

# THEMISRevista

JURÍDICA

Volume 04 • Número 06 • Jan-Jun 2023



REVISTA DE  
PESQUISA  
CIENTÍFICA

# THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 04

Número 06

Janeiro - Junho 2023

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

**THEMIS REVISTA JURÍDICA - ISSN 2763-8243 | ISSN-e 2763-8243**

DOI: [doi.org/10.55386/themis](https://doi.org/10.55386/themis)

Volume 04 - Número 06

Janeiro - Junho 2023

### **CONSELHO EDITORIAL**

Editor chefe: Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor adjunto: Prof. Dr. João Paulo Vani

Secretária adjunta: Larissa Rodrigues Serafim da Silva

Revisão de texto: Célia Regina Cavicchia Vasconcelos

Produção gráfica: Grupo Editorial HN

### **CONSELHO CIENTÍFICO - BRASIL**

Prof. Dr. Gentil de Faria

Prof. Dr. José Roberto Castro Neves

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

Prof. Dr. José Affonso Dallegre Neto

### **CONSELHO CIENTÍFICO - EXTERIOR**

Prof. Dr. João Leal Amado (Portugal)

### **AUTOR CORPORATIVO**

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

Rua Fuad Jorge Goraieb, nº 190, Sala C, Jd. Pinheiros

15091-340 – São José do Rio Preto – SP

CNPJ 30.921.021/0001-00

**THEMIS**Revista  
JURÍDICA

REVISTA DE  
PESQUISA  
CIENTÍFICA

## PREFÁCIO

Sejam bem-vindos ao sexto volume da Revista Jurídica Themis, uma plataforma diferenciada, dedicada à exploração e análise do Direito. Em uma época em que os desenvolvimentos jurídicos moldam a estrutura da sociedade, esta revista se soma às muitas outras iniciativas, como um farol de conhecimento, percepção e discurso crítico para profissionais do direito, acadêmicos e entusiastas.

A Revista Jurídica Themis vem sendo editada com o objetivo de tornar-se um canal vital para a disseminação de pesquisas de ponta, julgamentos inovadores e comentários instigantes no âmbito do Direito. Nossos estimados colaboradores, que incluem eminentes acadêmicos, profissionais e especialistas em Direito, oferecem perspectivas diversas sobre uma ampla gama de tópicos jurídicos, do Direito Constitucional à Justiça Criminal, do Direito Comercial aos Direitos Humanos.

Nas páginas deste volume os leitores encontrarão artigos cuidadosamente selecionados, análises de casos, atualizações legislativas e ensaios acadêmicos que esclarecem as complexidades do Direito. Nosso objetivo é promover uma compreensão mais profunda dos princípios jurídicos, incentivar o pensamento crítico e facilitar discussões significativas sobre as questões jurídicas urgentes de nosso tempo.

Reconhecendo a importância do Direito comparado e a interação entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, adotamos uma perspectiva global, reconhecendo a natureza cada vez mais interconectada da prática jurídica e dos estudos. Nosso compromisso com a excelência, a precisão e o rigor intelectual garante que o conteúdo apresentado nesta revista seja da mais alta qualidade, tornando-a um recurso indispensável para profissionais e acadêmicos do Direito que buscam informações confiáveis e atualizadas.

Estendemos nossa gratidão aos nossos estimados colaboradores por suas inestimáveis percepções e esforços incansáveis no avanço do discurso em torno do direito. Também expressamos nosso sincero agradecimento à equipe editorial, cuja dedicação e experiência transformaram esta revista em uma publicação confiável e impactante.

Ao embarcarmos juntos nessa jornada intelectual, convidamos você a mergulhar nas páginas da Revista Jurídica Themis, explorar as complexidades do direito e juntar-se a nós na busca pelo conhecimento e esclarecimento jurídico. Juntos, vamos contribuir para o desenvolvimento e a compreensão contínuos do Direito brasileiro e seu profundo impacto na sociedade.

Boa leitura a todos !

**Paulo Cesar Baria de Castilho**  
**Editor-Chefe**

# SUMÁRIO

<b>A Lei n. 14.230/2021 e as decisões do Supremo Tribunal Federal: a Improbidade Administrativa brasileira no século XXI</b>	<b>07</b>
Estevan Pietro	
<b>Os criptoativos e a execução no Processo Civil e no Processo Trabalho</b>	<b>31</b>
Davi Quintiliano Welton Rubens Volpe Vellasco	
<b>Smarts Contracts: algumas linhas sobre a perspectiva do Direito Contratual brasileiro</b>	<b>65</b>
Ronaldo Guaranha Merighi	
<b>A Terrível Justiça: o respeito à diversidade e ao princípio da laicidade do Estado</b>	<b>95</b>
Wagner Quadros Ariane Alves de Quadros	
<b>Ceticismos realistas, razão prática e razão jurídica na atividade legislativa</b>	<b>113</b>
Henrique Mello	
<b>O Orientalismo na interpretação do Direito Muçulmano</b>	<b>135</b>
Henrique José Rosa Pelicano	
<b>Provedores de aplicação e os Direitos Autorais</b>	<b>151</b>
Rubia Maria Ferrão de Araújo	

<b>A capitalização das <i>startups</i> no Vale da Morte via <i>Vesting Agreement</i></b>	<b>175</b>
Maria Eugênia Reis Finkelstein Isabela Porto de Almeida	
<b>O paradigma sistêmico como fundamental para a compreensão do direito ecológico</b>	<b>185</b>
Nicolau Cardoso Neto Luiza Sens Weise	
<b>Os efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade da Súmula n. 450 do Tribunal Superior do Trabalho pela ADPF n. 501 do Supremo Tribunal Federal</b>	<b>201</b>
André Araújo Molina Fernanda Amabile Marinho de Souza Gomes	
<b>Normas para publicação na Revista THEMIS</b>	<b>217</b>

# A LEI N. 14.230/2021 E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA NO SÉCULO XXI

*Law 14.230/2021 and the decisions of the Federal Supreme Court: Brazilian Administrative Improbity in the 21st century*

**Estevan Pietro<sup>1</sup>**

**ÁREA:** Direito Público. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como propósito discutir os movimentos que impulsionaram modificações no regramento da improbidade administrativa no Brasil. O artigo busca traçar percurso através dos diferentes contextos históricos e enquadramentos jurídicos da improbidade no Brasil ao longo dos anos com menção aos temas significativos que envolveram os debates para as produções legislativas mais significativas sobre o tema, especialmente quanto a Lei nº 14.230/2021 e os recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, apresentando novo e importante capítulo na história do direito brasileiro com o propósito de, sem prejudicar preservação à probidade administrativa, atenuar os excessos constatados no regramento anterior.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei de Improbidade Administrativa. Lei nº 14.230/2021. Repercussão Geral. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** This work aims to discuss the movements that changed Brazilian improbity norms. The purpose of this article is to trace a context

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra (FDUC/Portugal). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP). Pós-graduando em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE/Portugal). Associado ao Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN. Diretor Jurídico da Câmara Municipal de São José do Rio Preto. Advogado.

into the different historical backgrounds and legal frameworks of the Brazilian improbity over the years, within the debates for most important legislative productions into the Brazilian improbity norms, especially the Law nº 14.230/2021 and the recent positions from the Brazilian's Supreme Court which introduced a new and important chapter on the subject with the purpose of, without harming the guarantee of administrative probity, mitigate the excesses found in the previous improbity regulation.

**KEYWORDS:** Administrative Improbity Act. Law nº 14.230/2021. General Repercussion. Direct Action of Unconstitutionality

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Improbidade Administrativa de ontem: o percurso para promulgação da Lei nº 8.492/1992 e o apagão das canetas. 2. A Improbidade Administrativa de hoje: o filtro normativo da LINDB e a calibragem necessária com a Lei nº 14.230/2021. 3. A Improbidade Administrativa do quase amanhã: as posições conhecidas e desconhecidas do Supremo Tribunal Federal perante a redação da Lei nº 14.230/2021. Considerações finais. Referências

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 14.230 de 25.10.2021, o tema da improbidade administrativa vive dias de grande modificação no Brasil. A nova redação trouxe direito positivo e jurisprudencial absolutamente distinto daquele vigia: apenas dois artigos mantiveram a redação original da Lei nº 8.429/1992 e inúmeras alterações vão de encontro as teses firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sejam aquelas firmadas pela sistemática dos recursos repetitivos ou não.

Menos de dois meses de sua vigência, a referida Lei foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs 7042 e 7043) propostas pelas associações nacionais dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) questionando a legitimidade exclusiva do Ministério Público para propositura da ação de improbidade e para continuidade daquelas que estão em trâmite.

Igualmente, os questionamentos escalaram ao ponto do Ministro Alexandre de Moraes reconhecer repercussão geral (Tema 1199) para definição de eventual retroatividade da Lei nº 14.230/2021, correspondendo, no primeiro

momento, ao grande embate desta nova sistemática. Interessante destacar que a nova redação não faz qualquer menção a retroatividade, mas esclarece que, naquilo que couber, os princípios constitucionais de direito administrativo sancionador serão aplicados (art. 1º, §4º), o que atrairia, em tese, o disposto no art. 5º, inc. XL, CF).

Ainda, em setembro de 2022, as Associações Nacionais dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e dos Procuradores da República (ANPR) ingressaram com Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 7236 e 7237) questionando diversos pontos de inovação apresentados pela Lei nº 14.230/2021.

Diante desta efervescência de questionamentos envoltos no nova LIA, o presente artigo busca afirmar a necessidade de uma Lei dos nossos tempos e, como tal, que assim seja interpretada, promovendo a chance excepcional do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, de, ainda que claudicante, dar passos mais significativos a respeito da estreita relação da Lei de Improbidade Administrativa com o Direito Administrativo Sancionador (DAS) e seus institutos.

## **1. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE ONTEM: O PERCURSO PARA PROMULGAÇÃO DA LEI N. 8.492/1992 E O APAGÃO DAS CANETAS**

Desde o século XIX, a probidade administrativa esteve presente como bem juridicamente protegido, no âmbito dos denominados crimes de responsabilidade. O Decreto nº 30 de 8.1.1892 tratava “crimes contra a probidade da administração” (capítulo VI) de responsabilidade do Presidente da República (art. 1º). Já no século XX, a Lei nº 1.079/1950 preservou a mesma intenção (art. 4º, inc. V e art. 9º).

Ainda tangenciando o tema de improbidade administrativa, a Lei nº 3.502/1958 inova no ordenamento. O seu projeto (PL. nº 505 de 1955), de propositura do então deputado Olavo Bilac Pinto, objetivava dar concretude infraconstitucional a última parte do §31, do art. 141 da Constituição de 1946 em que estabelecia que “lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Influenciado pelo pós-guerra e a crise do Estado Novo, absorvendo e lidando com os efeitos de transição do abstencionista (liberalismo) para intervencionista (FRANCO, 1958, p. 96), a década cinquenta do século passado sentia vivamente a transição de modelo e objetivo do Estado. Em outras palavras: “a lógica liberal de confrontação e de exclusão surge substituída (ou, pelo menos,

complementada) por uma lógica de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração” (GONÇALVES, 2008, p. 141).

A Constituição de 1946 apresentava traços do *Welfare State*, trazendo amplitude da atuação estatal (incluindo intervenção no domínio econômico) e, segundo Bilac, a autonomia dada aos administradores não detinha contrapartida efetiva de fiscalização. Por esta ausência e, inspirado na mensagem do Presidente dos Estados Unidos Harry S. Truman ao Congresso norte-americano solicitando elaboração de lei que gerasse a obrigatoriedade de os servidores públicos depositarem em registro público informações sobre as origens de seus bens e rendas, apresentou, em 3 de agosto de 1955, o PL 505 que, posteriormente, resultou na Lei nº 3.502/1958 (BRASIL, 1955).

A preocupação da Lei nº 3.502/1958 e do próprio texto constitucional era direcionada apenas para pessoas físicas e servidores públicos, dirigentes, empregados de autarquias ou equiparados (art. 1º). E, limitando mais o escopo, a legislação buscava disciplinar a constrição patrimonial das pessoas acima mencionadas, apenas nos casos de enriquecimento ilícito.

Em termos de enfrentamento da improbidade administrativa, apesar da positiva inovação legislativa, as limitações tornavam a lei consideravelmente embrionária para este propósito, muito embora esta e a Lei nº 3.164/1957 – que também disciplinou a perda de bens em favor da Fazenda Pública de servidores que tenham adquiridos bens por influência ou abuso de cargo (art. 1º) – fossem as produções legislativas mais contundentes até a Lei nº 8.429/1992.

