, por exemplo, a Lei 400 de 22 de dezembro de 1997, do Estado do Amapá, verifica-se a cobrança de uma alíquota de 4% para o imposto objeto de estudo. Contudo tal legislação traz a previsão de isenção desse tributo quando se tratar de transmissões hereditárias de prédio de residência que constitua o único bem do espólio, cujo valor não ultrapasse 20.000 UPF/AP, e desde que a sucessão ocorra apenas em relação ao cônjuge ou filho do *de cuius*.

Art. 76. Ficam isentas do imposto:

II - as transmissões hereditárias de prédio de residência que constitua o único bem de espólio, cujo o valor não ultrapasse 20.000 UPF/AP (vinte mil Unidades de Padrão Fiscal do Estado do Amapá), desde que à sucessão concorram apenas o cônjuge ou filhos do *de cuius*; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 868, de 31.12.2004, DOE AP de 31.12.2004)

Art. 78. As alíquotas do ITCD são as seguintes: (Redação dada pela Lei nº 868, de 31.12.2004, DOE AP de 31.12.2004)  
I - nas transmissões causa mortis, 4% (quatro por cento) sobre o valor tributável; (...) (AMAPÁ, 1997)

Têm-se, ainda, sobre a mesma análise, e a título de exemplo, as legislações do Estado da Amazônia, Bahia, Ceará e Minas Gerais, as quais também trazem a previsão de isenção do imposto, entretanto, com previsões e condições completamente distintas.

O Estado da Amazônia prevê isenção relativa a imóvel urbano ou rural que não ultrapasse R\$100.000,00 (cem mil reais) e desde que o beneficiário não possua outro imóvel. Já no Estado da Bahia, a legislação estabelece a isenção por sucessão de prédio de residência a cônjuge e a filho de servidor público estadual, quando este seja a única propriedade do espólio, e transmissão hereditária de prédio de residência que constitua o único bem do espólio, até o limite de 2.000 (duas mil) UPF-B, desde que à sucessão concorram apenas o cônjuge ou o filho do *de cujus* e que fique comprovado não possuírem outro imóvel.

No que tange ao Estado de Ceará, a legislação traz a hipótese de isenção à transmissão *causa mortis* do patrimônio transmitido pelo *de cujus* ao herdeiro ou legatário, cujo valor do respectivo quinhão ou legado não ultrapasse 7.000 (sete mil) Ufirces. E, por fim, o Estado de Minas Gerais prevê a isenção relativa à transmissão *causa mortis* de imóvel residencial com valor total de até 40.000 Ufemgs (quarenta mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais), desde que seja o único bem imóvel de monte partilhável cujo valor total não exceda 48.000 (quarenta e oito mil) Ufemgs.

Art. 118. São isentos do imposto:  
III - transmissão causa mortis de:

a) imóvel, rural ou urbano, cujo valor não ultrapasse R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e o(s) beneficiado(s) não possua(m) outro imóvel; (AMAZÔNIA,1997)

Art. 4º Ficam isentas do imposto:

I - as transmissões, por sucessão, de prédio de residência a cônjuge e filhos do servidor público estadual, falecido, quando esta seja a única propriedade do espólio, desde que comprovem não possuírem, individualmente, em sua totalidade outro imóvel; II - as transmissões hereditárias de prédio de residência que constitua o único bem do espólio, até o limite de 2.000 (duas mil) UPF-Ba (Unidade de Padrão Fiscal - Bahia) desde que à sucessão concorram apenas o cônjuge ou filho do “de cujos” e que fique comprovado não possuírem outro imóvel; (BAHIA, 1989)

Art. 8º. São isentas do ITCD:

I – a transmissão causa mortis:

do patrimônio transmitido pelo de cujus ao herdeiro ou legatário cujo valor do respectivo quinhão ou legado não ultrapasse 7.000 (sete mil) Ufirces;

III – a transmissão causa mortis de imóvel rural de área não superior a 3 (três) módulos rurais, assim caracterizados na forma de legislação pertinente, desde que feitas a quem não seja proprietário de imóvel de qualquer natureza. (CEARÁ, 2015)

Art. 3º. Fica isenta do imposto:

I – a transmissão causa mortis de:

a) imóvel residencial com valor total de até 40.000 Ufemgs (quarenta mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais), desde que seja o único bem imóvel de monte partilhável cujo valor total não exceda 48.000 (quarenta e oito mil) Ufemgs, excetuando-se os bens descritos na alínea “c” deste inciso;

b) fração ideal de um único imóvel residencial, desde que o valor total desse imóvel seja de até 40.000 (quarenta mil) Ufemgs e o monte partilhável não contenha outro imóvel nem exceda 48.000 (quarenta e oito mil) Ufemgs, excetuando-se os bens descritos na alínea “c” deste inciso

c) roupa e utensílio agrícola de uso manual, bem como de móvel e aparelho de uso doméstico que guarneçam as residências familiares; (MINAS GERAIS, 2003)

Quando se passa a verificar as condições para cada isenção prevista, tem-se que essas não atendem às necessidades do beneficiário e, tampouco, à função social do tributo no que tange à sua distribuição de terra e concessão de uma vida digna ao cidadão proprietário de um único imóvel (NABAIS, 1994), colocando em risco o seu direito real de moradia, haja vista que para se enquadrar nos casos de isenção previstos nas legislações estaduais, o imóvel deixado pelo *de cuius* deve representar um preço ínfimo de mercado, o qual não condiz com a realidade.

Ademais, conforme se pôde observar, tais imposições legislativas tornam o imposto “brando” em relação a determinado contribuinte, mas excessivamente oneroso em relação a outro, violando o princípio da capacidade contributiva<sup>9</sup> e, por conseguinte, direitos fundamentais dos contribuintes, uma vez que as isenções previstas nas legislações selecionadas variam entre imóveis ou quinhões avaliados em: R\$30.000,00 (trinta mil reais), como no Estado do Ceará; R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), no Estado do Amapá; R\$100.000,00 (cem mil reais), no Estado da Amazônia; R\$144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais), no Estado de Minas Gerais; além de outra legislação como, por exemplo, a do Estado de Alagoas que não trata, sequer, acerca das isenções sobre transmissão *causa mortis* de bens imóveis.

Ao analisar a legislação de cada Estado, verifica-se a grande disparidade existente em cada uma delas referente ao ITCMD (CARMONA, 2018, p. 1.374), visto existirem unidades as quais consideram a relevância normativa do direito social à moradia,

.....  
<sup>9</sup> De acordo com Carazza (1980, p. 61), há impostos que por sua natureza, não permitem que se atenda ao princípio da capacidade contributiva, sendo o caso do ICMS que, positivamente, com ele não se coaduna. Pois a carga econômica desse imposto é repassada para o preço da mercadoria e quem a suporta não é o contribuinte (comerciante ou produtor), mas o consumidor final da mercadoria.

enquanto outras a ignoram, como no caso do Estado de Alagoas. No extremo oposto, há exemplos de unidades federativas em que consta a previsão de que estão isentas de ITCMD as pessoas de baixa renda que comprovadamente não possuam outro imóvel.

Ante a ausência de previsão legal ou a insuficiência legislativa acerca de isenção do ITCMD, muitos contribuintes, sobretudo quando se tratar de único imóvel da inventariança, necessitarão dispor do bem no intuito de cumprirem com as suas obrigações tributárias. O Estado, por sua vez, sob o fundamento tributário, acaba por macular o direito à moradia daqueles que não se enquadraram nos requisitos de isenções previstos pela legislação de cada estado federativo.

Nessa ótica, torna-se imprescindível volver-se à observância da capacidade contributiva do ponto de vista da “desigualdade econômica dos indivíduos e do primado do justo distributivo” (OLIVEIRA; BORGES, 2016, p. 184).

Ao considerar que o direito à moradia constitui limite à “pressão” fiscal sobre o patrimônio imobiliário, resta apenas saber em quais hipóteses a carga tributária deve ceder em prol do exercício desse direito social de caráter fundamental.

## **6. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO CRITÉRIO PARA A ISENÇÃO DO ITCMD**

Através da análise, por amostragem, das isenções do ITCMD, percebeu-se que os Estados federativos têm obstado dos sucessores, sobretudo do cônjuge ou companheiro sobrevivente, o exercício de seu

direito fundamental à herança e da proteção à morada do casal, quando são compelidos a alienar o único bem para pagamento do tributo.

Mostra-se um contrassenso que os Estados da federação, considerando sobretudo a insuficiência legislativa acerca de isenção do ITCMD, após o envio das informações sobre os bens deixados pelo inventariado, avaliem os bens imóveis às práticas do mercado imobiliário como forma de impedir a concessão de isenção do imposto, ainda que nas raríssimas hipóteses.

Ao avaliar o bem imóvel do ponto de vista do mercado sem considerar a capacidade do contribuinte, bem como se se trata de único imóvel em que o cônjuge ou companheiro sobrevivente fará jus ao direito real de habitação, a discricionariedade e a autonomia “desmedidas” dos Estados violam a teoria do patrimônio mínimo, na medida em que retiram do contribuinte uma das formas de identidade pessoal, pois impossível é pensar em existência digna sem morada (MILAGRES, 2011).

Nesse aspecto, nas palavras de Carmona (2018, p.1363), de fato, a tributação deve servir de garantia à consecução dos direitos fundamentais, mas certo é que os direitos fundamentais também representam limites à tributação, o que torna imprescindível verificar qual a melhor conduta a ser adotada pelo Estado, qual seja: “tributar para garantir, ou não tributar para não restringir”.