Décadas depois, a promulgação da vigente Constituição Federal inova o ordenamento e, quebrando a ancestralidade de indiferença ao tema, eleva a improbidade administrativa ao patamar constitucional.

No capítulo destinado a Administração Pública, o §4º do artigo 37 estabelece que aquele que cometer atos de improbidade administrativa sofrerá, como sanção, suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, de acordo com o que for previsto em lei e “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Interessante o destaque de que no projeto que culminou na constituição de 1988 (“Projeto Afonso Arinos”), inicialmente elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais no ano de 1986, não havia qualquer menção ao combate a improbidade administrativa (BRASIL, 1986). O tema alçou status constitucional na Comissão de Sistematização de 24.09.1987 e, por meio de emenda de n. 2039, o texto conhecido foi aprovado pelo plenário (NEISSER, 2019, p. 66).

A ideia de que improbidade fosse considerada espécie de crime foi ventilada – e rechaçada – nos debates que compuseram a Assembleia Nacional Constituinte. A proposta apresentada por Hélio Costa (emenda nº 559) classificava a improbidade administrativa como crime e, não suficiente, inafiançável. E após inúmeras emendas e debates, o texto constitucional conhecido (art. 37, §4º, CF/88) adveio da aprovação parcial da emenda nº 2039.

Estas emendas exemplificam a dificuldade da compreensão do que seria improbidade e, como forma de apresentar algum esclarecimento, a fixação de conceito poderá ser o melhor passo inicial. O conceito de improbidade não é unívoco, mas o ponto inicial para sua construção poderia ser a partir da probidade administrativa.

Afinal, “a conceituação de um é resultado da inaplicação do outro, o que configura recurso hermenêutico de grande valia para evitar imprecisões de incidência normativa” (AGRA, 2019, p. 59). Ao entender que a probidade seria moralidade administrativa que recebeu tratamento constitucional especial, pode-se dizer que improbidade seria “uma imoralidade administrativa qualificada” (SILVA, 1998, p. 647).

Igualmente, como referendado posteriormente pela jurisprudência, não há proximidade da improbidade com a mera ilegalidade, ou seja, “a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave” (STJ, voto do relator no Resp. 1.193.248/MG, 1ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dj. 24.04.2014).

Retornando ao texto constitucional e diante da expressa previsão, era necessária norma infraconstitucional regulamentadora que, ao mínimo, estabelecesse forma e gradação das sanções impostas para aqueles que praticassem ato ímprobo (suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário).

Na Câmara dos Deputados, Casa do Parlamento que inaugurou os trabalhos para regulamentar o art. 37, §4º da Constituição de 1988, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1446 de 14 de agosto de 1991 que desconsiderava o novo contexto constitucional e histórico.

Na essência, o PL nº 1446/1991, mesmo com 302 emendas em seu trâmite, nada inovava. Em treze artigos, detinha as mesmas características da Lei nº

3.502/1958 e assim seguiu com a premissa simplista, já travada na década de cinquenta, de que improbidade ocorreria apenas no caso enriquecimento ilícito.

Encaminhado para o Senado e, identificado como Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 94, de 1991, ocorreu a apresentação de substitutivo ao PLS. Ao apresentar o substitutivo (com 37 artigos), o senador Pedro Simon esclareceu que este seria, de fato, inovador. O substitutivo não teria o enriquecimento ilícito como única hipótese capaz de configurar ato ímprobo, mas expôs fórmula de quatro hipóteses: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário; condutas que atentam aos “princípios reitores da administração pública”; e, agentes públicos que, mediante forma abusiva ou ilegal, violam garantia individual.

O substitutivo, considerado como emenda, ensejou o retorno para Câmara dos Deputados, conforme prescreve o parágrafo único do art. 65 da CF e, na Câmara, o projeto aprovado pelo Senado foi profundamente modificado. Ocorre que, ao realizar a modificação substancial ao PLS 94, a Câmara entendeu pela desnecessidade de reenvio ao Senado Federal e encaminha ao Presidente da República que, por sua vez, sanciona a Lei nº 8.429/1992.

Interessante mencionar alguns pontos que atuaram, mesmo que indiretamente, na elaboração da LIA: o período histórico de redemocratização; a necessidade de melhoria na gestão pública; e, em especial, o maior protagonismo dado ao Ministério Público por meio da Constituição Federal 1988 e normas infraconstitucionais, especialmente a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985). Ainda, antes de adentrar no teor da Lei nº 8.429/1992, cabe menção de outro capítulo advindo de sua tramitação: a sua suposta inconstitucionalidade.

A falta de reencaminhamento do texto para o Senado pelo fato da Câmara entender que não se tratava de substitutivo, mas de mera emenda, ocasionou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.182 (ADI 2182/DF, rel. Min. Cármen Lúcia) proposta no ano de 2.000 pelo Partido Trabalhista Nacional – PTN em que alegava a existência de vício formal.

O PTN alegou que o texto levado ao Presidente da República não se tratava do PLS nº 94/1991, mas que, como este foi rejeitado e a Câmara apresentou, em seu entendimento, novo projeto que deveria ter passado pela outra Casa legislativa (em razão de seu ineditismo), sob pena de infringir a Constituição Federal (art. 65).

A ADI 2182/DF foi julgada apenas em 12.05.2010 e o STF, por maioria, entendeu pela improcedência da ação, afirmando que “iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da Re-

pública. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão”.

Feito todo o percurso legislativo e adentrando aos questionamentos iniciais de constitucionalidade da LIA, chegamos ao texto que, em sua essência, vigeu por quase três décadas no Brasil com o propósito de alcançar, em termos constitucionais, a estrita observância da Administração Pública perante as normas (princípios e regras) constitucionais e a sujeição dos atos da Administração Pública ao controle de órgãos independentes, em especial o Ministério Público (SUNDFELD, KANAYAMA, 2020, p. 411).

Inegável o avanço que a LIA realizou perante as normas que antes tentavam enfrentar o tema (Leis nº 3.164/1957 e 3.502/1958). Apesar de sufragar o substitutivo do Senado, em especial as quatro hipóteses de atos ímprobos, existe influência neste aspecto por não mais trazer hipótese única de ato ímprobo. O texto sancionado buscou inicialmente trazer 3 espécies de atos ímprobos: enriquecimento ilícito; prejuízo ao erário; atentam contra os princípios da Administração Pública.

Curiosamente, em 2016, a Lei Complementar nº 157 introduziu quarta espécie de improbidade administrativa (Art. 10-A), retornando a mesma quantidade de espécies apresentadas pelo Senado, mas com objeto absolutamente distinto: o cometimento de ato ímprobo em razão de atos decorrentes de concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário que não observe os limites de alíquotas mínimas e máximas do ISS (2% e 5%) e as pontuais exceções previstas na Lei Complementar nº 116/2003 (art. 8-A, §1º).

Como mencionado, o texto constitucional limitou-se prescrever sanções que deveriam ser impostas no caso de improbidade, tendo o legislador ordinário pleno espaço para construção das hipóteses e de sua dosimetria. Ressalvado o art. 10-A, as hipóteses incidência para ocorrência de ato ímprobo foram dispostas na LIA em três grandes artigos (9º, 10 e 11) e com redação duvidosa: o *caput* dos artigos são abertos, o que denota maior grau de valoração e cada artigo possui em média dez incisos com diversas hipóteses de subsunção.

A ausência de definição no texto constitucional e na própria Lei nº 8.429/1992 e os tipos abertos dos artigos 9º, 10 e 11, resultam em “sentido amplo, genérico, o que dificulta a determinação, *a priori*, dessa espécie de ato” (STF, RE 656558/SP, rel. Min. Dias Toffoli).

No caso das penas (art. 12), inexistente parâmetro de dosimetria, o que permitiu a possibilidade de resultado antagônico: a punição poderia ser exacerbada ou mesmo míngua (DIPP, 2019). Independentemente de não ser o objetivo, a preservação ou recomposição do erário – ao contrário do que ocorre com a ação

popular (Lei nº 4.717/1965) e ação civil pública (Lei nº 7.347/1985) – na ação de improbidade, apesar do foco ser a punição do agente (ZAVASCKI, 2017, p. 101), tais medidas, por muitas vezes, são deixadas de lado, como afirma o estudo protagonizado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV intitulado “Novas medidas contra corrupção” (2018, pp. 571-576).

Em razão do histórico de falhas ao combate as mazelas da coisa pública, a Constituição Federal de 1988 possibilitou modelo de controle robusto e, provavelmente pelo cansaço da sociedade de escândalos reiterados de corrupção em diversos setores da Administração Pública Direta ou Indireta, criou-se o entendimento com o passar dos anos de quanto maior e mais rígido o controle, melhor seria para o Estado e sociedade. Os avanços para garantia da probidade administrativa foram inegáveis. No entanto, com o passar dos anos, os excessos ocorreram e, com isso, a necessidade de calibragem da LIA passou a ser notada.

No cotidiano, comum a constatação de ações de improbidade que não possuem mínimos indícios para sua tramitação, alcançando até mesmo a temeridade, mas seguem por apelo exclusivo ao *in dubio pro societate*; nos pedidos, requerem a condenação em todos os tipos ímprobos, de forma cumulada ou subsidiária, ou ainda, investigações e inquéritos arquivados pelo Ministério Público que, mesmo sem novas manifestações do órgão ou da constatação de novas provas, são utilizados por outros legitimados para propositura de ações de improbidade.

Tais movimentos provocaram propositura de ações de improbidade em número desmedido: segundo levantamento feito em 2020 no STJ, o tema improbidade administrativa estava entre os 10 maiores assuntos e, entre órgãos que julgam Direito Público (1ª Seção e 1ª e 2ª Turmas), o tema alcançava o segundo lugar (CARNEIRO, 2020).

A quantidade exorbitante de ações e, conseqüentemente de decisões, foram matéria-prima para inúmeras pesquisas sobre o tema, merecendo destaque a protagonizada por pesquisadores do Grupo de Improbidade Administrativa do Instituto Brasiliense de Direito Público.

O referido grupo, analisando mais de 700 julgados ocorridos entre os anos de 2005 e 2018, puderam constatar que no STJ havia *i)* ausência de uniformização de decisões (reforma ocorria majoritariamente para beneficiar quem apresentou a ação e a 1ª Turma apresentava como mais reforma e menos sancionadora que a 2ª Turma); *ii)* distinção de decisão em razão do recorrente (Ministério Público e Administração Pública obtiveram quase duas vezes mais sucesso nos recursos do que os agentes públicos e equiparados); *iii)* ausência de padroni-

zação e previsibilidade das sanções e da forma de sancionar (inexistência de escalonamento das sanções) (CARNEIRO, 2020).

Os agentes públicos tendo ciência da ausência de limites seguros de enquadramento nos tipos da LIA e das sanções impostas; que eventual condenação de servidor público ocasionaria sua demissão (art. 132, inc. IV, Lei nº 8.112/90 e Súmula 651/STJ); do peso político suportado por figurar no polo passivo; e, da fiscalização rígida com alto grau de punibilidade, criou-se ambiente que propiciou o fenômeno intitulado “apagão das canetas”.

O fenômeno também poderia ser considerado como “crise de ineficiência pelo controle”, cujo conceito o Professor Fernando Vernalha Guimarães explica: “acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. (...) E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. (...). Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública” (GUIMARÃES, 2016).

Diante deste cenário, a alteração da LIA tornou-se inescusável.

## **2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE HOJE: O FILTRO NORMATIVO DA LINDB E A CALIBRAGEM NECESSÁRIA COM A LEI Nº 14.230/2021**

Antes de avançar para Lei nº 14.230/2020, convém menção de alteração legislativa que impactou o processo de criação de seu texto e de diversas normas de Direito Público: a Lei nº 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

A Lei nº 13.655/2018 teve seu anteprojeto redigido no meio acadêmico por renomados administrativas que tiveram no Senado, pelas mãos do Senador Antonio Anastasia, endosso para que o anteprojeto fosse convertido para o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 3.489/2015 e, três anos depois, na sua conversão em norma vigente no ordenamento.

A alteração promovida apresentou maior segurança aos administradores e administrados, buscando eliminar ou minimizar as causas do apagão das canetas, tais como os eventuais excessos do controle e ausência de validação dos efeitos práticos de determinadas sanções (ou efeitos advindos delas).

O objetivo principal da inovação foi apresentar ferramentas de interpretação para normas e decisões, especialmente de direito público, capazes de garantir segurança jurídica nos seus três vetores (estabilidade, previsibilidade e proporcionalidade) (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 18).

Apesar de altamente referenciada no meio acadêmico e de avanços reconhecidos pela jurisprudência, a Lei ainda apresenta penetração relativamente tímida. Caso contrário, a alteração da LIA provavelmente não seria necessária.

Corroborando tal afirmação, Caroline Maria Vieira Lacerda (2021, pp. 178-245) elenca em sua obra dez pontos sensíveis que a “nova LINDB” (Lei nº 13.655/2018), auxiliaria na melhor interpretação da LIA (em seu texto revogado), desde na dosimetria das sanções até possibilidade de compensação de danos ou celebração de acordo.

Apesar da resistência acima mencionada, a nova LINDB indicou presságio dos novos ventos e teve forte influência no texto apresentado pela Lei nº 14.230/2020.

A alteração da LIA originou-se na Câmara dos Deputados. O Presidente da Câmara dos Deputados por meio de atos da Presidência, criou comissão de juristas (14 membros advindos da Academia, Magistratura, Ministério Público e da Consultoria Legislativa da Câmara) para criação de anteprojeto que atualizasse a redação da Lei nº 8.429/1992, cuja liderança ficou a cargo do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell Marques.

Segundo o Ministro, o anteprojeto seguiu três premissas: incorporar ao projeto a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores na interpretação da LIA; compatibilizar a lei com leis posteriores (CPC, Lei Anticorrupção e LINDB); e, sugerir novidades, novos institutos e premissas, que corrijam os pontos mais sensíveis da LIA. Após apresentação do anteprojeto, ocorreu a formação de Comissão Especial para análise do mesmo, ocorrendo sua tramitação na Câmara como PL nº 10.887/2018.

Durante a tramitação foram realizadas 14 audiências públicas e 3 seminários que contaram com apresentações de dezenas de palestrantes de diversas origens: representantes do Ministério Público; Magistratura; Tribunais de Contas; Advocacia pública e privada; representantes de Confederações; Ministros de Estado e do Superior Tribunal de Justiça; renomados professores e pesquisadores da área e após quase dois anos da formação da Comissão, em 21.10.2020, o relator apresentou parecer preliminar, indicando que o anteprojeto detinha, na sua percepção, vício de constitucionalidade (transferência da responsabilidade da reparação do dano aos herdeiros e sucessores) e outros pontos que mereciam correção, mas que todos seriam sanados pela apresentação e incorporação de substitutivo.

Do mesmo modo, diante da apresentação de substitutivo, o relator votou pela aprovação do PL, o que foi endossado pela Câmara. Em razão do substitutivo, o PL foi alterado para PL nº 2505/2021 e encaminhado ao Senado Federal,

aprovado com oito emendas, sendo sete aceitas pela Câmara e, em 7.10.2021, o PL foi enviado à Presidência da República que, em 25.10.2021, sancionou a conhecida Lei nº 14230/2021.

Como já dito, esta Lei alterou significativamente a Lei nº 8.429/1992 e estabeleceu novo regramento para ações de improbidade administrativa no Brasil. Para exemplificar a profundidade das alterações, citamos três alterações capazes de comprovar a afirmação feita, sendo elas: i) somente elemento subjetivo do tipo dolo para configuração do ato ímprobo; ii) estabelecimento de rol taxativo para os atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11); e iii) tipificação da conduta.

A nova LIA estabeleceu de forma clara que o único elemento subjetivo do tipo admitido para ocorrência de ato ímprobo passa a ser o dolo (art. 1º, §1º) e que precisa ser específico, ou seja, “mediante vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito (...)” (art. 1º, §2º). Daí o afastamento da figura do dolo genérico, figura admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 951.389/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4.5.2011).

A antiga redação do artigo 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública) da LIA sempre sofreu críticas pela sua elasticidade. Antes, determinada conduta poderia ser considerada ímproba, nos moldes do art. 11, sem a necessidade de encaixe “(...) em qualquer das figuras previstas nos oito incisos que compõem o mesmo artigo, máxime porque aí se acham descritas em caráter apenas exemplificativo, e não em regime *numerus clausus*” (STJ, EREsp 1.275.469/SP, rel. Min. Sérgio Kikuna, Primeira Turma, DJ. 12.2.2015). Isto não ocorre mais.

O legislador escolheu na nova LIA usar o advérbio “notadamente” nos arts. 9º e 10, demonstrando, ao que tudo indica, a taxatividade do rol contido nos incisos, mas que a interpretação deles seja extensiva ou ampliativa. Contudo, no art. 11 preferiu adotar no *caput* a expressão “caracterizadas por uma das seguintes condutas”. Com efeito, além da necessidade do dolo específico, a incidência do art. 11 dependerá que a situação esteja descrita dentro dos seus oito incisos (*numerus clausus*) e sem a possibilidade de interpretação extensiva.

Quanto ao último exemplo, na vigência da antiga redação da Lei nº 8.429/92, a prática demonstrou propositura reiterada de ações temerárias com descrições genéricas de atos supostamente ímprobos, sem individualização de condutas e pedidos com condenação em todas as possibilidades (arts. 9º a 11 da LIA). O pedido poderia ser de condenação por determinada espécie de ato ímprobo, mas o juízo poderia considerar outro, entendendo que o princípio da congruên-

cia não era ofendido (por todos: STJ, REsp. 842.428/ES, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 21.5.2007).

Com a nova redação, a demandante necessita apresentar tipificação mínima, devendo individualizar as condutas do acusado, com apresentação de elementos probatórios mínimos (“...com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado...”), conforme estabelece o art. 17, §6º, inc. II, da LIA, salvo impossibilidade justificada (art. 17, §6º, inc. I c/c art. 1º, §3º). E, o juízo não mais poderá condenar o acusado por tipo diverso do requerido, sob pena de nulidade da decisão (art. 17, §10-F, inc. I).

As mudanças foram muito além dos exemplos apresentados e algumas delas vão de encontro as posições jurisprudenciais consolidadas, como por exemplo, a Lei nº 14.230/2021 não mais autoriza a possibilidade de indisponibilidade de bens para garantir eventual multa civil (art. 16, *caput* c/c §6º).

Com efeito, mesmo que exemplificativamente, fica claro que as concepções, premissas e jurisprudências sobre improbidade administrativa, sob a égide da nova LIA, precisam ser repensadas e justamente por apresentar regramento que não assimilou, na integralidade, as posições consolidadas dos Tribunais e daquilo que disponha o texto de 1992, os questionamentos surgiram e, o quanto antes, alcançariam o Supremo Tribunal Federal.

### **3. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO QUASE AMANHÃ: AS POSIÇÕES CONHECIDAS E DESCONHECIDAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PERANTE A REDAÇÃO DA LEI Nº 14.230/2021.**

Mesmo com a tenra idade, a Lei nº 14230/2021 já suscitou atenção do Supremo Tribunal Federal por duas vezes e uma terceira ocorrerá em futuro próximo.

O primeiro momento (com apenas dois meses de vigência da Lei) ocorreu por meio de caso concreto (ARE 843.999) que serviu de alicerce “para definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei nº 14.230/2021, em especial, em relação: (I) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

Reconhecido como Tema 1199 de Repercussão Geral, ele foi palco para profundas reflexões entre os ministros do Supremo Tribunal Federal para o enfrentamento de 3 inovações sensíveis da Lei (necessidade de dolo para todos os atos ímprobos; novo prazo prescricional geral e criação da prescrição intercorrente) e eventual marco temporal para sua aplicação (retroatividade).

As discussões tiveram como pano de fundo o Direito Administrativo Sancionador (DAS) e a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, ou seja, se esta seria espécie *sui generis* de ação – fazendo parte do DAS e ocorrendo retroatividade da lei mais benéfica, conforme artigo 1º. §4º, da LIA – ou seria ação cível, tendo natureza de ação civil pública e aplicação do *tempus regit actum*, disposto no artigo 6º da LINDB.

O DAS seria a atividade sancionatória da Administração Pública e aplicação de “(...) princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina” (STJ, RMS 24.559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe. 01.02.2010).

Assim, para o DAS, existe *núcleo principiológico* idêntico ao do Direito Penal – mas sem qualquer sobreposição de normas –, assegurando, a partir da Constituição Federal de 1988, “(...) conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal (...)” (MOREIRA NETO; GARCIA, 2018, p. 43).

Quanto ao denominado *núcleo principiológico*, há mínimas discordâncias ou distinções pelos autores, podendo citar como exemplo os princípios da legalidade; retroatividade da lei mais benéfica; intranscendência da pena; individualização da pena; *ne bis in idem* e proporcionalidade (por todos: MOREIRA NETO..., p. 46; FÉO, 2021, pp. 65-114).

No Supremo, ao final de sessões que percorreram quase que a primeira quinzena de agosto de 2022, o Plenário, por maioria, firmou tese com os seguintes pontos: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei nº 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei nº 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; e, 4) O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

Apesar das discussões indicarem o rechaço da LIA como categoria *sui generis* de ação e alguma resistência pela maioria dos ministros em reconhecer a sua

inclusão no DAS, a aplicação de seus institutos foi assegurada perante todos os processos em tramitação, excetuando aqueles que já possuem coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI, CF).

Paralelamente, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 7042 e 7043) discutiam a constitucionalidade de dispositivos que atribuíram, de forma exclusiva, a legitimidade da propositura e de celebração de acordos envolvendo improbidade para o Ministério Público e a obrigatoriedade de defesa do administrador pela assessoria jurídica que emitiu parecer sobre legalidade prévia de seus atos (arts. 17, §§ 14 e 20 c/c art. 17-B, L. nº 8.429/1992).

Tais ADIs tiveram o deferimento parcial em cautelar para que ocorresse interpretação conforme de alguns dispositivos da LIA, afirmando a legitimidade ativa concorrente para propositura da ação (e de celebração de acordo) de improbidade e a suspensão do art. 17, §20 da nova redação da LIA. No final de agosto de 2022, o Supremo entendeu, por maioria, a procedência em parte dos pedidos, declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 17, *caput* e §§6º-A e 10-C e do artigo 17-B e a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 14.230/2021 e da expressão “obrigada” contida no §20, do artigo 17 da LIA.

A partir das inconstitucionalidades e reflexos advindos das decisões contidas nas ADIs 7042 e 7043, ficou reconhecido que o Ministério Público não possui legitimidade exclusiva, mas concorrente com os entes públicos para propositura da ação de improbidade e celebração de acordos de não persecução cível.

Igualmente, ao contrário do que disponha o texto da Lei nº 14.230/20021, a assessoria jurídica “que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrado público”, não fica obrigada, mas autorizada a defendê-lo judicialmente em ação de improbidade administrativa. Tal autorização também necessita ser compatível com a legislação pertinente do ente público que a assessoria jurídica integra.

Não suficiente, ocorre a tramitação das ADIs 7236 e 7237 ajuizadas em setembro de 2022, respectivamente, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, para questionar quase que a integralidade da Lei nº 14.230/2021.

A ADI 7237 possui profunda similaridade com o objeto da ADI 7236 - aquela com objeto mais amplo - excetuando alguns pedidos que não estão incluídos nesta quais sejam: as declarações de inconstitucionalidade dos artigos 16, §§3º e 10; 17-C, §2º; e art. 23, §§2º, 3º e 8º. Por esta razão, parece ser razoável, mesmo que de forma sucinta, destacar os pontos não sinérgicos destas ADIs, e que foram questionados, em exclusividade, pela ANPR.

A Associação Nacional dos Procuradores da República entende que o artigo 16, §§3º e 10 retira “a coesão do sistema geral de responsabilidade jurídica de agentes públicos, tornando-o, ainda, inapto para atingir a tutela ampla à probidade administração, tal como determinado pela Constituição”.

Pela dicção apresentada pela Lei nº 14.230/2021, na decretação de indisponibilidade de bens, deverá demonstrar o *periculum in mora* – sem relação com a intensidade do suposto ato ímprobo, mas sim quanto ao risco comprovado de dilapidação (GAJARDONI; CRUZ; GOMES JUNIOR; FAVRETO, 2021, p. 290) -, não admitindo mais a sua presunção, assim como a extensão da indisponibilidade de bens não mais poderá resguardar a futura multa civil. Tal mudança demonstra inovação profunda na sistemática da Lei nº 8.429/1992, pelo fato de o Superior Tribunal de Justiça ter firmado posições contrárias ao disciplinado no texto vigente, conforme consta nos Temas Repetitivos 701 e 1.055.