No discurso sociológico sobre tributação de herança, para alguns autores, o imposto justifica-se principalmente por fundamento dos princípios de justiça e igualdade de oportunidades:

In the sociological discourse on inheritance taxation, the tax is mainly justified on the grounds of the principles of justice and equality of opportunity. However, according to the family

principle, inheritance taxes interfere with the unity of the family, which could be considered as an entity that outlives the deceased, and undermine family solidarity.<sup>10</sup> (WREDE, 2014, p. 12)

A perspectiva de se preservar um patrimônio mínimo aos indivíduos é que completa materialmente o conceito de Estado Democrático de Direito (VILANOVA, 1978, p. 78), encontrando no direito à moradia um limite à tributação.

The optimal tax rate is positive and quantitatively large if the elasticity is low, bequests are quantitatively large and highly concentrated, and society cares mostly about those receiving little inheritance. In contrast, the optimal tax rate can be negative when society cares mostly about inheritors. As in the public debate, the desirability of taxing bequests hinges primarily on wealth inequality and mobility and how social marginal welfare weights are distributed across groups<sup>11</sup>. (PIKETTY; SAEZ, 2013, p. 1851)

Ao se deixar ao alvitre dos Estados aferir os bens imóveis a serem inventariados pautados em sua discricionariedade, acaba por colocar em xeque a função social da sucessão, bem como a função social do tributo como mecanismo de redistribuição de riqueza, corolário do

.....  
<sup>10</sup> No discurso sociológico sobre a tributação das sucessões, o imposto é principalmente justificado com base nos princípios da justiça e da igualdade de oportunidades. No entanto, de acordo com o princípio da família, o imposto sucessório interfere na unidade da família, que pode ser considerada como uma entidade que sobrevive ao falecido, e prejudica a solidariedade familiar. (tradução nossa)

<sup>11</sup> A taxa tributária ótima é positiva e quantitativamente grande se a elasticidade for baixa, os legados forem quantitativamente grandes e altamente concentrados e a sociedade se preocupa principalmente com aqueles que recebem pouca herança. Em contraste, a taxa tributária ideal pode ser negativa quando a sociedade se preocupa principalmente com os herdeiros. Como no debate público, a conveniência de tributar legados depende principalmente da desigualdade de riqueza e mobilidade e como os pesos marginais de bem-estar social são distribuídos entre os grupos.” (tradução nossa)

direito de propriedade, direito fundamental que deve ser efetivado, principalmente, pelo executivo.

Ainda que o custo da manutenção estatal deva ser dividido de modo justo por todos os cidadãos, a cobrança dos tributos pelo Estado não deve ser utilizada para “restringir as necessidades fundamentais do indivíduo” (MEIRA, 2012, p. 231-232 e 234).

Logo, diante de uma inventariança de baixo vulto por envolver apenas um bem imóvel que era utilizado para fins de moradia do casal (artigo 1.831 do Código Civil) e a partir da sondagem da capacidade contributiva dos herdeiros, o Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu, em situação análoga, que não há necessidade de os herdeiros terem que se desfazer de bens para conseguirem o acesso à Justiça em processo de inventário.

A informação de que espólio apresenta somente um bem imóvel para divisão entre nove herdeiros não permite concluir que estamos tratando de um inventário vultoso onde se possa ter segurança de que as custas do processo serão pagas sem agressão ao direito fundamental de herança dos herdeiros. E é cediço o entendimento da corte que a parte não precisa se desfazer de bens para ter acesso à justiça. Agravo provido. Em monocrática. (TJRS, Agravo de Instrumento 409202-72.2013.8.21.7000, 8.<sup>a</sup> Câmara Cível, São Leopoldo, Rel. Des. Rui Portanova, j. 11.10.2013, DJERS 17.10.2013)

Diante do julgado acima, filia-se ao entendimento, o qual já vem sendo reiteradamente utilizado no presente trabalho, de não se tratar de justiça social o fato de um indivíduo se desfazer de seu único bem, utilizado para fins de moradia, com vista ao cumprimento de sua obrigação perante o Estado.

Para efetivar o direito fundamental e social à moradia, mostra-se fundante a implementação de Lei Complementar referente ao ITCMD, a fim de estabelecer critérios de isenção do ITCMD por cada Estado da federação.

Nesse sentido, estabelece Silva (2015) que a ausência de uma lei geral em matéria de ITCMD, mesmo respeitados os limites constitucionais, propicia aos Estados-Membros e DF a definição de regras extremamente dissonantes entre si, no que concerne, inclusive, ao estabelecimento das alíquotas aplicáveis sobre as transmissões gratuitas, bem como de regras distintas referente a isenção do imposto.

É sabido que a própria Constituição da República de 1988 estabelece em seu artigo 146, III, que: “Cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária” (BRASIL, 1988).

Assim, após a edição da Lei Complementar, propõe-se, posteriormente, uma reforma das leis estaduais quanto aos critérios de isenção de imposto. Para tanto, deve-se incluir entre as já definidas a isenção do ITCMD quando se tratar de único imóvel a ser inventariado que era utilizado para fins de moradia, e o cônjuge ou companheiro supérstite faça jus ao direito real de habitação, nos termos do artigo 1831 do Código Civil, desde que comprovada sua carência econômica, nos termos do Decreto-Lei nº 1.876, de 1981, que considera carente, ou de baixa renda, o responsável por imóvel cuja renda familiar mensal seja igual ou inferior a cinco salários mínimos, ou que esteja inscrito no Cadastro Único Para Programas Sociais do Governo Federal.

A edição de Lei complementar em matéria de ITCMD vai ao encontro do disposto no § 1º do artigo 145 da Constituição da República Federativa do Brasil, na medida em que, 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 (BRASIL, 1988).

## CONCLUSÃO

O evento *mortis causa* de um sujeito enseja a abertura da sucessão e, por consequência, ocorrerá a transmissão hereditária do patrimônio deixado pelo autor da herança. Tal fato tem relevância tributária flagrante já que se constitui em fato gerador de imposto: o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD.

Como descrito, é salutar a inquietude quando se tem a inventariança envolvendo um único bem imóvel que era destinado para fins de moradia do casal ou dos companheiros. Isto porque o artigo 1.831 do Código Civil hodierno determina que ao cônjuge ou companheiro supérstite, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

O olhar do legislador infraconstitucional volveu-se a efetivar o direito fundamental à moradia, na medida em que a função social da herança busca redistribuir riquezas e, por conseguinte, garantir o mínimo existencial do viúvo.

Todavia, por meio de amostragens de algumas Leis Estaduais referentes à aplicação do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e

Doação, pode-se verificar que, em total inobservância à hierarquia do sistema normativo, cada Estado da federação possui legislação própria, com padrões e condições específicas no que tange à cobrança ou isenção de tal tributo.

Ainda que o constituinte originário, em seu artigo 155, tenha definido aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir impostos sobre transmissão *causa mortis* e doação, diante das disparidades existentes nas legislações estaduais quanto aos critérios de isenções referente ao ITCMD, os Estados, sob o fundamento tributário, acabam por macular o direito à moradia daqueles que não se enquadraram nos requisitos de isenções previstos pela legislação de cada estado federativo.

Ao tributar, imponderadamente, pela preservação dos cofres públicos em detrimento da condição do sucessor, mais especificamente do cônjuge ou companheiro sobrevivente que exerce no imóvel inventariado sua morada, implica a validação do abuso de direito dos Estados, com a respectiva negação da própria função social do tributo.

Ao inobservarem o direito social à moradia como critério para isenção do ITCMD, promove-se uma expropriação, ainda que indireta, pois muitos contribuintes, em se tratando de único imóvel do monte partível, necessitarão dispor do bem no intuito de cumprirem com as suas obrigações tributárias.

O direito à moradia deve constituir limite fiscal para cobrar ITCMD considerando, *in casu*, se tratar de único imóvel residencial com vistas à garantia de uma existência digna e a busca pela efetividade de tal direito, fundamental e social.

Mas para além de ser o único imóvel residencial que era utilizado como moradia do casal, em atenção ao §1º do artigo 145 da Constituição brasileira, deve-se voltar à observância da capacidade contributiva do ponto de vista da desigualdade econômica dos indivíduos e do primado do justo distributivo.

Com vista à cumprir as funções sociais do tributo e da herança, propõe-se a edição de Lei Complementar em matéria de ITCMD, até então inexistente em nosso ordenamento jurídico, a fim de dispor acerca dos limites referentes à cobrança do referido imposto quando se tratar do caso de o único imóvel a ser inventariado ser utilizado para fins de moradia, e o cônjuge ou companheiro supérstite faça jus ao direito real de habitação, nos termos do artigo 1831 do Código Civil, desde que comprovada sua carência econômica, nos termos do Decreto-Lei nº 1.876, de 1981, que considera carente, ou de baixa renda, o responsável por imóvel cuja renda familiar mensal seja igual ou inferior a cinco salários mínimos, ou que esteja inscrito no Cadastro Único Para Programas Sociais do Governo Federal.

Tal Lei Complementar se pautaria em critérios de justiça social. Ao se estabelecer um Estado Democrático de Direito cujo fundamento da República é garantir e, por conseguinte, efetivar a dignidade da pessoa humana, mostra-se fulcral a materialização do direito à moradia nos casos em que o cônjuge ou companheiro tenha direito real de habitação.

Considerando que o direito à moradia é norma programática, a tributação não pode preponderar em relação a um direito fundamental, mesmo porque deve ser vista como instrumento social, sendo justa, na medida em que visa promover políticas protecionistas, inclusive redistribuição de renda, de terra e redução das desigualdades.

A edição da referida Lei Complementar encontra previsão na própria Constituição da República federativa do Brasil de 1988, por isso não se pautava inconstitucional, mesmo porque o seu pano de fundo consiste em efetivar o direito fundamental à moradia, tida como norma programática.