Outra insurgência pontual da ANPR aconteceu pelo fato de o texto vedar, no caso de litisconsórcio passivo, a solidariedade de condenações. Tal dicção, segundo a Associação, seria demasiadamente genérica e proibiria, por exemplo, a solidariedade entre corréus de eventual ressarcimento de dano causado ao Erário - apresentando como ocorreu no ponto anterior; inovação perante a jurisprudência dominante do STJ (REsp 1261057/SP, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe 15.05.2015).

Nestes pontos, segundo a ANPR, a Lei nº 14.230/2021 estaria retirando “a coesão do sistema geral de responsabilidade jurídica de agentes públicos, tornando-o, ainda, inapto para atingir a tutela ampla à probidade administrativa, tal como determinado pela Constituição” e, assim, ocorreria inconstitucionalidade material pela “proteção insuficiente que a Lei nº 14.230/2021 proporciona à probidade administrativa”.

Quanto ao artigo 23, §§2º, 3º, ANPR sustenta que ao prever prazo de finalização do inquérito para apuração do ato de improbidade (365 dias, prorrogável uma única vez por igual período) e prazo para propositura da ação de improbidade (30 dias), a Lei nº 14.133/2021 estaria disciplinando sobre organização e funcionamento do Ministério Público e, por esta razão, padeceria de inconstitucionalidade formal por desprezar, em tese, os artigos 61, §1º, inc. II e 128, §5º, da Constituição Federal e, ainda, haveria inconstitucionalidade material “por ferir a independência e a autonomia funcional garantidas ao *Parquet* pelo art. 127, parágrafo 2º da CF”.

Na ADI 7237, o Ministro relator (Alexandre de Moraes) adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9868/1999 e, após as manifestações da Advocacia-Geral da União (16.11.2022) e Procuradoria-Geral da República (06.12.2022), o processo está

concluso com o relator (27.02.2023). Interessante destacar que apesar de ambas ADIs possuírem protocolização na mesma data e com adoção do procedimento abreviado (art. 12, Lei nº 9.868/1999), somente a ADI 7236 teve o pedido de cautelar analisado.

No exame do pedido de concessão de medida liminar para suspensão de diversos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, o relator, no âmbito da ADI 7236, deferiu parcialmente a medida cautelar requerida (“*ad referendum* do Plenário”). No entanto, em sua decisão, o Ministro relator entendeu que os questionamentos pertinentes aos artigos 11, *caput*, incisos I e II; artigo 12, I, II e III, e §§4º e 9º, e artigo 18-A, parágrafo único; artigo 17, §§ 10-C. 10D e 10-F, I; e, artigo 23, *caput*, §4º, II, III, IV e V, e §5º, não apresentavam os requisitos necessários para sua concessão.

Na mesma decisão, o Ministro Alexandre de Moraes deferiu os demais pedidos de concessão da liminar, separando os dispositivos questionados – com eficácia suspensa – em sete blocos distribuídos de acordo com a temática.

No 1º *Bloco* (artigo 1º, §§ 1º, 2º, e 3º, e art. 10) que trata sobre a necessidade de constatação do dolo para ocorrência do ato ímprobo e os seus limites conceituais, o relator entendeu que os pedidos estavam prejudicados por estarem “abrangidos pela tese fixada no referido Tema 1199 da Repercussão Geral”.

O 2º *Bloco* possuía unicamente o art. 1º, §8º que afastou a possibilidade de ato ímprobo advindo de *divergência interpretativa de lei*. Ao analisar este ponto do pedido, o relator deferiu a liminar por entender que a norma era excessivamente ampla e, com isso, poderia gerar “insegurança jurídica apta a esvaziar a efetividade da ação de improbidade administrativa”.

Ao analisar o art. 12, §1º (3º *Bloco*) que limitou a perda da função pública ao vínculo de mesma qualidade e natureza à época do ato ímprobo, o relator entendeu que tais dispositivos deveriam ter a eficácia suspensa por suposto desrespeito ao princípio da proporcionalidade por imaginar que a sanção poderia deixar de ocorrer nos casos em ocorra troca de função ou demora de julgamento.

Na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes enfrentou a inovação apresentada no artigo 12, §10 (4º *Bloco*) que tratou do cômputo retroativo da suspensão de direitos políticos, computando o tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado e decidiu pela concessão da medida liminar.

Em razão da denominada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), o artigo 1º, I, *l*, da Lei Complementar nº 64/1990 (Lei de Inelegibilidade), “(...) deu ensejo a interpretações que, na prática, ampliavam o prazo de suspensão dos direitos políticos para além de oito anos, eis que a inelegibilidade se dava desde a decisão, mas reiniciava quando trânsito em julgado” (MU-

DROVISCH; NÓBREGA, 2022, 191). Por esta razão, posicionaram-se que o artigo 12, §10, da LIA evitava “uma inflação artificial da sanção e, pior, uma superação do teto previsto na própria lei” (*idem*).

Na análise deste bloco, o relator parte da diferenciação do fundamento constitucional da suspensão dos direitos políticos (art. 37, §4º, CF) e da inelegibilidade (art. 14, §9º, CF) e da possibilidade de cumulação destes institutos, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal (ADCs 29 e 30 e ADI 4578, rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe 29.06.2012).

Nesse contexto, o Ministro Alexandre de Moraes ponderou que a nova redação disposta na Lei nº 8.429/1992 poderia afetar a inelegibilidade que, eventualmente, seria conhecida e decidida pela Justiça Eleitoral, tal como disposto na Lei Complementar nº 64/1990 e, com isso, ocorreria risco aos princípios da proibição da proteção deficiente (subprincípio da razoabilidade) e ao retrocesso.

Superada análise das normas do artigo 12, a decisão passou para análise do artigo 17-B, §3º (*5º Bloco*) que, ao disciplinar sobre a celebração de acordo de não persecução civil, impôs a obrigatoriedade, “para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido”, da oitiva do Tribunal de Contas competente, no prazo máximo de 90 dias. A suspensão deste dispositivo, segundo o relator, ocorreu por entender que a norma poderia gerar a interferência indevida na autonomia funcional do Ministério Público.

Em ponto altamente criticado pela doutrina, o relator alinhou-se a corrente crítica e implementou a suspensão do artigo 21, §4º da LIA (*6º Bloco*). Sem maiores novidades, dentro da mitigação de independência de instâncias devidamente aceita nos Tribunais Superiores (STJ), HC 396.390/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29.08.2017), o parágrafo terceiro do mesmo artigo estabeleceu que, ao constar, em âmbito civil ou criminal, pela inexistência da conduta ou negativa de autoria, a sentença repercutiria no âmbito da ação de improbidade. Todavia, por eventual falta de técnica legislativa (GAJARDONI; CRUZ... p. 493), o parágrafo quarto generaliza e coloca em risco a independência das instâncias.

Pela dicção do artigo 21, §4º, qualquer hipótese do artigo 386 do Código de Processo Penal – incluindo, por exemplo, a ausência de prova, desde que referendada por Tribunal competente (“decisão colegiada”) –, transbordaria seus efeitos e impediria a propositura da ação de improbidade. Com efeito, a cautelar foi deferida.

Por fim, no último bloco (*7º Bloco*) concentrou-se na análise feita sobre a inovação do artigo 23-C que afastou a incidência da Lei nº 8.429/1992 perante

qualquer ato que resulte em enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações e, estabeleceu como única norma de atração a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995).

O relator advertiu que esta atração exclusiva da Lei dos Partidos Políticos mostra-se preocupante pelo fato de que as sanções disciplinadas na Lei nº 9.096/95 são preponderantemente pecuniárias, o que implicaria na possibilidade de infringir – tal como ponderado no texto do artigo 12, §10 – o princípio da proibição da proteção deficiente (subprincípio da razoabilidade). Com isso, a decisão deferiu a cautelar para que tais situações enquadradas na hipótese de incidência da norma, atraíssem tanto as sanções da Lei nº 9.096/95, assim como da Lei de Improbidade Administrativa.

Em razão da dimensão dos questionamentos e da profusão dos dispositivos afetados, as decisões cautelares realizadas no âmbito das ADIs 7236 e 7237 foram as que, apesar da natureza inerentemente precária, mais afetaram o texto vigente da Lei nº 8.429/1992. Caso as decisões meritórias endossem as cautelares conhecidas, haverá efetivamente uma nova norma que regerá o “sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa” no Brasil.

Portanto, ao que tudo indica, o futuro próximo reserva novo e instigante capítulo da improbidade administrativa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No julgamento do Tema 1199, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto registrou que “se a Lei nº 8.429/1992 consistiu em avanço ao combate a corrupção, a Lei 14.230 constitui passo na direção do aperfeiçoamento institucional, da correção de rumos para que enfrentamento de atos de improbidade ocorra dentro da moldura da Constituição”.

Nesta linha, não parece haver comprometimento do controle pela nova sistematização apresentada pela Lei nº 14230/2021, mas apenas maior clareza quanto aos seus limites. Daí porque os pedidos das ADIs 7236 e 7237, fazendo ressalvas pontuais (como o contido no art. 21, §4º, da LIA), não merecem prosperar no mérito. Afinal, não se pode esquecer dos excessos; do caráter aflitivo das penas ou pelo simples fato de figurar no polo passivo de ação de improbidade. Desse modo, por exemplo, a salutar necessidade de descrição e comprovação de conduta (salvo impossibilidade justificada) desde a sua propositura (art. 17, §§ 6º, incs. I e II e 6º-B).

A LIA do nosso tempo renova a preocupação que a LINDB teve com os bons gestores que, eventualmente, falham, mas nem por isso praticam qualquer ilegalidade, quanto mais ato ímprobo. E a menção expressa aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador endossa esta perspectiva, muito embora exista receio de que tenha sido precipitada.

Em outros ordenamentos, como Itália e Portugal, o Direito Administrativo Sancionador criou força após movimentos de despenalização que culminaram em leis gerais (Decreto-Lei Português nº 433/1982 e Lei Italiana nº 689, de 24 de novembro de 1981). No Brasil, embora seja cada vez mais forte sua existência, a primeira menção normativa ocorreu por meio da Lei nº 14.230/2021.

Dáí porque, em alguma medida, os julgamentos do Supremo sobre a Lei nº 14.230/2021 não tratam exclusivamente do novo regramento da improbidade administrativa, mas também do Direito Administrativo Sancionador (DAS) no Brasil, mesmo que o posicionamento da maioria do Supremo Tribunal Federal seja pela defesa de desvincular a improbidade administrativa ao DAS.

Por tais razões, as decisões meritórias advindas das ADIs 7236 e 7237 serão importantes para compreensão do real regramento do sistema de responsabilização por atos ímprobos e do quadro atual do Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Resta aguardar.

## REFERÊNCIAS

AMADEI, Vicente de Abreu. *Principais alterações da Lei nº 14.230/2021 e seus impactos nos processos em curso e findo*. Novatio legis in mellius em Direito Administrativo Sancionado: retroatividade ou irretroatividade da lei nova. Escola Paulista da Magistratura – EPM. Artigo – Direito Público. 669 – Improbidade administrativa e sua reforma. Disponível em: <<https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia/77860>>. Acesso em 16.6.2022.

AGRA, Walder de Moura. *Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no âmbito Administrativo* in *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, org. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florianno de Azevedo Marques Neto. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 31-56.

BRASIL, Câmara dos Deputados. PL 2505/2021 (n. anterior: pl 10887/2018). Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28Nº+Anterior:+pl+10887/2018%29](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28Nº+Anterior:+pl+10887/2018%29)>. Acesso em 12.6.2022.

BRASIL, Diário Oficial. Suplemento Especial ao n. 185 de 26 de setembro de 1986. *Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho 1985*. Disponível em <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 10.6.2022.

CARNEIRO, Rafael Aripe. *STJ em números: improbidade administrativa. Pesquisa analisa o perfil decisório do Superior Tribunal de Justiça em ações de improbidade administrativa*. JOTA, Coluna Opinião & Análise, publicado em 6.6.2020. São Paulo, Brasil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020>>. Acesso em 10.6.2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIPP, Gilson. *A Dosimetria das Sanções por Improbidade Administrativa*. Doutrina: Edição comemorativa, 30 anos. Brasil: Superior Tribunal de Justiça, 2019.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Volume I. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*, 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do medo: a crise de ineficiência pelo controle*. Revista Direito do Estado, n. 71, Salvador, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 15.6.2022.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.

LACERDA, Caroline Maria Vieira. *Os impactos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOHALLEM, Michael Freitas; ...[et al.]. *Novas medidas contra corrupção*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/Novas%20Medidas%20Contra%20a%20Corrupção%20Completo.pdf?sequence=12&isAllowed=y>>. Acesso em 11.6.2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. *A Princi-piologia no Direito Administrativo Sancionador* in *Mutações do Direito Ad-ministrativo* org. Jessé Torres Pereira Junior, Manoel Messias Peixinho e Emerson Affonso da Costa Moura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 43-64.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBRGA, Guilherme Pupe da. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: de acordo com a reforma pela Lei n. 14.230/2021*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

NEISSER. Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbida-de e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4ª ed., São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. *A Promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi Capaz de Cumprir*. Publicações da Escola da AGU. *Combate a corrupção na administração pública – diálogos interinstitucionais*. vol. 12., n. 2, pp. 409-426, maio/ago 2020. Disponível em <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/158/319>>. Acesso em 10.6.2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

**Submissão:** 30.junho.22

**Aprovação:** 01.abril.23.



# OS CRIPTOATIVOS E A EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO TRABALHO

*Cryptoactive's and execution in civil process  
and in the labor process*

Davi Quintiliano<sup>1</sup>

Welton Rubens Volpe Vellasco<sup>2</sup>

**ÁREA:** Processo civil. Processo do trabalho. Criptoativos.

**RESUMO:** O presente estudo objetiva analisar, sob a ótica jurídica, a possibilidade e a efetividade da penhora de criptoativos para satisfação do crédito, objeto de execução no processo civil e no processo do trabalho. Para tanto, aborda alguns conceitos e definições do universo mercadológico dos criptoativos, como as *blockchains*, o *Bitcoin*, as *exchanges* e as *wallets*, uma vez que esses ativos digitais têm sido utilizados, no mercado financeiro, para investir, especular, transferir valores e acessar serviços. Nesse contexto, a preocupação do ordenamento jurídico se justifica devido ao fato de os criptoativos não serem considerados uma moeda oficial e de difícil penhora, de acordo com o ordenamento jurídico em vigor, o que possibilita a utilização desses ativos com o intuito de fraudar a execução judicial. Diante da questão exposta, este estudo busca respostas, fundamentando-se na metodologia lógico-dedutiva, uma vez que parte de premissas gerais para se chegar a uma afirmação particular sem seguir uma ordem sequencial entre as premissas e a conclusão e, sim, uma lógica da qual surgem conclusões satisfatórias para as comunidades interessadas no tema.

---

<sup>1</sup> Advogado. Especialista em Direito material e processual do trabalho pelo Centro Universitário de Rio Preto.

<sup>2</sup> Advogado. Especialista em Direito processual civil pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade de Marília/SP.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criptoativos. Ordenamento jurídico. Processo civil. Processo do Trabalho.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze, from the legal perspective, the possibility and effectiveness of the attachment of cryptoactives for credit satisfaction, object of execution in the civil process and in the work process. To this end, it addresses some concepts and definitions of the cryptoactive market universe, such as blockchains, Bitcoin, exchanges, and wallets, since these digital assets have been used in the financial market to invest, speculate, transfer values and access services. In this context, the concern of the legal system is justified because cryptoassets are not considered an official currency and difficult to pawn, according to the legal system in force, which allows the use of these assets to defraud judicial execution. In view of the question presented, this study seeks answers, based on the logical-deductive methodology, since it starts from general premises to arrive at a particular statement without following a sequential order between the premises and the conclusion, but rather a logic from which satisfactory conclusions emerge for the interested communities. on the theme.

**KEYWORDS:** Crypto assets. Legal order. Civil Procedure. Work Process. IRS.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Breve estudo sobre os criptoativos. 1.1 Blockchain. 1.2 Criptoativos. 1.3 Bitcoin. 1.4 Exchanges. 1.5 Wallets. 2. Previsões no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 Receita Federal do Brasil. 2.2 Comissão de Valores Mobiliários. 2.3 Lei 14.478/22. 3. Sistema de execução no processo civil. 3.1 Análise de julgados cíveis. 4. Sistema de execução no processo do trabalho. 4.1. Julgados trabalhistas. 5. Breve análise sobre a efetividade da penhora de criptoativos. Conclusão. Bibliografia.

## **INTRODUÇÃO**

Ainda que o tema acerca dos criptoativos pareça inclinar-se para a área financeira, é possível analisá-lo à luz do Processo Civil e do Processo do Trabalho, como forma de possibilitar que os princípios e as normas do Direito se conectem à realidade social e econômica a que se destinam e, ao mesmo

tempo, fortaleçam suas bases fundamentais para preservar a segurança que se espera de um sistema jurídico. Nesse sentido, o escopo deste artigo se justifica por considerar importante a possibilidade e a efetividade da penhora de criptoativos para satisfação do crédito, objeto de execução, bem como a interpretação jurídica de suas aplicações.

O mercado dos criptoativos vem crescendo exponencialmente, sobretudo nos dez últimos anos, cuja movimentação, apenas no ano de 2021, somaram 200 bilhões de reais no nosso país, de acordo com as informações da Receita Federal do Brasil. Nesse contexto, um fato que chama a atenção dos operadores do direito é que, em alguns processos judiciais cíveis e trabalhistas, já em fase de execução, o réu pode tentar ocultar seu patrimônio dos credores e do Poder Judiciário utilizando, para isso, seus criptoativos. Nessa conjuntura, o próprio Judiciário se mostra, muitas vezes, despreparado para obter e dar efetividade à penhora como meio de desestimular a inadimplência e de efetivar a satisfação dos créditos.

Antes de analisar algumas problemáticas jurídicas relacionadas aos criptoativos, é necessário compreender, de forma incipiente, alguns conceitos e definições a eles relacionados, como *blockchains*, *Bitcoin*, *exchanges* e *wallet*.

## 1. BREVE ESTUDO SOBRE OS CRIPTOATIVOS

Para discorrer acerca dos criptoativos, descrevemos, brevemente, alguns conceitos a ele relacionados.

### 1.1 BLOCKCHAIN

De acordo com Aranha (2021, p. 91), pesquisador nas áreas de Inteligência Artificial, Big Data e Blockchain, o “*blockchain* é uma rede que permite gravar informações em um banco de dados autorregulados e em forma de blocos, por meio de criptografia”.

O conceito *blockchain* apareceu pela primeira vez em meio a estudos realizados no início da década de 90, no código fonte<sup>3</sup> original do Bitcoin, portanto, os dois conceitos estão intimamente ligados no que diz respeito ao seu surgimento. A definição de *blockchain* foi cunhada em 2008 com a publicação do artigo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, de Satoshi Nakamoto e, em 2009, o código foi lançado como código aberto.

---

<sup>3</sup> É o conjunto de palavras ou símbolos escritos de forma ordenada, contendo instruções em uma das linguagens de programação existentes, de maneira lógica.

Em referência a tema, Buterin (2011, p.101), que é um pesquisador na área de programação, assevera que

“o *blockchain* nada mais é do que a combinação de três tecnologias: a internet, a criptografia e o protocolo *peer-to-peer* em um sofisticado sistema de governança formado por códigos e algoritmos, que usa a teoria dos jogos para alinhar os incentivos da rede em prol da colaboração”.

O mesmo autor argumenta que é possível inserir contratos inteligentes na *blockchain*, como códigos computacionais que executam tarefas quando preenchidos alguns requisitos programados. Um exemplo disso é o caso de uma loja *online* em que o proprietário insere a repartição de lucros (contrato inteligente) em uma *blockchain*; desse modo dispensa-se a necessidade de um banco e até de planilhas e, assim, qualquer interessado nessa transação pode acessar os dados inseridos nos blocos.

Na mesma perspectiva, Pellini (2020, p.75), ao conceituar a *blockchain*, destaca que:

essa tecnologia oferece tanta segurança para os usuários que permite retirar os intermediários da transação sem comprometer a confiança entre as partes interessadas. Ou seja, com essa tecnologia, teremos a possibilidade, em alguns casos, de não precisarmos mais de um banco ou instituição mediando a troca de dinheiro, pois a rede garante a proteção da transação (...).

O autor também demonstra que o funcionamento da *blockchain* acontece por meio do consenso de mais de 50% dos participantes, os quais sincronizam “a cadeia de blocos a fim de que as informações armazenadas se validem, destacando que o armazenamento e a sincronização se deem em vários computadores ao redor do mundo, o que garante a segurança da rede e a imutabilidade das informações, configurando o que se denomina livro-razão.

Para ilustrar como funciona a criptografia na *blockchain*, Aranha (2021), ensina que é necessária a interação de uma chave pública e de outra privada, sendo a primeira de conhecimento de todos e utilizada para encriptar a informação, enquanto a segunda é somente de conhecimento do usuário e traduz ou permite o acesso à mensagem.

Existem, ainda, outros conceitos técnicos que não nos cabe explorar neste estudo, mas vale destacar que as *blockchain* apresenta inúmeras possibilidades de uso devido ao fato de se tratar de uma grande inovação tecnológica, a qual, por exemplo, poderá ser utilizada para registrar operações em cartórios de imóveis e até no próprio Poder Judiciário para armazenar informações de

processos, de modo a substituir o sistema utilizado atualmente, como o PJE da justiça do trabalho.

## 1.2 CRIPTOATIVOS

De acordo com a Instrução Normativa nº 1.888/19, da Receita Federal do Brasil, criptoativos são:

a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.

No entendimento de Baldissera (2021), criptoativos são representações de valores que só existem em registros digitais cuja transação é feita entre indivíduos ou empresas sem a necessidade da intermediação de uma instituição financeira; já, as criptomoedas são uma espécie do gênero criptoativo, dentre os quais podemos destacar:

- *Ethereum*, que é um sistema de *blockchain* descentralizado que permite vários aplicativos usarem sua plataforma, como outras criptomoedas, *smart contracts* e até os NFTs, que tem o ETH como sua própria criptomoeda. O *Ethereum* aparece como o segundo criptoativo de maior valor segundo o *CoinMarketCap*;
- *Stablecoins* lastreadas no dólar *Tether (UST)* e no *USD Coin (USDC)*, aparecem dentro dos dez maiores criptoativos e
- *PAX Gold (PAXG)*, lastreado em ouro, consta dentro das cem maiores.

Algumas coleções de NFT ganharam notoriedade com a compra de *tokens não fungíveis*, como da coleção *Bored Ape Yacht Club*<sup>4</sup>, por celebridades como o jogador de futebol Neymar Jr. que pagou seis milhões de reais em dois NFT da coleção no início do ano de 2.022<sup>5</sup>. Estes *tokens* não consistem apenas nas

<sup>4</sup> <https://opensea.io/collection/boredapeyachtclub>

<sup>5</sup> <https://einvestidor.estadao.com.br/criptomoedas/bored-ape-nft-neymar-valor>

imagens/caricaturas dos macacos, mas concedem inúmeros benefícios a seus proprietários, como acesso a eventos dos criadores.

Vale inserir no rol exposto, os *Fan Tokens*, que são lançados por clubes de futebol em todo o mundo e em equipes de Fórmula 1, conferindo vantagens aos detentores dos *tokens*, como desconto em ingressos e votação de novo uniforme.

Dessa forma, há inúmeros criptoativos com diversas funcionalidades à disposição dos investidores e, dentre eles, o *Bitcoin* é, atualmente, o de maior relevância no mercado.

Os criptoativos, que são ativos digitais que se utilizam de criptografias e de tecnologias das *blockchains*, estão cada vez mais em evidência devido às inúmeras tecnologias atreladas a eles, além de oportunizar um ganho de capital por parte dos investidores, de acordo com o site *CoinMarketCap*<sup>6</sup>, que afirma que esse mercado movimentou bilhões de dólares, diariamente. Para corroborar esse dado, a Receita Federal apontou que, no Brasil, os contribuintes comunicaram movimentações no importe de mais de 200 bilhões de reais<sup>7</sup>, apenas em 2021.

### 1.3 BITCOIN

O *Bitcoin* é considerado a criptomoeda mais importante do mercado de ativos e, de acordo com a *CoinMarketCap*<sup>8</sup> (2022), possui capitalização de mercado (preço atual multiplicado pelo fornecimento de ativos em circulação) de aproximadamente quinhentos e setenta e um trilhões de dólares na data de publicação deste artigo, tendo forte influência sobre a volatilidade de todo o mercado de criptoativos.

Sob tal enfoque, Ulrich (2014, p. 17), leciona que:

“Bitcoin é uma moeda digital *peer-to-peer* (para a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. Entre muitas outras coisas, o que faz o Bitcoin ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado. Ainda que à primeira vista possa parecer complicado, os conceitos fundamentais não são difíceis de compreender”.