Não violaria o pacto federativo, pois mesmo que a Constituição estabeleça uma descentralização da receita e competência tributárias, a Lei Complementar não impediria que os estados federados legislassem sobre o tema, mas, ao revés, forçaria que sua legislação estadual volvesse ao cumprimento da função social do tributo, tendo como motes a redistribuição de renda e redução das desigualdades sob o primado da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Lei Nº 5077 De 12 De Junho De 1989**. Disponível em: <<http://intranet.cbm.al.gov.br/app/webroot/arquivos/legislacao/Lei%205.077%20Codigo%20Tributario%20AL.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMAPÁ. **Decreto nº 3.601 de 29/12/2000 - Estadual – Amapá**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=118679>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

AMAZÔNIA. **Lei Complementar Nº 19 DE 29/12/1997**. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=119561>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BAHIA. **Lei nº 4.826 de 27/01/1989**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=120347>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONFIM, Diego. Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle/ Diego Bonfim. 1. Ed – São Paulo: Noeses, 2015.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Direito social à moradia como limite à incidência do ITCMD sobre imóveis de famílias carentes. Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro. vol. 10, nº 3. P. 1357-1379. Set. 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário Tratado dos Sistemas. 22 ed., trad. de Luiz Roberto Monzani, in Os Pensadores, São Paulo, Ed. Abril, 1980.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. III, 1997.

CEARÁ. **Lei Nº15.812, de 20.07.15**. Disponível em:<<https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/datas-comemorativas/item/3589-lei-n-15-812-de-20-07-15-d-o-23-07-15>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Trad. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (org.) **Estatuto da Cidade, comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luis Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. **Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. **Instituições de direito público e privado**. São Paulo: Atlas, 2020

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Das Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 05 de jul. de 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, 1998.

LUHMANN, Niklan. **Introdução à teoria dos sistemas**. São Paulo: Vozes, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003

MARRA, Natalia Cardoso. **Políticas Públicas de Habitação e a Efetivação do Direito Social e Fundamental à Moradia**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3309.pdf>. Acesso em: 18 de dez. de 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao artigo 5º, XXX. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS, **Decreto Nº 47.616, de 11 de Fevereiro de 2019 - SEF/MG**. Disponível em: <[http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/decretos/2019/d47616\\_2019.htm](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2019/d47616_2019.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MOTTA, Luana Dias. **A Questão da Habitação no Brasil: Políticas Públicas, Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade**. Disponível em: [http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt\\_analitico/MOTTA\\_Luana\\_-\\_A\\_questao\\_da\\_habitacao\\_no\\_Brasil.pdf](http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf). Acesso em: 30 ago. 2019.

NABAIS, José Cassalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Liv Almedina, 1998

NOVOA. Cesár Garcia. **El Concepto De Tributo**. 1 Ed. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PACHECO, Ana Sophia Assis. **Dos Impostos Fiscais aos Impostos Extrafiscais: Do Estado Liberal ao Estado Social. Da Extrafiscalidade**. Coordenação: Manuel Pires. Lisboa. 2011.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil- Direitos Reais**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PEREIRA, Lafayette Rodrigues; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília, DF: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PIKETTY, Thomas e SAEZ, Emmanuel. **A Theory Of Optimal Inheritance Taxation**. *Econometrica*, Vol. 81, No. 5 (September, 2013), 1851–1886. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/https://doi.org/10.3982/ECTA10712>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In: NEUNER, Jörg; MONTEIRO, Antônio Pinto (orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Ed. Almedina, 2007

SCHEVE, Kenneth e STASAVAGE. **Democracy, War, and Wealth: Lessons from Two Centuries of Inheritance Taxation**. *American Political Science Review* Vol. 106, February 2012. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/https://doi.org/10.3982/ECTA10712>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Marcos Ricardo Cruz da. **Porque precisamos de uma Lei Geral de ITCMD?** Disponível em: <[http://www.fiscosoft.com.br/main\\_online\\_frame.php?page=/index.php?PID=319527](http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=319527)>. Acesso em: 05 set. 2019.

STANLEY, Adriano. **Direito das Coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. vol. 6, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo, Editora Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WREDE, Mathias. **Fair inheritance taxation in the presence of tax planning**. Journal of Behavioral and Experimental Economics 51 (2014) 12–18. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/https://doi.org/10.1016/j.socec.2014.03.007>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



# MODIFICAÇÕES TECNOLÓGICAS NO ÂMBITO JURÍDICO: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA

*TECHNOLOGICAL MODIFICATIONS IN THE  
LEGAL FRAMEWORK: A DISCUSSION FROM THE  
INTERSECTION BETWEEN LAW AND LITERATURE*

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0007](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0007)

---

**Jacqueline Sophie Perieto Guhur Frascati<sup>1</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0003-1972-6699>

 <http://lattes.cnpq.br/9680054095573706>

**Gabriel Simeoni Mota<sup>2</sup>**

 <https://orcid.org/0000-0003-2942-9129>

 <http://lattes.cnpq.br/9544927425074091>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo levantar questões que surgem junto com o desenvolvimento tecnológico vivenciado no período pós-moderno, na medida em que repercute no âmbito jurídico. Faz-se uma análise a partir de uma abordagem filosófica crítico-reflexiva e da interseção entre direito e literatura, tendo sido escolhida a obra “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley, para orientar a discussão. Apontaram-se certas problemáticas acerca da inclusão de inteligências artificiais e algoritmos em órgãos de justiça, tal como tratou-se de apresentar mudanças promovidas, e desejadas, através da tecnificação do Direito, impulsionadas por uma ideologia neoliberalista marcada por uma lógica mercadológica, que se alinha à corrente de pensamento do juspositivismo.

.....  
<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM). Professora de Filosofia do Direito pela UEM. E-mail: jacquelinefgs@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM). E-mail: gabrielsimeoni\_mota@hotmail.com.

Salienta-se que este artigo se posiciona contra o emprego acrítico dessas tecnologias.

**Palavras-chave:** Direito e literatura. Pós-modernidade. Tecnologias.

**ABSTRACT:** This article aims to raise issues that arise along with the technological development experienced in the post-modern period, as it affects the legal field. An analysis is made from a critical-reflective philosophical approach and the intersection between law and literature, having chosen the work “Admirável Mundo Novo”, by Aldous Huxley, to guide the discussion. Certain issues were pointed out about the inclusion of artificial intelligences and algorithms in justice bodies, as well as the presentation of changes promoted, and desired, through the technification of Law, driven by a neoliberalist ideology marked by a market logic, which aligns with the current of thought of juspositivism. It should be noted that this article is against the uncritical use of these technologies.

**Keywords:** Law and literature. Post-modernity. Technologies.

## 1. INTRODUÇÃO

Um novo contexto marca a realidade atual, um período que se constrói com base em um desenvolvimento acelerado da tecnologia e da ciência; de uma percepção que o tempo se encurtou; da emergência de incertezas e da liquidez das instituições modernas.

Fala-se da pós-modernidade, que trouxe a necessidade de se repensar certas questões e situações que a modernidade apresentou e as novas que nasceram com o desenvolvimento tecno-científico. As constantes alterações culturais promovidas por tal desenvolvimento alteraram a percepção a respeito de conceitos, ideias, instituições, e desembarcaram na esfera jurídica.

Este trabalho levanta questões que surgem com o desenvolvimento tecnocientífico com o objetivo de analisar suas repercussões no âmbito do direito. Analisa-se essa temática a partir de uma abordagem filosófica crítico-reflexiva e da interseção entre direito e literatura, movimento iniciado sobretudo no século XX na Europa e Estados Unidos, mas que vem ganhando espaço nas academias brasileiras.

Essa linha de pesquisa (direito na literatura) se apresenta como alternativa para se ampliar os horizontes de compreensão de juristas, estimular uma visão mais profunda acerca das relações humanas, do mundo e das relações sociais (KARAM, 2018).

Assim, comungando dos mesmos objetivos da Filosofia do direito, visa suspender a realidade, as verdades apresentadas, possibilitando uma reflexão crítica, sendo um enfrentamento do pensamento e da realidade (MASCARO, 2008).

Nos itens iniciais, analisa-se a construção da pós-modernidade, tendo como ponto de partida as crises/quebras sofridas pela modernidade.

Adiante, busca-se apresentar a interseção entre a filosofia do direito e a literatura, esta como ferramenta que aproxima o jurista da realidade, contribuindo para a compreensão das modificações culturais, sobretudo as consequências do avanço científico. Assim, apresenta-se a obra “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley, literatura escolhida para fomentar a discussão pretendida neste trabalho.

Por último, busca-se refletir sobre os desafios, problemas que as modificações tecnológicas geram no âmbito jurídico, tanto na aplicação da justiça, quanto na lógica que guia o mercado de trabalho e o estudo do direito, levantando reflexões a esse respeito, fazendo um paralelo com o romance supracitado.

## **2. PÓS-MODERNIDADE E O DIREITO**

A pós-modernidade surge com um momento revisor dos paradigmas da modernidade, de suas instituições e ideais, sobretudo do mundo ocidental. A expressão gera inúmeros debates, e, como pode-se esperar, inúmeros pensadores tentam uma conceitualização.

Expressões como hipermodernidade (Gilles Lipovetsky); modernidade reflexiva (Ulrich Beck); modernidade líquida (Zygmunt Bauman) e supermodernidade (Georges Balandier) são algumas tentativas de batizar o que seria este momento que se configura diante de nossos olhos (BITTAR, 2014).

Por mais que haja inúmeras formas de conceitualização, de forma geral, pode-se dizer que a pós-modernidade se apresenta como um contexto histórico ao mesmo tempo que como um movimento intelectual, um processo de transformações que decorrem de uma grande revolução cultural, que desenraiza paradigmas ancestralmente fixados (BITTAR, 2014).

Bittar apresenta seu próprio entendimento quando diz que a pós-modernidade pode ser vista como um estado histórico transitivo, ou seja, um estado que não inaugura um novo tempo. Não se trata do futuro, a modernidade ainda não foi totalmente superada, tampouco vale dizer que ainda subsiste. Tempos pós-modernos são tempos de transição em diversas esferas da vida humana (política, econômica, social, institucional), mudança nos valores e nas crenças que sustentavam o modo ser e agir do ser humano (BITTAR, 2014).

A pós-modernidade nos permite, como afirma Zygmunt Bauman, sentir os efeitos da era moderna, possibilitando uma visão fria e crítica da modernidade na sua totalidade, avaliar o seu desempenho, julgar a solidez e congruência da sua construção (BAUMAN, 1999).

Bauman não compreende a pós-modernidade como um fim à modernidade, no sentido de que esta teria entrado em descrédito. Mas sim como um momento que se dá quando a modernidade atinge sua maioridade, ou seja, quando chega em um acordo de sua própria impossibilidade, que conscientemente descarta o que outrora fazia inconscientemente (BAUMAN, 1999).

Não se pode afirmar com absoluta certeza que a pós-modernidade irá ressignificar por completo as estruturas culturais passadas. Como na história em que nada simplesmente termina, nenhum projeto é concluído e descartado. A modernidade ainda está conosco (BAUMAN, 1999).

Logo, aceita-se a afirmação de que a pós-modernidade propicia uma reflexão e revalorização de certos atos, valores, compreensões. Ou seja, não se finca o completo abandono da cultura moderna, mas sim um reaproveitamento dessas práticas; uma reciclagem de valores, ideias, conceitos, objetos, paradigmas e estruturas, assumindo, assim, uma postura revisionista.

### **3. FILOSOFIA E DIREITO E LITERATURA**

Diante da necessidade do direito de se ajustar às adversidades propostas pela realidade, a filosofia do direito se apresenta como ferramenta essencial para a atividade de juristas, já que ela pode desvendar conexões íntimas entre o direito e a política, o direito e a moral, e entre o direito e o capitalismo, que escapam da visão mediana do jurista (MASCARO, 2018).

A filosofia faz das raízes dos problemas seu objeto de estudo, apresentando uma especulação e suspensão das verdades que constituem a problemática. Toma aquilo que já está posto e o coloca em outras perspectivas, para, assim, descobrir outras formas de compreender a questão, fomentando o ânimo de transformações de estruturas clássicas.

Seguindo o entendimento de Ernst Bloch, filósofo do século XX, a filosofia serviria para apontar aquilo que ainda não é (DOS SANTOS, 2011). No mesmo sentido, o estudo profundo da realidade deve apontar aquilo que não é dado, mas pode ser, e os caminhos revolucionários para transformação (MASCARO, 2018).

A filosofia do direito possui a missão de possibilitar uma crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível (REALE, 2002).

É diante do objetivo da filosofia do direito que se apresentam como sendo possíveis fontes outras que não a doutrina jurídica, as leis e a jurisprudência, e que estas sejam utilizadas para colocar-se em reflexão o fenômeno jurídico.

A partir do entendimento de que o direito pertence ao mundo da cultura (REALE, 2002), considera-se possível fazer uso de outros objetos culturais para tratar de questões pertinentes ao direito, assim, insere-se a literatura, funcionando como óculos hermenêuticos que se colocam entre o sujeito jurídico e o objeto do Direito, permitindo adequar a imagem do real ao olhar do profissional (BONOME e col., 2016).

Na relação entre Direito e Literatura, a ficção permite pensar problemas reais e instigar uma reflexão em busca das devidas soluções. A estética, ramo da filosofia que se propõe a estudar a arte, aponta que a literatura proporciona um sentimento de estranhamento da realidade, das instituições, da própria moral vigente e cria novas formas de compreensão do mundo (HERMANN, 2005).

Outra vantagem que a literatura oferece é a de possibilitar se colocar diante de um cenário distinto da esfera de vivência do leitor, como se vê na compreensão de Adorno, quando este aponta a possibilidade de a estética ampliar a compreensão do homem a respeito da realidade e de seu lugar diante do outro (HERMANN, 2005).

Utilizando-se da literatura para apresentar o tema deste trabalho, tem-se a obra de Aldous Huxley, “Admirável Mundo Novo”, publicado primeiramente em 1932.

A história demonstra inúmeras consequências que o “progresso” científico gerou na sociedade. A produção em massa de embriões – os óvulos bokanovskisados; a utilização da engenharia genética para a escolha de características de embriões; a divisão da sociedade em castas com base nas características – alfas, betas, gamas, deltas, ípsilon – e utilização de drogas para alcançar a felicidade, o soma.

O romance trata-se de uma distopia, ou seja, uma contraposição da realidade a alguma forma de ideal social com o objetivo de promover, no mínimo, uma reflexão sobre os elementos do universo experimental tidos como falhos, inserindo o leitor em um contexto de reavaliação conceitual (PAVLOSKI, 2005).

O livro trata de um misto de fantasia e sátira em uma futura sociedade tecnológica, onde a estabilidade social é o objetivo almejado, e, para isso, são utilizadas diversas tecnologias (GÓES e col., 2018).

Possibilita o debate sobre o perigo de uma dominação quase integralmente pelas técnicas e pelo saber científico manipulado, que resulta em uma sociedade absolutamente mecânica, autoritária e desumanizada (GÓES e col., 2018).

Antes de entrarem na Reserva, onde “selvagens” habitam, Lenina Crowne e Bernard Marx, ambos personagens centrais no romance, estabelecem um diálogo acerca da dependência quanto às tecnologias que a sociedade oferece, e é neste diálogo que Lenina profere uma afirmação simbólica: o progresso realmente é uma coisa maravilhosa, não é? (HUXLEY, 2014).

A obra, então, pode ser vista como uma forma de aviso, um alerta a respeito da aceitação acrítica da inserção de tecnologias, um aviso de que a tecnologia não deve ser aceita como conhecimento superior, imposta pelos tecnocratas (GÓES e col., 2018).

Uma sociedade futurística que abraçou com muito empenho os avanços tecnológicos, o tema de “Admirável Mundo Novo” não é o avanço da ciência em si. É esse avanço na medida em que afeta os seres humanos (HUXLEY, 2014).

O romance, assim, apresenta um contexto distópico que promove reavaliações sobre o desenvolvimento tecnológico e permite pensar sobre quais desafios podem ser produzidos no âmbito jurídico. Sendo assim, faz-se necessário refletir acerca da inteligência artificial, do uso de algoritmos e da tecnificação do direito.

#### **4. INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS NO ÂMBITO JURÍDICO**

Toda grande euforia fomentada pela inclusão massiva de tecnologias no direito vem se impondo sem que boa parte dos juristas e profissionais do direito se preocupem adequadamente com outras consequências, não positivas, no âmbito jurídico e social.

De modo contrário, percebe-se um cenário de encantamento por parte da comunidade jurídica frente aos ganhos de eficiência e produtividade nas atividades realizadas (NUNES; MARQUES, 2018).

Por essa razão, faz-se necessário expor certas problematizações sobre o emprego das inteligências artificiais, como o caso de algoritmos enviesados; a sua opacidade e a tecnificação do fazer jurídico.

Uma inovação tecnológica que está fomentando profundas mudanças tanto na realidade social quanto na jurídica é o implemento das Inteligências Artificiais (IA).

*Artificial intelligence*, segundo o dicionário Cambridge, trata-se da área de pesquisa que estuda a produção de máquinas que possuem algumas qualidades idênticas ou similares aos presentes na mente humana, como a habilidade de entender línguas, reconhecer figuras, resolver problemas e aprendizado.

Segundo Stuart Russel e Peter Norvig, existem quatro aspectos fundamentais que são utilizados para a compreensão de inteligências artificiais (NORVIG; RUSSEL, 2013).

Russel e Norvig dividem os aspectos em dois grupos, no primeiro, estão definições que caracterizam a IA como sendo o estudo das faculdades mentais por meio de modelos computacionais, ou, diferentemente, em que a IA esteja relacionada a um desempenho inteligente de artefatos (MORAES JUNIOR, 2019).

No segundo grupo, estão definições que afirmam que a IA consiste em programas que pensam como humanos ou que podem agir como humanos (MORAES JUNIOR, 2019).

Importante faz-se pontuar que inteligência artificial não se confunde com automatização. Segundo Juarez Freitas, a autonomia e a adaptabilidade são propriedades inerentes da IA (FREITAS, 2019).

Assim, podemos apontar algumas características da IA, como por exemplo a intencionalidade, a adaptabilidade e a capacidade de aprendizado (MOTTA, 2019).

Para o exercício da IA, os computadores exercem uma espécie de atividade cognitiva, podendo coletar, processar, pesquisar, analisar conteúdos, compreendendo-os e executando tarefas a partir disso (MOTTA, 2019).

Os programas de inteligência artificial consistem em sistemas construídos com base em uma rede de algoritmos combinados, que constituem um plano de ação pré-definido que deverá ser seguido pela máquina (VALENTINI, 2017).

O aprendizado da máquina (*machine learning*) se dá quando, através dos dados fornecidos, a máquina realiza uma análise dessas informações, e, seguindo as instruções estabelecidas pelo algoritmo, encontra padrões a partir dos quais, então, consegue prever resultados (NUNES; MARQUES, 2018).

O tema da inteligência artificial é bastante relevante em diversas áreas do conhecimento, não apenas no Direito, mas na linguística, psicologia, filosofia e na ciência da computação (TEIXEIRA, 2009).

Podem-se citar alguns exemplos de sistemas de inteligência artificial que estão sendo utilizados no direito, não apenas internacionalmente, mas no Brasil também, a começar pelo “robô-advogado”, ROSS.