Consoante à essa definição, Aranha (2021), menciona que a origem do *Bitcoin* pode estar relacionada à crise imobiliária dos Estados Unidos, ocorrida em 2008,

<sup>6</sup> <https://coinmarketcap.com/pt-br/>

<sup>7</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/02/17/operacoes-com-criptomoedas-mais-que-dobram-e-atingem-r-2007-bilhoes-em-2021-diz-receita.ghtml>

<sup>8</sup> *CoinMarketCap* é uma plataforma que rastreia a capitalização de criptomoedas, a quantidade de negociações que as utilizam e o preço atual delas convertido em moedas fiduciárias.

em que os títulos de crédito do banco *Lehman Brothers* perderam credibilidade no mercado financeiro, gerando inúmeros calotes que fizeram o sistema entrar em colapso. O governo americano, então, criou uma lista denominada *too big to fail* (grande demais para falir), a fim de beneficiar grandes empresas, o que gerou revolta dos contribuintes que, indiretamente, arcariam com os valores para quitar os prejuízos do banco.

O *Bitcoin* foi criado por Satoshi Nakamoto (pseudônimo), em 2008. Na ocasião, Nakamoto enviou um e-mail para as pessoas que poderiam ter interesse em criptografia, explicando que se tratava de um novo sistema de dinheiro eletrônico que não precisaria da intermediação de terceiros confiáveis. Além disso, enviou, no mesmo e-mail, um manual sobre os fundamentos do *Bitcoin*, a saber: é uma rede *peer-to-peer* (ponto a ponto), cuja finalidade é evitar o gasto duplo, ou seja, o envio das mesmas moedas mais de uma vez; sem intermediários, como bancos; possibilita o anonimato dos participantes e utiliza prova de trabalho, que consiste em um processo que ganhou o nome de mineração. No manual, Nakamoto também estipulou que o *Bitcoin* tem oferta finita, ou seja, no total, somente 21 milhões de unidades podem ser mineradas (criadas) até 2140.

Outras curiosidades sobre a origem do *Bitcoin* também constam na obra de Aranha (2021, p. 65); uma delas é a compra feita pelo garoto Jeremy, de 18 anos, em 22 de maio de 2010, de duas pizzas da Domino's por dez mil Bitcoins, valor que, convertido em reais e com a cotação atual, daria algo em torno de um bilhão e meio de reais.

Ainda de acordo com Ulrich (2014, p.25), “o Bitcoin tem o potencial de melhorar a qualidade de vida dos mais pobres no mundo” e beneficiar pessoas que não possuem acesso a serviços financeiros básicos, bem como aquelas que vivem em nações com controles de capitais, uma vez que o *Bitcoin* não pode ser manipulado por uma autoridade central. Com isso, a importância do *Bitcoin* se torna evidente, sobretudo, quando passa a ser adotado como moeda legal em países como El Salvador e República Centro-Africana<sup>9</sup> e utilizada por figuras importantes, como o prefeito de Nova York, que recebe seus proventos em *Bitcoin*<sup>10</sup>. No Brasil, a prefeitura do município do Rio de Janeiro, afirmou que o

<sup>9</sup> <https://www.istoedinheiro.com.br/republica-centro-africana-adota-Bitcoin-como-moeda-legal/#:~:text=No%20momento%2C%20apenas%20El%20Salvador,o%20Bitcoin%20como%20moeda%20legal.>

<sup>10</sup> <https://www.cnnbrasil.com.br/business/prefeito-eleito-de-nova-york-diz-que-recebera-primeiros-salarios-em-Bitcoin/>

*Bitcoin* fará parte do tesouro da cidade<sup>11</sup> e que, a partir de 2.023, o IPTU poderá ser pago em criptomoedas<sup>12</sup>.

Vale mencionar que, na Argentina, os trabalhadores estão recebendo seus salários, parcialmente ou totalmente, em *Bitcoin* ou em outros criptoativos, visando proteger o assalariado dos efeitos da inflação no país<sup>13</sup>. Esse fato demonstra que o *Bitcoin* e os outros criptoativos estão cada vez mais inseridos na nossa sociedade.

Nesse sentido, o Poder Judiciário precisa entender o universo dos ativos digitais para otimizar as decisões, de modo a garantir a satisfação da execução por meio da penhora dos criptoativos.

## 1.4 EXCHANGES

O artigo 5º, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil, nº 1.888/19, define, no seu inciso II, que as *exchanges* se referem à:

*pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.*

*Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.*

As principais *exchanges* brasileiras são<sup>14</sup>: Mercado Bitcoin, Foxbit, NovaDAX e BitcoinTrade que, em conjunto, movimentam sessenta e dois milhões de reais por dia, de acordo com o *CoinMarketCap*. Pelo fato de tais ativos serem brasileiros, eles devem repassar informações à Receita Federal do Brasil e, em decorrência, são passíveis de receber e atender as solicitações de informações e até pedidos de penhora, via ofícios judiciais.

Nesse contexto, duas vertentes apontam: a primeira é favorável aos credores de ações judiciais, os quais podem obter informações a partir do deferimento da expedição de ofício destinado às corretoras para prestarem informações, caso o

<sup>11</sup> <https://exame.com/future-of-money/rio-de-janeiro-confirma-que-vai-incorporar-Bitcoin-ao-tesouro-da-cidade/>

<sup>12</sup> <https://prefeitura.rio/cidade/carioca-podera-pagar-iptu-com-criptomoeda-em-2023/>

<sup>13</sup> <https://www.infomoney.com.br/mercados/salario-em-Bitcoin-ja-e-realidade-e-ganha-forca-na-america-latina-entenda-como-funciona/>

<sup>14</sup> <https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-o-que-sao-as-exchanges-de-criptomoedas-e-quais-sao-as-regras-do-setor/>

devedor possua criptoativos e até mesmo a penhora. Já, para os devedores que pretendem ocultar o patrimônio dentro das *exchanges*, isso é um dificultador, uma vez que a maior corretora do mundo, a Binance<sup>15</sup>, se tornou sócia de uma empresa brasileira, a B Fintech Serviços de Tecnologia Ltda; sendo assim, a Binance passa ser, efetivamente, obrigada a prestar informações à Receita Federal do Brasil e a demais órgãos e autoridades.

Diante disso, os credores/investidores de ativos digitais respondem normalmente às obrigações de natureza cível e trabalhista, ora em discussão, além de outras que possam existir.

A *exchange* - Binance - vem demonstrando interesse cada vez maior no mercado brasileiro, tendo feito grandes ações de *marketing* como o patrocínio do Santos Futebol Clube<sup>16</sup> e do Campeonato Paulista de Futebol de 2.022<sup>17</sup>. No mais, a Binance e as diversas corretoras existentes no mercado mundial oferecem produtos para que os detentores de criptoativos os mantenham dentro de suas corretoras. Exemplo disso, é a poupança, na qual os criptoativos rendem juros podendo haver retirada do produto a qualquer momento, além do *staking* que funciona de modo parecido com o CDB (Certificado de Depósito Bancário) oferecidos pelos bancos, no qual o montante de criptoativos investidos ficará indisponível pelo tempo escolhido pelo investidor, em troca de juros maiores que da poupança.

Uma vez que as corretoras nacionais e algumas estrangeiras recebem depósitos através de cartão de crédito e débito, boleto e até pix, como “o meio de pagamento criado pelo Banco Central (BC) em que os recursos são transferidos entre contas em poucos segundos<sup>18</sup>” torna-se possível rastrear a origem do dinheiro que o usuário deposita na corretora e, de igual modo, o dinheiro oriundo da venda de criptoativos pode ser convertido em reais e transferido para a conta do investidor ou de terceiro por ele indicado.

Por fim, vale esclarecer que os usuários das corretoras, ao depositarem seus criptoativos nas respectivas plataformas, estão concedendo o domínio da chave pública e da chave privada desses ativos, o que facilita o eventual cumprimento de penhora.

---

<sup>15</sup> Binance: A Binance movimentou mais de 67 (sessenta e sete) trilhões de reais por dia e aceita depósitos em reais, o que facilitaria muito a penhora de eventuais criptoativos que os devedores mantenham com ela, além de, devido ao grande número de usuários, dar maior liquidez para os criptoativos.

<sup>16</sup> <https://www.santosfc.com.br/santos-fc-anuncia-binance-como-novo-patrocinador-e-licenciado-para-fan-tokens-e-nft/>

<sup>17</sup> <https://futebolpaulista.com.br/Noticias/Detalhe.aspx?Noticia=18724>

<sup>18</sup> <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>

## 1.5 WALLETS

Os wallets são *softwares* de carteiras digitais nas quais é possível depositar criptoativos. O próprio usuário de *wallets* passa a ser detentor das chaves pública e privada e da senha de recuperação gerados pelos *softwares*. Há duas classificações de *wallets*: a *hot wallets*, que são carteiras com acesso à internet, como *mobile* (*softwares* em *smartphones*), *desktop* (computadores) e *web* (sites) e as *cold wallets*, que são desconectadas da internet, como *hardware wallets*, consistindo, grosso modo, em um *pen drive* e *papper wallets*, que são chaves inseridas em um documento físico.

Vale destacar que operar uma *wallet* requer certo conhecimento ou auxílio de terceiro com maior experiência, uma vez que um erro pode enviar os criptoativos para alguém de qualquer parte do mundo, além da possibilidade de se perder a senha de recuperação das chaves, o que, por esse motivo, estima-se que há cerca de milhões de Bitcoins “presos”<sup>19</sup>, bem como a possibilidade de ataques de *hackers*, que se utilizam da internet para cometer crimes, como o “desvio” de criptoativos que se encontram dentro de *hard wallets*.

Um ponto que merece atenção por parte dos operadores do direito é que os wallets compreendem ferramentas específicas, dentro do universo dos criptoativos, por meio das quais é possível fraudar uma execução judicial. Assim, vale ressaltar que os operadores do direito, sejam advogados, magistrados ou servidores devem estar preparados para rastreamento, identificarem e até mesmo penhorarem, de alguma forma, essas carteiras.

Nesse sentido, reafirma-se a importância que o Poder Judiciário detém para entregar o bem da vida ao credor em uma execução judicial e, de igual modo, inibir condutas fraudulentas por parte dos devedores, como a ocultação de patrimônio.

Sob o nosso entendimento, que visa aflorar discussões no meio acadêmico e no meio profissional, é fundamental fortalecer o argumento de que é possível rastrear a destinação de criptoativos feita pelo investidor a algum wallet, a partir das informações prestadas por instituições bancárias, por operadoras de cartão de crédito e, principalmente por *exchanges*, destacando que muitas das corretoras de ativos virtuais já repassam informações à Receita Federal do Brasil.

É importante mencionar que na IN n. 1.899/19 da Receita Federal do Brasil houve a revogação da exigibilidade do contribuinte em informar o endereço

---

<sup>19</sup> <https://cointelegraph.com.br/news/Bitcoin-hunters-specialize-in-recovering-coins-lost-by-their-owners>

do seu wallet, o que dificulta a localização, mas não o efetivo rastreamento quando se há estrutura operacional para isso, como foi o caso em que a justiça americana conseguiu recuperar cerca de mais de três bilhões de dólares em criptoativos *hackeados*<sup>20</sup>.

As carteiras desconectadas da internet são as mais difíceis de se penhorar, por isso muitos operadores de direito, pela mera possibilidade da transferência dos criptoativos das corretoras para as *wallets*, desistem de tentar a penhora, uma vez que um dos argumentos é que, mesmo que se localize uma *cold wallet*, ainda haver a necessidade de se obter as chaves de acesso desta, as quais somente o investidor possui, também entendemos que é possível tirá-la da posse do devedor, o que será melhor abordado ao longo deste estudo.

Após visitarmos alguns conceitos envolvendo o universo dos criptoativos, passamos a analisar previsões no ordenamento jurídico.

## 2. PREVISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, abordamos os dois principais órgãos relacionados ao mercado dos criptoativos e a Lei nº 14.478, de 2022.

### 2.1 RECEITA FEDERAL DO BRASIL

A Receita Federal do Brasil foi o primeiro órgão do Poder Público a dar atenção aos criptoativos e, desde 2019, determina que estes sejam declarados pelo contribuinte e, com base no lucro obtido, imputa a obrigação no recolhimento do Imposto de Renda.

A Instrução Normativa nº 1.888/19, conforme já mencionado no início do artigo, define os criptoativos e as *exchanges*, além da obrigatoriedade dos contribuintes e corretoras prestarem informações ao Fisco.