O “robô-advogado”, como é chamado, originou-se de uma competição na Universidade de Toronto. Trata-se de uma especialização dos algorítmicos do computador cognitivo Watson, desenvolvido pela IBM, que possui a habilidade de ler e entender certos textos jurídicos, sendo criado para ser um advogado e pesquisador jurídico inteligente e virtual (STOPANOVSKI, 2015)

Segundo entusiastas do ROSS, ele é capaz de obter uma resposta jurídica em instantes, já que, além de ter sido alimentado por uma carga

significativa de textos jurídicos, taxinomias e conceitos, o computador cognitivo aprende com perguntas e respostas anteriores, tornando-se cada vez mais certo ao dar suas “consultorias” aos advogados usuários (BECKER, LAMEIRÃO, 2017).

Hoje, ROSS atua no direito norte-americano, especificamente nas áreas de falência e propriedade intelectual (BECKER; LAMEIRÃO, 2017). O robô-advogado iniciou sua carreira na renomada advocacia Baker & Hostetler, e em breve atuará no ramo do direito tributário, trabalhista e criminal (MELO, 2016).

Em Londres, um levantamento que visava detalhar o uso de IA nas advocacias londrinas apontou que 48% dos escritórios já se utilizam dessa tecnologia, e outros 41% já planejam adotar os sistemas em curto prazo (WALTERS, 2018). A tecnologia está sendo responsável tanto pela produção de documentos legais quanto por sua revisão.

No caso brasileiro, a Advocacia-Geral da União (AGU) tem apostado nas IA para agilizar o trabalho desenvolvido por procuradores. O Sistema de Apoio à Procuradoria Inteligente (Sapiens) procura simplificar rotinas e expedientes, além de auxiliar, com suas ferramentas de inteligência, no processo de tomada de decisão e na elaboração de documentos (KAMAYURÁ, 2013).

Aponta, porém, o procurador federal Mauro Lucio Baionete Nogueira, um dos desenvolvedores do projeto, que o Sapiens apenas indica possíveis peças e que a decisão de as usar ou não é da responsabilidade do procurador, que realizará um juízo crítico sobre a indicação, corrigindo o sistema quando a indicação não for a correta. Tal correção balizará o sistema, que poderá, a partir de tal *feedback*, propor um modelo diferente (KAMAYURÁ, 2013).

Um outro exemplo se tem na a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que, em 2018, realizou uma sessão inédita que tinha como objetivo julgar 280 processos com apenas um *click* (TJMG, 2018).

O julgamento foi possível graças à ferramenta Radar que é capaz de separar recursos de idênticos pedidos. Para o julgamento, o programa se utiliza de padrões de votos de relatores que contemplam teses fixadas por Tribunais Superiores (TJMG, 2018).

O Tribunal de Contas da União conta com o auxílio da inteligência artificial Alice (Análise de Licitações e Editais) para investigações sobre licitações e contratos anuais realizadas no âmbito da administração pública federal com o fito de se identificar possíveis irregularidades (MORAES JUNIOR, 2019).

Cita-se também o caso da IA chamada “Dra. Luzia”, utilizada por procuradorias estaduais, principalmente em matéria de execuções fiscais. Em matéria publicada em 2017, apresentou-se que Dra. Luzia já era responsável por 85% a 90% das petições realizadas pelo órgão (BORRELLI, 2017).

Por fim, o projeto Victor, inteligência artificial implantada no órgão máximo no Poder Judiciário, o STF, que nasceu a partir de uma colaboração entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília (ANDRADE; PINTO, 2019).

Objetiva a aplicação de métodos de *machine learning* para potencializar o reconhecimento de padrões em processos jurídicos relativos a julgamento de repercussão geral (ANDRADE; PINTO, 2019).

A Ministra Cármen Lúcia, tratando do projeto Victor, explicou que a IA realiza a conversão de imagens para textos nos casos de processos digitais, separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência (STF, 2018).

#### **4.1. ENVIESAMENTO DE ALGORITMOS**

Segundo o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Victor possibilita que o trabalho que normalmente é realizado entre 40 minutos e uma hora, graças à nova ferramenta, possa ser executado em cinco minutos, gerando economia de recursos humanos (STF, 2018).

Algoritmos podem ser definidos com mais precisão como sendo a sequência finita e lógica de instruções executáveis, especificadas em uma determinada linguagem, que mostra como resolver determinado problema (BORATTI, 2007).

Essas sequências que compõem a estrutura das IA são construídas por programadores que devem selecionar as informações que serão fornecidas ao sistema de inteligência e que serão utilizadas para prever soluções e/ou resultados futuros (NUNES; MARQUES, 2018).

O foco da problemática no caso dos algoritmos é justamente nas escolhas realizadas pelos programadores. Estes são profissionais de Tecnologia da Informação, para os quais, muitas vezes, faltam familiaridade e *expertise* no trato não só das fontes legais do sistema jurídico, como também das questões éticas, sociais, políticas e filosóficas que as permeiam (PINTO, 2019).

Os sistemas são construídos conforme objetivos, prioridades e concepções escolhidas pelo seu programador, e essas escolhas podem dar abertura para pontos cegos nos algoritmos que refletem a subjetividade do desenvolvedor (NUNES; MARQUES, 2018).

Os *blindspots* assim são criados. Muitas vezes eles não são relevantes, como no exemplo do *Google Maps* levantado por Cathy O'Neil. Quando se pergunta ao aplicativo qual a melhor rota, ele apresenta um cenário repleto de ruas, túneis e pontes. No entanto, ignora construções, porque elas não são relevantes para a rota. Assim, *blindspots* refletem julgamentos e prioridades de seu criador (O'NEIL, 2016).

Tratando-se de algoritmos que versem sobre questões jurídicas, é essencial a atenção sobre a qualidade dos dados. A má formação do banco de dados implica na má formação de resultados. Segundo pesquisadores de Universidade de Oxford, dados discriminatórios podem ser reproduzidos pelo processo de *machine learning* (GOODMAN; FLAXMAN, 2016).

Um exemplo que demonstra a reprodução de dados discriminatórios é o do sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctional*), algoritmo que sugere a pena do condenado e ainda vaticina sobre a possibilidade de reincidência (PIERRO, 2018).

Um estudo realizado pela organização ProPublica em 2016 demonstrou a reprodução de dados discriminatórios pelo algoritmo quando constatou que, ao passarem pelo crivo do COMPAS, acusados negros têm 77% mais probabilidade de serem classificados como possíveis reincidentes do que acusados brancos (PIERRO, 2018).

O *software* produz o índice de reincidência baseado em perguntas feitas ao acusado e correlações entre outros dados, como a existência

de parentes ou vizinhos condenados, o desempenho escolar, a convivência com usuários de drogas, dentre outros, e a probabilidade de reincidência, o que carece de confirmação científica e acarreta resultados discriminatórios (NUNES; MARQUES, 2019).

Nesse sentido, aponta Harry Surden, professor de Direito da Universidade de Colorado:

Sistemas tecnológicos que utilizam inteligência artificial são cada vez mais utilizados na aplicação do direito. Estes sistemas podem conter valores sutilmente embutidos no seu design tecnológico. Essa observação se torna particularmente importante no contexto do direito, tendo em vista a relevância das questões em jogo, incluindo a perda de liberdade, propriedade ou direitos. Sistemas tecnológicos legais que empregam inteligência artificial demandam cuidados e conhecimentos especiais em seu desenvolvimento, uma vez que o uso de inteligências artificiais pode fomentar problemáticas envolvendo valores que podem ser impactantes, mas difíceis de se observarem. (SURDEN, 2017, p. 5)

Sendo assim, preocupa-se com a utilização de inteligências artificiais no âmbito jurídico pelo fato de serem sistemas de difícil entendimento concreto e que podem resultar em prejuízos para aqueles que buscam uma solução no Poder Judiciário.

## **4.2. A QUESTÃO DA OPACIDADE**

Outro ponto sobre a utilização de algoritmos é quanto à sua opacidade, ou seja, sua falta de transparência do processo produz um resultado que torna seu funcionamento invisível a todos, salvo a matemáticos e cientistas computacionais (O'NEIL, 2016).

Isso resulta que quando a decisão se confirma como equivocada não se pode saber como a IA a produziu. O veredito dos algoritmos se torna imune a discordâncias e reclamações, perpetuando por vezes as desigualdades e contribuindo, inclusive, para o seu crescimento, por meio do *feedback loop*<sup>3</sup> (O'NEIL, 2016).

A falta de transparência e a impossibilidade de se explicar o funcionamento exato dos algoritmos origina um grave problema na área jurídico processual, especialmente quando em referência à atividade jurisdicional.

As opacidades geram sérias implicações a princípios e direitos que norteiam as atividades do Poder Judiciário, sendo obstáculos para se dar publicidade e fundamentação a tais decisões, afetando, conseqüentemente, princípios do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal (CANUT; MEDEIROS, 2018).

Nesse caminho, apresenta-se uma premissa que se propõe a amenizar os problemas que a IA impõe aos princípios da defesa no processo legal, a qual seria que toda decisão judicial tomada com o auxílio de inteligência artificial deve conter essa informação em seu corpo (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

Tal premissa vai ao encontro da publicidade que deve acompanhar as decisões judiciais. A informação de se a decisão foi proferida com o auxílio de IA possibilita aos jurisdicionados exercer a fiscalização, o controle dos atos emanados do Poder Judiciário, como forma de legitimar o exercício da atividade jurisdicional estatal (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

.....  
<sup>3</sup> Algoritmo que tem a execução de um ou mais de seus passos repetido duas ou mais vezes. (ORTH, 2001).

Outro ponto de análise que surge a partir da opacidade dos algoritmos é quanto à responsabilidade civil. Poderia o programador ser responsabilizado pelas falhas de resultados? Se a operação deficiente for de responsabilidade tanto do programador quanto do próprio *machine learning*<sup>4</sup>, como ficaria dividida a responsabilidade? Cabe responsabilidade moral aos algoritmos? (FERRARI e col., 2018).

Tratando sobre a questão da opacidade dos algoritmos, apresenta-se a Carta Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais e respectivo ambiente, proveniente da Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ). Esta propõe que seja seguido o princípio fundamental da transparência, imparcialidade e equidade (CEPEJ, 2018).

Tal princípio dispõe que a transparência técnica total seja adotada, resultando na abertura do código fonte e de documentos utilizados durante a construção do algoritmo. Além disso, também sugere que o sistema seja escrito de maneira clara e familiar, para que, assim, seja possível a explicação dos procedimentos que formaram o resultado final (CEPEJ, 2018).

A Carta, por se tratar de um documento jurídico pertinente à União Europeia, não se aplica ao Brasil, mas é relevante no sentido de que demonstra como a questão vem sendo discutida na Europa, e pode servir como referência para reflexões sobre o tema dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

.....  
<sup>4</sup> Aprendizado de máquina é caracterizado pelo desenvolvimento de técnicas que objetivam prover os softwares com a habilidade de melhorar seu desempenho em uma tarefa aprendendo através da experiência (MITCHELL, 1997).

## 4.1. CONFLITO COM PRINCÍPIOS DO JUSTO PROCESSO LEGAL

Além dos princípios processuais levantados acima, faz-se necessário apontar a questão frente aos princípios do juiz natural e da motivação judicial quanto a tema referente à legitimidade do uso de IA.

O princípio do juiz natural não é mencionado de forma expressa no texto de 1988, porém é deduzido através do artigo 5º em seus incisos, XXXVII; XXXV; LIII; XL (SILVEIRA, 2000).<sup>5</sup>

O princípio dispõe que em caso de provocação do Poder Judiciário e instauração da lide, a prestação jurisdicional deverá ser feita por juízes, tribunais e órgãos previstos na Constituição Federal, garantindo assim ao cidadão a imparcialidade dos julgadores (NOGUEIRA, 2003).

O julgamento, assim, deve ser realizado pela figura de um juiz natural, que é personificado em magistrados devidamente aprovados em concurso público de provas e títulos para o ingresso na magistratura (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

Uma das razões de que a decisão seja proferida por um juiz natural, um ser humano, está no benefício que este traz pela sua vivência. A visão de mundo do magistrado, e conseqüentemente dos fatos, estará impregnada de concepções próprias inerentes à sua formação, as quais irão delimitar qual a solução adequada para as demandas submetidas (MACHADO; CAVALCANTI DIAS, 2019).

.....  
<sup>5</sup> Artigo 5º XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (BRASIL, 1988).

Em relação a tal princípio, entende-se que decisões proferidas por Inteligências Artificiais ferem o direito de julgamento por juiz natural, já que, como já exposto, decisões tomadas pelo computador são fortemente influenciadas pelos valores, crenças e convicções da pessoa que criou a inteligência artificial e não do magistrado, por mais que se busque uma pretensa imparcialidade e superação do subjetivismo (LIMA, 2019).

Dessa forma, considera-se que o uso das Inteligências Artificiais no âmbito das decisões resulta em uma certa crise de legitimidade, já que contrariam o princípio do juiz natural, visto que o trabalho tão somente da máquina não pode ser considerado como válido, devido ao fato de que as decisões devem vir de um magistrado (MUNHOZ; PIO JUNIOR, 2019).

Pode-se, então, estabelecer, em relação ao juiz natural, uma premissa de inconstitucionalidade de decisões tomadas exclusivamente por robôs, sem que tais decisões sejam de alguma forma submetidas à revisão humana, sendo assegurado pela Carta Magna o direito público subjetivo de acesso aos juízes (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

Importante apresentar a possibilidade de um cenário em que o juiz, o ser humano revestido da competência de julgar, torne-se apenas um revisor de matéria proposta pela IA. A não aceitação da minuta proposta pela máquina pode gerar o dever de motivação do juiz ordinário para a rejeição do raciocínio artificial, tirando-lhe assim, a função judicante inicial de escolha, submetida, dessa vez, a uma justificativa por não ter seguido o proposto virtual (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

Assim, surge a preocupação com a possibilidade de transformação do juiz em mero revisor, colocando-se em posição secundária na

aplicação da justiça, podendo significar que a inteligência artificial seja o juiz ordinário da causa (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

De forma subsequente, faz-se necessário apontar relevante questão sobre as motivações judiciais das decisões que devem ser feitas pelos magistrados como obriga a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015.

Quanto ao dispositivo constitucional, refere-se ao artigo 93, inciso IX, que dispõe que todos os julgamentos serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988).<sup>6</sup>

Já no Código de Processo Civil, quando se apresentam as normas fundamentais que devem ser seguidas no processo, no artigo 11º, quando da prova judicial, nos artigos 371º, 489, 479.<sup>7</sup>

.....  
<sup>6</sup> IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

<sup>7</sup> Art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” Art. 489. “São elementos essenciais da sentença: II - Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito (BRASIL, 2015).

Podem-se entender por motivações judiciais as bases lógico-jurídicas do julgamento, as premissas claramente fiadas e o enquadramento dos fatos nos dispositivos legais (CRATELLA JUNIOR, 2006).

A fundamentação judicial, assim, representa uma ampla garantia dos direitos fundamentais, especificamente os princípios de acesso à justiça, ao devido processo legal e à irretroatividade da coisa julgada, implícita à segurança jurídica (SOUZA, 2016).

Sendo assim, o magistrado, para atingir seu objetivo de dar a sentença justa, deve motivar seu julgamento por meio da exposição dos argumentos que o fizeram chegar à conclusão, e para chegar nesse fim, pressupõe-se a aplicação de uma lógica jurídica da argumentação (GILLET; PORTELA, 2018).

A presença da lógica jurídica argumentativa faz notar que a sentença não se trata de algo pronto, já predefinido, mas, assim como o direito, é uma prática argumentativa que depende do processo de interpretação (PERELMAN, 2005).

As sentenças demandam decisões e escolhas por parte do intérprete, assim, percebe-se uma correlata elevação do grau de justificação judicial, que passa a ser o modo de demonstrar a racionalidade da decisão, fundamento necessário de legitimação da intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas (PERELMAN, 2005).

Uma decisão judicial só é concluída após o processo de fundamentação, já que não se pode haver decisão sem antes a sua justificação. É equivocado afirmar que o juiz primeiro decide para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento, a justificação (STRECK, 2020).

Pode-se, então, compreender que a decisão formulada por uma máquina fere o princípio da motivação das decisões judiciais, além dos artigos do Código de Processo Civil, o Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (MUNHOZ; PIO JUNIOR, 2019).

Decisões proferidas por algoritmos adentram na possibilidade de produzirem, além de decisões padronizadas que não se moldam às particularidades do caso concreto, decisões que não enfrentam os argumentos apresentados pelas partes, que poderia influenciar na convicção do julgador (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

Lenio Luiz Streck critica a substituição do exame de recursos e petições por robôs, o que, segundo o jurista, significa, nos tribunais, a perda de efetividades qualitativas, trocadas por efetividades quantitativas, prejudicando milhões de pessoas em seus direitos fundamentais. Robô não fundamenta (STRECK, 2019).

Nesse sentido, Streck afirma que uma decisão não pode ser simplesmente escolher aquela que lhe parece mais correta, uma vez que decidir não é sinônimo de escolher (STRECK, 2013).

Difere-se da escolha por esta pressupor sempre um juízo avaliativo subjetivo para a eleição das opções, e é nesse momento em que se retoma a moral (e outros predadores, como a política e a economia) como apelo corretivo, e quem sucumbe às tentações tecnológicas é a autonomia do Direito (BOSCATTO, 2019).

Uma sentença elaborada por um algoritmo parece pressupor que o processo jurisdicional se apresenta como uma mera escolha dentre várias disponíveis, não levando em conta a importância de uma hermenêutica e de valores éticos, sociais e morais que devem estar presentes no processo jurídico justo (OLIVEIRA; COSTA, 2018).

## 4.2. TECNIFICAÇÃO DO DIREITO

Aprofundando a questão das decisões efetuadas por algoritmos, tem-se a problemática maior que envolve a possível transformação do fazer direito em pura técnica, sua tecnificação que resulta em uma desvinculação da racionalidade humana da atividade.

A compreensão de que o fazer jurídico se iguala à técnica é derivação da corrente de pensamento do positivismo jurídico, que deseja aproximar o máximo possível o estudo do direito das ciências. Nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais (BOBBIO, 1995).

A doutrina de pensamento deseja, então, que a ciência jurídica apresente a mesma característica fundamental das outras ciências tidas como modelos, tendo como característica fundamental um caráter avalorativo, excluindo, assim, os juízos de valor, apenas acolhendo os juízos de fato (BOBBIO, 1995).

Tal característica fundamental pretendida tenciona retirar a análise sobre o conteúdo, a realidade deve ser contemplada de forma meramente informativa, sem qualquer influência do observador para com o objeto de observação (SCREMIN, 2004).

A ideologia típica de todo o positivismo jurídico consiste, segundo Bobbio, em afirmar “o dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal”. Tal afirmação encontra subsídio histórico na formação do Estado moderno, onde a lei se torna a única fonte do direito, e encontra no direito estatal-legislativo seu critério único e exclusivo para valoração do comportamento social do homem (BOBBIO, 1995).

O Estado moderno, assim, definiu-se como única fonte do Direito válida, podendo, somente ele falar o justo. Disso surge o que Mascaro define como fetiche de uma justiça intrínseca ao Estado burguês (MASCARO, 2018).