O disposto no parágrafo anterior retira o caráter dos criptoativos em conferir anonimato a seus detentores, ou seja, esse argumento não deve ser levado em conta se usado pelo devedor ou qualquer operador do direito em um processo para que não ocorra eventual penhora.

A tributação dos criptoativos se baseia no art. 21 da Lei n. 8.981/95, constando no seu *caput* que “O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, sujeita-se à

---

<sup>20</sup> <https://exame.com/future-of-money/justica-americana-recupera-us36-bi-em-cripto-de-hack-da-bitfinex/>

incidência do imposto sobre a renda”, e nas suas alíneas apresenta as alíquotas de 15% (I), 17,5% (II), 20% (III) e 22,5% (IV).

Destaca-se que foi apresentado, por contribuinte, uma consulta sobre interpretação de legislação sobre o tema, em cujo trecho, segue o parecer proferido pelo Fisco:

Considerando que o art. 35, inciso VI, alínea “a”, item 2 do Decreto n. 9.580/2018 e art. 10, inciso I, alínea “b” da Instrução Normativa RFB nº 1500/2014 preveem que é necessário recolher imposto de renda nas operações que ultrapassem a R\$ 35.000,00 de ativos no exterior (ações, etf’s, criptoativos, entre outros), questiono se é necessário recolher tal tributo nas operações superiores a quantia mencionada onde utiliza-se apenas determinada criptomoeda para adquirir outra, tal como: Bitcoin para adquirir uma Stablecoin (usd com, pax, trueusd, entre outros).  
Cumprido destacar que em tais operações não é necessário converter a criptomoeda em moeda fiduciária (dólar, real, entre outros) para adquirir outro criptoativo. Assim, utiliza-se “Bitcoin”, na plataforma da exchange (corretora de criptoativos no exterior), para adquirir uma Stablecoin.  
(...).

1) Deve-se recolher imposto de renda nas operações superiores a R\$ 35.000,00 onde utiliza-se determinada criptomoeda (Bitcoin, Ethereum, litecoin, dash), na plataforma da exchange (corretora de criptoativos no exterior), para adquirir outro criptoativo, tal como uma stablecoin?  
(...)”

O exposto acima refere-se à Solicitação de Consulta nº 214 – Cosit, da Receita Federal, sendo citado o art. 2º, da IN RFB n. 1.500/14:

Art. 2º São contribuintes do imposto sobre a renda as pessoas físicas residentes no Brasil titulares de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e de proventos de qualquer natureza.

Parágrafo único. São também contribuintes, as pessoas físicas:

I - Que perceberem rendimentos de bens de que tenham a posse como se lhes pertencessem, de acordo com a legislação em vigor; e

II - Não residentes no Brasil que recebam rendimentos de fontes situadas no Brasil.

Com relação à mesma IN citada acima, aponta o art. 3º, qual seja:

Art. 3º Constituem rendimentos tributáveis todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro e, ainda, os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

Com base nesses dispositivos, passou a ser mencionado na Solicitação de Consulta nº 214 – Cosit, da Receita Federal, o seguinte:

Esclareça-se que a utilização de uma criptomoeda na aquisição de outra configura alienação de bem ou direito, portanto, sujeita à incidência do Imposto sobre a Renda a título de Ganho de Capital, conforme disposto nos seguintes dispositivos: Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 3º, § 3º, e Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018), aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, arts. 47, inciso IV, e 132, inciso II (...).

Por fim, a conclusão da referida SC n. 214 dispõe que:

O ganho de capital apurado na alienação de criptomoedas, quando uma é diretamente utilizada na aquisição de outra, ainda que a criptomoeda de aquisição não seja convertida previamente em real ou outra moeda fiduciária, é tributado pelo imposto sobre a renda da pessoa física, sujeito a alíquotas progressivas, em conformidade com o disposto no art. 21 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, devendo o valor de alienação da criptomoeda ser avaliado em reais pelo valor de mercado que tiver na data do recebimento.

É isento do imposto sobre a renda o ganho de capital auferido na alienação de criptomoedas cujo valor total das alienações em um mês, de todas as espécies de criptoativos ou moedas virtuais, independentemente de seu nome, seja igual ou inferior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Dessa forma, podemos já extrair a existência dos criptoativos no nosso ordenamento jurídico, além da conceituação das *exchange*, definidas como corretora de criptoativos no exterior.

Na mesma direção, é possível claramente verificar que a Receita Federal do Brasil trata os criptoativos como bens passíveis de renda para fins de aplicação de tributos, razão pela qual o Poder Judiciário também deve ter visão semelhante, mas com o intuito de satisfazer a execução, caso não haja outros bens do executado mais fáceis de se reverterem em dinheiro para o credor.

## 2.2 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

A CVM, por meio do Parecer de Orientação de número 40<sup>21</sup>, publicada no dia 14 de outubro de 2022, traz diretrizes sobre o tema, definindo que “os criptoativos (ou a sua propriedade) são representados por *tokens*, que são títulos digitais intangíveis”, e faz as seguintes ressalvas:

---

<sup>21</sup> <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>

Apesar de essas tecnologias não estarem, em si, sujeitas a regulamentação no âmbito do mercado de valores mobiliários, é importante destacar que, a depender da sua natureza e características, os serviços ou ativos desenvolvidos por meio delas podem estar sujeitos a regimes regulatórios específicos, nos termos da legislação aplicável. Nesse sentido, o fato de um serviço ou ativo ser desenvolvido ou ofertado digitalmente, por meio criptográfico ou baseado em tecnologia de registro distribuído, é irrelevante para o enquadramento de um ativo como valor mobiliário ou para a submissão de determinada atividade à regulamentação da CVM. Nesse contexto, embora a tokenização em si não esteja sujeita a prévia aprovação ou registro na CVM, caso venham a ser emitidos valores mobiliários com fins de distribuição pública, tanto os emissores quanto a oferta pública de tais *tokens* estarão sujeitos à regulamentação aplicável.

Assim, caso o criptoativo se enquadre nos conceitos de valores mobiliários, sendo, de forma singela, títulos ou contratos coletivos ofertados publicamente que gerem direito de participação, podem ser enquadrados nas diretrizes da CVM.

A CVM, ressalvando não haver exclusividade ou estancamento, classifica os criptoativos em três espécies:

**(i) Token de Pagamento** (*cryptocurrency* ou *payment token*): busca replicar as funções de moeda, notadamente de unidade de conta, meio de troca e reserva de valor;

**(ii) Token de Utilidade** (*utility token*): utilizado para adquirir ou acessar determinados produtos ou serviços; e

**(iii) Token referenciado a Ativo** (*asset-backed token*): representa um ou mais ativos, tangíveis ou intangíveis. São exemplos os “*security tokens*”, as *stablecoins*, os *non-fungible tokens* (NFTs) e os demais ativos objeto de operações de “tokenização”.

E, define que:

A CVM entende que o *token* referenciado a ativo pode ou não ser um valor mobiliário e que sua caracterização como tal dependerá da essência econômica dos direitos conferidos a seus titulares, bem como poderá depender da função que assuma ao longo do desempenho do projeto a ele relacionado.

Nesse sentido, vale mencionar que a prática de mercado vem demonstrando que um *token* pode representar não só ativos, como também direitos de remuneração por empreendimento, direito a receber relacionado a estruturas assemelhadas às de securitização, ou, ainda, direito de voto

Portanto, a CVM deve verificar os direitos que o criptoativo confere ao detentor para, então, analisar se o *token* (criptoativo) pode ser enquadrado como valor mobiliário e a ele ser aplicada a legislação competente.

### **2.3 LEI Nº 14.478/22**

Como vimos, não havia lei específica sobre o tema, havendo diretrizes esparsas no ordenamento emanadas pela Receita Federal do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários. Porém, em 21 de dezembro de 2022, a Lei nº 14.478/22 foi editada. Tal lei regulamenta a prestação de serviços de ativos virtuais. No seu artigo 2º, consta a determinação para que as “prestadoras de serviços de ativos virtuais” façam o processo de autorização junto aos órgãos ou entidades da administração pública federal competentes para poderem atuar no território brasileiro. Já, no artigo 3º, traz a definição do que são os ativos virtuais:

Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para a realização de pagamentos ou com o propósito de investimento, não incluídos:

I - Moeda nacional e moedas estrangeiras;

II - Moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;

III - instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e

IV- Representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros. Parágrafo único. Competirá a órgão ou à entidade da Administração Pública federal definido em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os ativos financeiros regulados, para fins desta Lei.

A Lei em análise, já no seu artigo 4º, também preza pela aplicação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), pela proteção contra vazamento de dados (Lei nº 13.709/18) e até pela prevenção contra a prática de crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), entre o usuário-consumidor e a prestadora de serviços de ativos virtuais. Nela também consta uma maior definição sobre as prestadoras no seu artigo 5º:

Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como:

I - Troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira;

II - Troca entre um ou mais ativos virtuais;

III - transferência de ativos virtuais;

IV - Custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais; ou

V - Participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais.

Parágrafo único. O órgão ou a entidade da administração pública federal indicada em ato do Poder Executivo poderá autorizar a realização de outros serviços que estejam, direta ou indiretamente, relacionados à atividade da prestadora de serviços de ativos virtuais de que trata o caput deste artigo.

Por fim, o art. 10 da Lei faz a inclusão do art. 171-A no Código Penal, incluindo como criminosa a conduta de:

“Fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros

Art. 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

Ao analisarmos as questões relacionadas ao universo dos criptoativos, à luz do entendimento da Receita Federal, da Comissão dos Valores Mobiliários e dos preceitos da Lei 14.478/22, entendemos que há previsões normativas suficientes para fundamentar os pedidos de penhora que serão analisados em conjunto com os preceitos gerais dos sistemas de execução no Processo Civil e no Processo do Trabalho.

### **3. SISTEMA DE EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL**

As execuções de títulos executivos extrajudiciais (previstos no art. 784, do CPC<sup>22</sup>) ou judiciais (artigo 523 e seguintes do CPC), partem do pressuposto de que o credor do título tem a certeza do direito a seu favor, seja conferido por um cheque ou nota promissória com os requisitos válidos, por exemplo, ou por sentença transitada em julgado.

<sup>22</sup> A sigla CPC se refere a Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15)

A função do Judiciário, dentro de todo o processo, mas especialmente na execução, é satisfazer o crédito do credor, adotando medidas para buscas de bens em caso de o devedor não efetuar o pagamento de forma voluntária.

O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei (art. 789, CPC). Em segundo momento, o art. 790, também do CPC, apresenta a figura do devedor secundário.

Após essa breve revisão de conceitos iniciais da execução no processo civil e adentrando especificamente o objeto do nosso estudo, passamos a abordar os bens passíveis de penhora.

Nesse contexto, Gonçalves (2018, p. 833) leciona que:

A penhora é ato de constrição que tem por fim individualizar os bens do patrimônio do devedor que ficarão afetados ao pagamento do débito e que serão executados oportunamente. É ato fundamental de toda e qualquer execução por quantia, sem o qual não se pode alcançar a satisfação do credor.

A busca por bens a serem penhorados, ou mesmo a oferta voluntária por parte do devedor, deve seguir a ordem prevista no art. 835, do CPC, ressalvada a possibilidade de escolha pelo credor, por se tratar de maior facilidade para eventual venda direta, praça ou hasta pública, sendo:

- I - Dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - Títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - Veículos de via terrestre;
- V - Bens imóveis;
- VI - Bens móveis em geral;
- VII - semoventes;
- VIII - navios e aeronaves;
- IX - Ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X - Percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI - pedras e metais preciosos;
- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos.

A respeito disso, Neves (2017, p.1361) destaca que:

O art. 835 do Novo CPC regulamenta a ordem de preferência da penhora, de forma que, havendo diferentes bens no patrimônio do executado e não sendo necessária a penhora de todos eles, alguns preferem a outros, conforme a ordem estabelecida pelo legislador. É evidente que a ordem de penhora é tema que só tem relevância diante da pluralidade de bens passíveis de serem penhorados(...).

É evidente que qualquer dos bens listados no art. 835 do CPC, se encontrados durante a execução, são mais eficazes para satisfazer os credores do que os criptoativos, ao menos enquanto este mercado não adquira força suficiente no nosso país, mas, como já mencionado, esses ativos, além de investimentos, podem ser usados como forma de ocultação de patrimônio.