Os juristas, nesse cenário, encontraram na segurança que esse sistema proporciona um fato muito mais relevante do que o próprio justo de cada situação específica. Tornaram-se, assim, operadores de uma máquina que não para, e é operada com máxima previsibilidade possível (MASCARO, 2018).

Após o estabelecimento dessa visão, o próximo passo, afirma Mascaro, é o da conversão da atividade jurídica em ação técnica. Segundo ele, o direito passa a ser compreendido como uma mera técnica de operação de instrumentos jurídicos, preocupado somente com a norma, a sentença, o processo legislativo, o ordenamento (MASCARO, 2018).

Um dos maiores nomes do juspositivismo, Hans Kelsen, apresenta uma definição de direito bastante sintetizadora da doutrina juspositivista. Segundo o autor, direito seria “a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em curso de conduta contrária” (KELSEN, 1952).

Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen se esforça para purificar a ciência jurídica de toda e qualquer interferência que não seja propriamente jurídica. Propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito (KELSEN, 1939).

Em crítica destinada à compreensão de Kelsen, Mascaro aponta que a teoria criada pelo jurista e filósofo austríaco capitaneia o tecnicismo

do jurista contemporâneo na medida em que está arraigada da avaliação do aparecer factual do direito e sua concreção social, tornando-se o pensador padrão da prática do jurista técnico contemporâneo (MASCARO, 2018).

Pretendendo manter a retórica de que direito se resume à lei, a dogmática se fundamenta no monismo, na estatalidade e na racionalidade, fazendo com que o estudo científico jurídico se faça a partir da lei, excluindo a indagação histórica interdisciplinar, bem como a indagação metafísica (SCREMIN, 2004).

Assim, o direito é levado a ser interpretado por muitos como uma simples técnica, uma técnica impassível das contradições do direito e da realidade. O juspositivismo, assim, fomenta a tecnificação contemporânea do direito, conseguindo cativar o jurista, sem crítica, aos acordes que, mínimos e formalistas tecnicamente, entoaram-se universalmente (MASCARO, 2018).

Percebe-se que a ideia de proximidade entre técnica e direito não é atual, é desenvolvida desde o século XIX. No entanto, o que aqui se busca enfatizar é que as tecnologias, como se buscam implementar no âmbito jurídico, reproduzem de maneira mais clara a compreensão direito-técnica, indo muito mais além em suas consequências.

Assim, preocupante é a visão simplista de que o direito pode ser compreendido como uma pura técnica, admitindo a possibilidade de que o simples domínio da técnica já seria suficiente para operar o direito.

Esse tipo de visão é impulsionado quando se vê a aplicação da IA no âmbito do direito, já que se passa a impressão de que o simples manuseio dessas técnicas já confere saber jurídico. Pensar o direito além da técnica possibilita tratar de forma ampla, complexa e profunda

as questões do Direito (GABRIEL, 2012), uma reflexão filosófica se faz necessária para se chegar ao Direito legítimo (NADER, 2005).

Destarte, percebe-se que o Direito tratado de forma técnica se assemelha em muito com a metáfora que compara o exercício do fazer jurídico com um mero jogo de xadrez. Um jogo de meras regras aplicadas à maneira tudo-ou-nada (BOSCATTO, 2019).

Um Direito resumido à moda positivista de uma programação codificada sob a lógica binária, ou seja, a partir de combinações de algoritmos pré-dispostos com capacidade, sim, de indicar, dentro dessa estrutura estática, alguma probabilidade, com grau de certeza (BOSCATTO, 2019).

Diante disso, percebe-se um cenário de intenso desenvolvimento tecnológico justificado em muito por uma ideologia que se destina ao culto da velocidade, eficiência, em respostas rápidas aos problemas que surgem.

Assim, discute-se que o desenvolvimento tecnológico não se comporta de modo neutro, mas é realizado visando a um objetivo, uma função. As decisões tecnológicas parecem adotadas em função da eficiência (CUPANI, 2011).

Segundo Andrew Feenberg, a tecnologia não se reduz a relações de produções, nem conhecimento técnico, se reduz à ideologia (FEENBERG, 2002). Afirma que existe um certo código social da tecnologia, este vinculado com a eficiência (CUPANI, 2011).

Esse código social da tecnologia pode ser chamado também de código técnico do capitalismo, em que a eficiência tem como mais importante medida o proveito nas vendas de mercadorias. A esse código, subordina-se toda outra consideração e por ele são ignoradas outras

preocupações (como a qualidade de vida, a educação, a justiça social ou a proteção do meio ambiente), reduzidas a meras “externalidades” (CUPANI, 2011).

Cupani demonstra a crítica feita por Feenberg à tecnologia, sobre sua suposta neutralidade. Para este, a tecnologia encarna valores antidemocráticos provenientes da sua vinculação com o capitalismo e manifestos numa cultura de administradores (*managers*), que enxergam o mundo em termos de controle, eficiência (medida pelo proveito alcançado) e recursos (CUPANI, 2011).

E é nesse sentido que caminha o Direito, em uma busca por tecnologias que atendam aos critérios de fomentação da eficiência nos processos judiciais, tomando o caminho de uma neoliberalização do sistema de justiça, que se preocupa com o tempo de duração dos processos e com a sua necessária redução em termos de lapso temporal e de quantidade material (MORAIS; HOFFMAM, 2016).

Desse modo, o Direito se alia a certas tecnologias para buscar velocidade nas decisões, estas tomando formas de mercadorias, fazendo com que o espaço processo-decisório obedeça à razão cínica mercadológica, qual seja, produzir mais decisões — mercadorias — em menos tempo — com menos custo (MORAIS; HOFFMAM, 2016).

Assim, surge a preocupação quanto às decisões judiciais tomadas por intermédio de *softwares*. Teme-se que a tecnologia alavanque a lógica mercadológica, produzindo uma industrialização das decisões judiciais, afastando-se cada vez mais da riqueza de elementos que cada caso concreto apresenta (ROQUE; DOS SANTOS, 2019).

## CONCLUSÃO

Retomando a afirmação entusiástica de Lenina Crowne de que o progresso é uma coisa maravilhosa, pretende-se concluir este trabalho. Justamente essas palavras proferidas por Lenina, de que o progresso é algo maravilhoso, parecem conter todo um ânimo que se percebe no presente momento histórico, um sentimento de admiração acrítica em relação aos avanços tecnológicos.

O momento pós-moderno, perigosamente, permite que certos ânimos sejam desenvolvidos e acolhidos sem passarem por um crivo reflexivo e crítico. Bittar diz que os tempos pós-modernos são tempos de profunda apatia intelectual, de derrocada de paradigmas do direito e de justiça, e que a reflexão é, ao mesmo tempo, impedida de se realizar.

Problematizando esse fenômeno que parece ser íntimo desse tempo, este trabalho procurou apontar algumas críticas ao processo de tecnificação em que o Direito tem se inserido.

Viu-se que a ferramenta tecnológica das Inteligências Artificiais promoveu no âmbito jurídico inúmeros efeitos que, através de uma visão otimista, acrítica, são considerados avanços de grande valia ao mundo do Direito.

Aposta-se em algoritmos para a obtenção de respostas, leituras, interpretações, pesquisas e, de forma mais preocupante, para a produção de sentenças em tempo recorde nos tribunais.

As mudanças promovidas e desejadas por meio da tecnificação do Direito são promovidas por uma ideologia, não totalmente nova, mas que ganhou ainda mais força atualmente; trata-se da neoliberalização do sistema de justiça.

Tal ideologia, como foi demonstrado, permite que o Direito e a Justiça sejam contemplados através de uma razão cínica mercadológica, na qual se glorificam a produção em massa de decisões, cada vez em menor tempo e com menor custo.

Apontou-se, posteriormente, que a justificativa do aumento da tecnificação jurídica também é impulsionada pela corrente do juspositivismo, que ainda hoje fomenta, cativa inúmeros operadores do Direito.

Tal corrente convertendo a prática jurídica em mera ação técnica resulta na compreensão de que a simples operação de instrumentos jurídicos já garante um entendimento do que é o Direito e o sobre o que se trata o fazer justo.

Esse entendimento, como se apontou, impulsiona a aplicação das IA no âmbito jurídico, pois traduz toda uma cultura jurídica em uma simples lógica binária de algoritmos, não mais se atentando para a interdisciplinaridade que deveria ser buscada na aplicação da justiça, excluindo análises históricas e metafísicas.

Mais especificamente quanto às inteligências artificiais, pontuaram-se algumas críticas quanto à sua utilização. Primeiro a questão da opacidade dos algoritmos, estes são tecnologias desconhecidas por grande parte da população, abrangendo a parcela de juristas. Como pode algo que nem mesmo juízes conhecem julgar o caso de alguém? Além disso, aponta-se o possível ataque a princípios e direitos, como o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

Debruçou-se também quanto à relação da IA com certos princípios jurídicos. Viu-se que o implemento de tais ferramentais pode ferir o

princípio do juiz natural quanto à sua validade, e ao perigo de transformar o magistrado, legítimo aplicador da justiça, em mero revisor.

No que se refere ao princípio da motivação judicial, expôs-se que decisões construídas por juízes eletrônicos podem não ter levado em conta as especificidades de cada caso, tratando o processo jurisdicional como mera escolha entre um rol de possibilidades previstas, não atentando a valores éticos, sociais e morais que devem ser contados pelo juiz.

Destarte, através deste trabalho, procurou-se explorar algumas temáticas que refletem a investida acrítica da tecnologia incentivada por parte de entusiastas. Vê-se um ânimo para atualizar o Direito, mas aqui se pergunta se realmente é necessário que a prática jurídica se atualize dessa maneira.

Não se posiciona contra a tecnologia, mas levanta-se um posicionamento crítico-filosófico a fim de fomentar a reflexão quanto ao emprego acrítico dessas tecnologias. Como afirma Lenio Luiz Streck quando diz que o fato de se colocar contra a bomba atômica não quer dizer que se defende uma guerra de espadas e de botoques (STRECK, 2019).

Faz-se importante que essa temática seja exaustivamente discutida no âmbito jurídico, diante dos riscos e problemas já levantados, bem como em razão de outras consequências que podem advir da relação entre o direito e a tecnologia, mas que ainda não foram descortinadas.

É preciso, portanto, aprofundar a discussão acadêmica a fim de que diferentes soluções sejam pensadas, de modo a contribuir para a preservação, ou restauração, de uma ideia de direito vinculada ao justo e conciliada com o uso da inteligência artificial.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução: Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECKER, Daniel; LAMEIRÃO, Pedro. Better call ROSS. *Direito da inteligência artificial*. Disponível em: <<https://direitodainteligenciaartificial.com/2017/07/05/better-callross>>

BEORRELLI, Isabela. *Dra. Luzia, da Legal Labs, realiza 90% das petições de massa com IA*. In: StartSe, 6 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/legal-labs-lawtech>.

BITTAR, Eduardo C. B. *A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito*. In: Revista Direito & Práxis, Vol. 10, N. 02, 2019.

BITTAR, Eduardo CB. *O direito na pós-modernidade*. Editora Atlas SA, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONOME, José Roberto; CARVALHO, Antônio Alves; RIBEIRO, Gracy Tadeu Ferreira. *DIREITO E LITERATURA LAW AND LITERATURE*. Books, 2007.

BORATTI, Isaias Camilo. *Introdução à Programação: Algoritmos*. Florianópolis: Visual

BOSCATTO, Muriele de Conto. *Por uma fundamentação democrática: a diferença entre decidir e escolher*. Tese Mestrado em Direito - Complexo de Ensino Superior Meridional. Passo Fundo. 2015.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANUT, Leticia; MEDEIROS, Heloísa Gomes. *O princípio da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais frente a utilização de algoritmos no desempenho da atividade jurisdicional e dos atos processuais*. In: XXVII Congresso Nacional do Conpedi, Porto Alegre. 2018.

CEPEJ. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. [S.l: s.n.], 1997.

CUPANI, Alberto. *Filosofia da tecnologia: um convite*. Editora da UFSC, 2016.

DA SILVEIRA, Michele Costa. *Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, n. 18, 2000.

DE ANDRADE, Mariana Dionísio et al. *INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O RASTREAMENTO DE AÇÕES COM REPERCUSSÃO GERAL: O PROJETO VICTOR E A REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO*

DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 1, 2020.

DE FERNANDES TEIXEIRA, João. *O que é filosofia da mente*. Repositório Institucional UFSC, 2009.

DE MELO, João Ozorio. *Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA*. In: Revista Consultor Jurídico, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robo-advogado-eua>.

DE SOUZA GÓES, Andréa Carla et al. *A obra “Admirável Mundo Novo” no ensino interdisciplinar: fonte de reflexões sobre Ciência, Tecnologia e Sociedade*. Revista Ciência & Educação, v. 24, n. 3, p. 563-580, 2018.

DE SOUZA SCREMIN, Mayra. *Do positivismo jurídico à teoria crítica do direito*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 40, 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-13/suporte-litigios-inteligencia-artificial-computadores-julgar>

DOS SANTOS, Laymert Garcia. *Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. Editora 34, 2011.

FEENBERG, A. *Transforming technology: a critical theory revisited*. Oxford University Press, 2002.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação*

*das decisões informadas por algoritmos*. Revista dos Tribunais| vol, v. 995, 2018.

FERRES JUNIOR, João. *Introdução a uma Crítica da Modernidade como Conceito Sociológico*. Revista Mediações, Londrina, v. 15, n. 2, 2010.

FREITAS, Juarez. *Direito Administrativo e inteligência artificial*. Interesse Público. Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019

GABRIEL, José Luciano. *Finalidades da filosofia do direito*. In: Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/finalidades-da-filosofia-do-direito/>

GILLET, Sérgio Augusto da Costa; PORTELA, Vinícius José Rockenbach. *Breves conexões entre a motivação das decisões e o ampo da inteligencia artificial*. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 18 (34): 153-171, jan-jun, 2018.

GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. *European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”*. AI magazine, v. 38, n. 3, p. 50-57, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Póliticos*. Tradução de Márcio Seligmann. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HERMANN, Nadja. *Ética e estética: a relação quase esquecida*. Edipucrs, 2005.

HOFFMAM, Fernando; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO FACE À NEOLIBERALIZAÇÃO DO*

*SISTEMA DE JUSTIÇA*. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 36, n. 1.

HUXLEY, Aldous. *“Admirável Mundo Novo”*. Editora Globo. Rio de Janeiro, 1932.

KAMAYURÁ, Uyara. *AGU aposta em inteligencia artificial e automação de processos para agilizar trabalhos jurídicos*. In: Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100362832/agu-aposta-em-inteligencia-artificial-e-automacao-de-processos-para-agilizar-trabalhos-juridicos>

KARAM, Henriete. *Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto sujeito gordo! de Machado de Assis*. Revista Direito GV, [S.l.], v. 13, n. 3, p. 827-865, jan. 2018.

KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. *Teoria pura do direito*. Saraiva, 1939.

LIMA, Robson Mota dos Santos. *As novas tecnologias no judiciário brasileiro: uma análise da implementação da inteligência artificial em substituição ao juiz natural*. Trabalho de conclusão de curso - Centro Universitário UNIFACIG. 2019.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACHADO, Maria de Abreu Ferreira; DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti. *Inteligência artificial e juiz natural - quando a previsibilidade e a padronização podem tomar o assento do juiz*

*ordinário*. In: *Processo, administração e jurisdição da justiça e Formas consensuais de solução de conflitos* - Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza. 2019

MARQUES, Ana Luiza; NUNES, Dierlene. *TECNOLOGIA X DIREITO: Algoritmo - o risco da decisão por máquinas*. In: *Revista Bonjuris*, ano 31, ago/set 2019.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2018.

MITCHELL, Tom. *Machine Learning*. MacGraw-Hill Companies. Inc., Boston, 1997.

MORAES JUNIOR, Vilso Elizeu de. *Possibilidade jurídica constitucional de substituir agentes públicos políticos por inteligência artificial (IA) no âmbito da Administração Pública*. Trabalho de conclusão de curso em Direito – Universidade do Sul de Santa Catarina. 2019.

MOTTA, Fabrício. *Inteligência artificial e agilidade nas licitações públicas*. In: *Revista Consultor Jurídico*, 29 de agosto de 2019. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/inteligencia-artificial-agilidade-licitacoes-publicas#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/inteligencia-artificial-agilidade-licitacoes-publicas#_ftnref1).

MUNHOZ, Lucas Francisco Camargo; PIO JUNIOR, Rafael Luiz Santos. *Introdução à aplicação da Inteligência Artificial no Judiciário*. In: *JOTA*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/introducao-a-aplicacao-da-inteligencia-artificial-no-judiciario-14062019>

NADER, Paulo (2005). *Filosofia do Direito*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. *O juiz natural e o processo penal: comentários à luz da Constituição do Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, 31 de agosto de 2003. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-14/o-juiz-natural-e-o-processo-penal-comentarios-a-luz-da-constituicao-do-brasil/>

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. *Revista dos Tribunais online*, v. 285, p. 421-447, 2018.

OAB. *OAB cria coordenação para discutir regulamentação do uso de inteligência artificial*. 03 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/oab-cria-coordenacao-para-discutir-regulamentacao-do-uso-de-inteligencia-artificial/>

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. *Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial*. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 4, n. 2, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. Broadway Books, 2016. Oxford University Press, 2002. (Ed. revisada de *Critical theory of technology*, 1991).

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIERRO, Bruno. *O mundo mediado por algoritmos*. In: *Revista FAPESP*, ed. 266, abril. 2018.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *A pós-modernidade e o interesse público líquido*. Revista de Direito Administrativo & constitucional, v. 13, n. 52, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

ROQUE et al. *Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas*. In: Revista Migalhas, 25 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/315821/inteligencia-artificial-na-tomada-de-decisoes-judiciais-tres-premissas-basicas>

ROQUE, André Vasconcelos et al. *Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas*. In: Revista Migalhas, 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/315821/inteligencia-artificial-na-tomada-de-decisoes-judiciais-tres-premissas-basicas>.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 25

STF. *Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feitos em 5 segundos*. In: Notícias STF, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>

STF. *Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. In: Notícias STF, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>

STOPANOVSKI, Marcelo. *Inteligência artificial de computadores poderá nos julgar?*

STRECK, Lenio Luiz. *Estamos condenados a interpretar*. In: Estado de Arte. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Que venham logo os intelectuais para ensinarem aos especialistas*. In: Revista Consultor Jurídico, 30 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/senso-incomum-venham-logo-intelectuais-ensinarem-aos-especialistas>

SURDEN, Harry. *Values Embedded in Legal Artificial Intelligence*. *U of Colorado Law Legal Studies Research Paper* n. 17-17. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2932333]

TJMG. *Plataforma Radar aprimora a prestação jurisdicional*. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJMG, 20 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XvnVXyhKi01>

VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores: as novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do Direito e do trabalho dos juristas*. Tese de Doutorado – UFMG. 2018.

WALTERS, Miranda. *LONDON LAW FIRMS EMBRACE ARTIFICIAL INTELLIGENCE*. In: CBRE. 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://news.cbre.co.uk/london-law-firms-embrace-artificial-intelligence/>