Apesar de não constarem no rol do art. 835, do CPC, entender que, sendo o *Bitcoin* uma das moedas oficiais de países como El Salvador, ele passa a se enquadrar como moeda estrangeira, o que torna possível a sua conversão em moeda nacional, principalmente dentro de uma *exchange*. No mesmo sentido, se a CVM entender que determinado ativo se enquadra como valores mobiliários, poderá haver enquadramento no inciso III, inclusive por existirem corretoras nacionais que permitem a verificação das cotações desses ativos no respectivo mercado, de modo a tornar possível que o efetivo valor correspondente aos ativos penhorados sejam convertidos em dinheiro para o credor.

Também é possível enquadrarmos os criptoativos, analogicamente, a aplicações em instituições financeiras, eis que algumas destas, como o *Nubank*, está comercializando o *Bitcoin* e o *ETH* nas suas plataformas, além de estar criando sua criptomoeda própria<sup>23</sup>.

Podemos afirmar, ainda, que é válido o enquadramento no inciso XIII (outros direitos), ainda mais se levarmos em conta o tratamento que a própria Receita Federal do Brasil vem dando aos criptoativos, exigindo declaração para apurar se houve auferimento de renda passível de tributação.

Caso o devedor ofereça voluntariamente algum criptoativo, caberá ao credor aceitá-lo ou não, o que leva à necessidade, principalmente dos advogados, de conhecerem as modalidades do referido ativo, bem como a sua reputação no respectivo mercado.

Vale lembrar que a eventual alegação da parte de que os ativos são bens incorpóreos e de difícil liquidez é irrelevante para o contexto jurídico, ao menos se considerarmos o atual cenário econômico brasileiro.

---

<sup>23</sup> <https://blog.nubank.com.br/nubank-cria-nucoin-moeda-digital-propria/>

Partindo-se de uma análise técnica dos conceitos de ativos digitais, bem como dos preceitos do CPC, parece-nos perfeitamente possível que tais ativos sejam penhorados. A questão de como efetivamente formalizar a penhora, convertê-la de modo a satisfazer a execução, apreender *cold wallets* entre outros problemas, são questões que exigem preparo de todos os operadores do direito, os quais não podem ficar inertes sob pena de incentivar fraudes às execuções em geral.

A seguir, passamos a apresentar alguns julgados cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

### 3.1 ANÁLISE DE JULGADOS CÍVEIS

O Tribunal de Justiça de São Paulo vem somando esforços para construir entendimento que possibilitem utilizar os criptoativos para fins de penhora e, conseqüente, para a satisfação de crédito em execução, especialmente pelo fato de a Receita Federal do Brasil ter diretrizes internas sobre o tema.

A seguir, apresentamos alguns agravos de instrumentos para elucidar esse cenário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. Expedição de ofício para as empresas Foxbit, Mercado Bitcoin, Bitcointrade, Brasil Bitcoin e Novadax, na tentativa de penhora de criptomoedas/Bitcoins. Indeferimento. Irresignação da parte exequente. Cabimento. Feito executivo ajuizado há anos. Tentativas frustradas de obtenção do crédito. Necessidade de intervenção judicial para obtenção das informações pleiteadas, observado, ademais, que as aplicações em Bitcoins ainda não possuem regulamentação pelo Bacen. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2207750-69.2022.8.26.0000; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Adamantina - 3ª Vara; Data do Julgamento: 17/10/2022; Data de Registro: 17/10/2022; DJE 20/10/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS ÀS CORRETORAS DE CRIPTOMOEDAS. POSSIBILIDADE. Cuida-se de agravo de instrumento para expedição de ofícios às Corretoras de criptomoedas. O cumprimento de sentença tramita desde 2017, com tentativas frustradas de perseguição do crédito. A medida possui intuito de tornar mais célere e eficaz a execução podendo viabilizar a penhora futura. Participação do Poder Judiciário para obtenção das informações pleiteadas imprescindível. Além das corretoras não se submeterem ao controle do Banco Central, os dados são privados e sigilosos, não podendo ser acessado pelo exequente. Decisão mantida. AGRAVO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2216602-82.2022.8.26.0000; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado;

Foro Central Cível - 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2022; Data de Registro: 21/09/2022; DJE 22/11/2022).

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão que indeferiu pedido de pesquisa e penhora de criptomoeda. Cabimento. Não há óbice legal a impedir tal pesquisa, que não é meramente especulativa. Possibilidade de existência de bens passíveis de penhora. Informação útil ao credor que somente é acessível por meio de intervenção do Poder Judiciário. Criptoativos são reconhecidos pela Secretaria da Receita Federal como ativos financeiros, tanto que devem ser declarados na forma da regulamentação administrativa específica. Informações não abrangidas pela pesquisa SISBAJUD. Decisão modificada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2212988-06.2021.8.26.0000; Relator (a): Elói Estevão Trolly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2021; Data de Registro: 22/11/2021; DJE 01/12/2021)

Na última ementa apresentada acima, o relator Elói Estevão Trolly, reconheceu a possibilidade de se utilizar os criptoativos para fins de penhora entendendo se tratar de ativos financeiros de acordo com a Receita Federal, além de as corretoras domiciliadas no Brasil terem o dever de prestar informações a referido órgão para fins tributários.

Devido ao sigilo de informações ligadas aos criptoativos, nota-se que o Judiciário atua de modo essencial para dar a efetividade na busca de tais bens, requisitando informações e até a penhora junto às corretoras.

Todavia, no mesmo Tribunal, ainda há corrente contrária:

PENHORA – Execução de título extrajudicial – Pretensão de pesquisa e penhora de criptoativos em nome do executado – Expedição de ofício para operadoras de criptomoedas. Ausência de regulamentação no Brasil acerca da comercialização de moedas criptografadas – Impossibilidade: – De rigor o indeferimento do pedido de expedição de ofícios para pesquisas e posterior penhora de criptoativos em nome do executado, em razão da ausência de regulamentação pelo Banco Central da comercialização e circulação, bem como da ausência de indicativos específicos da existência de ativos em nome do executado. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2223718-76.2021.8.26.0000; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/05/2022; Data de Registro: 14/05/2022)

Para justificar a negativa, o relator Nelson Jorge Junior entendeu que as “criptomoedas” são comercializadas e circulam de forma livre e privada e que não havia regulamentação específica.

Ainda dentro da corrente contrária, apresentamos outro julgado que não permitiu a penhora de *Bitcoins*:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Ação de indenização - Pedido de penhora de moedas virtuais Bitcoin - Descabimento - Bens que não possuem lastro e não estão regulamentados pelo Banco Central ou pela CVM e podem ser negociados por qualquer meio digital, o que dificulta não apenas a efetivação, como o gerenciamento da penhora nos autos - Ausência, ademais, de comprovação de que o devedor seja efetivamente titular de bens dessa natureza - Pedido demasiadamente genérico - Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2059251-85.2018.8.26.0000; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2019; Data de Registro: 26/11/2019; DJE 29/11/2019)

A justificativa acima de que não há comprovação se o devedor seja efetivamente titular de criptoativos, não deve ser levada em consideração, uma vez que quando o credor solicita a penhora por meio das ferramentas SISBAJUD e RENAJUD, ele não tem conhecimento prévio se o devedor possui ativos em contas bancárias ou veículos próprios.

O estudo sobre as *exchanges* foi claro ao dizer que ela passa a fazer a custódia dos ativos, o que facilita a penhora e até a sua transformação em dinheiro<sup>24</sup>.

Dessa forma, é possível verificar que no Tribunal de Justiça de São Paulo, há crescente entendimento no sentido de possibilitar a penhora de criptoativos, destacando-se que, na maioria dos casos, tal pedido se deu após a busca de patrimônios listados no rol do art. 835, do CPC.

#### **4. SISTEMA DE EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO**

A execução trabalhista tem como fonte principal a própria Consolidação das leis trabalhistas - CLT - e as leis esparsas e, como fontes secundárias, a lei de execuções fiscais (art. 889, da CLT) e, por último, o Código de Processo Civil.

Miessa (2021, p.1040) elenca os títulos passíveis de execução, sendo os títulos judiciais:

- a) as decisões passadas em julgado (CLT, art. 876);
- b) as decisões das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo (CLT, art. 876);

---

<sup>24</sup> Este item será abordado na seção 5.

- c) os acordos, quando não cumpridos (CLT, art. 876);
- d) os créditos previdenciários decorrentes das sentenças condenatórias trabalhistas e dos acordos homologados (CLT, art. 876, parágrafo único);
- e) Os acordos extrajudiciais homologados judicialmente (CLT, arts. 855-B a 855-E);
- f) Sentença arbitral (CLT, art. 507-A; Lei nº 9.307/96, art. 31; CPC/2015, art. 515, VII).

Já os títulos extrajudiciais, passíveis de execução trabalhista, segundo o mesmo doutrinador, são:

- a) os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho (CLT, art. 876);
- b) os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia (CLT, art. 876);
- c) a certidão da dívida ativa da União referente às penalidades administrativas impostas ao empregador pelos órgãos de fiscalização do trabalho (CF/88, art. 114, VII);
- d) o cheque e a nota promissória emitidos em reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista (TST-IN nº 39/2016, art. 13).

O art. 878, da CLT, traz os legitimados ativos para promoverem a execução, mas, devido ao fato de não ter definição do termo parte, aplica-se o art. 778, do CPC, já visto anteriormente.

Nos processos trabalhistas, havendo sentença transitada em julgado ou execução dos títulos extrajudiciais mencionados, inicia-se a fase de liquidação com a apresentação de cálculos pelas partes e, após a sentença proferida em fase de liquidação, o devedor, nos termos do artigo 880, da CLT, terá quarenta e oito horas para pagar a dívida ou garantir a execução, sob pena de penhora.

Evidente que a decisão de liquidação pode ser atacada por recursos, mas, caso o devedor assim não o faça e não efetue o pagamento voluntário, terá o seu patrimônio afetado de modo a satisfazer o credor, o que se dará por meio da penhora.

No contexto da esfera trabalhista, Schiavi (2018, p. 1310) ensina que:

A penhora é um ato de império do Estado, praticado na execução que tem por finalidade vincular determinados bens do devedor ao processo a fim de satisfazer o crédito do exequente. Trata-se de um ato de afetação de determinados bens do devedor que provoca o gravame de vinculá-los ao processo em que processo a execução”.

Vale destacar que, caso opte o devedor em nomear bens, a ordem de preferência é a mesma estabelecida no art. 835, do CPC (IN nº 39/2016, art. 3º, XVI do TST), e caso não se efetue o pagamento e não ofereça bens no prazo previsto no art. 880, da CLT, haverá a penhora de seus bens até que satisfeita a execução, sendo, costumeiramente, utilizadas as ferramentas SISBAJUD, RENAJUD e ARISP <sup>25</sup>, em busca de dinheiro em instituições bancárias, em veículos e em imóveis.

É importante ressaltar que, caso não sejam encontrados bens após a utilização das ferramentas padrões, caberá ao credor iniciar investigações e apresentar requerimentos ao magistrado, que poderá acatar ou não os pedidos, como o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica.

Diante do cenário de não localização de bens, é perfeitamente possível que o devedor, caso tenha a intenção de ocultar seu patrimônio, transfira seu dinheiro em conta bancária para alguma *exchange* e não precise, necessariamente, investir em algum criptoativo, podendo deixar apenas o depósito em reais.

Vale ressaltar que em um processo trabalhista, o empregador pode, eventualmente, ser credor e, o trabalhador, o devedor, bem como o advogado, ao buscar a satisfação do seu crédito referente aos honorários advocatícios de sucumbência.

O Poder Judiciário Trabalhista, pelos julgados que são apresentados na seção 4.1, demonstra não estar familiarizado com a busca por criptoativos; isso pode ser demonstrado em um dos casos, em que há indeferimento, por entender que se trata de pedido genérico e sem a indicação de meios para se efetuar as buscas.

Sob essa ótica, cabe aos advogados dos credores, conforme já apontado neste estudo, pedirem as declarações de imposto de renda dos devedores, a fim de verificar se há criptoativos nas referidas declarações, bem como expedições de ofícios por parte da Justiça do Trabalho às corretoras de criptoativos. Para tanto, o patrono da parte interessada deverá buscar o CNPJ e os endereços das corretoras.

Um dos problemas que podem surgir no processo é a efetiva consolidação da penhora e a sua conversão na entrega do bem da vida ao credor, no caso,

---

<sup>25</sup> [https://www.tst.jus.br/web/execucao-trabalhista/execucao/-/asset\\_publisher/N4xW/content/id/26654703](https://www.tst.jus.br/web/execucao-trabalhista/execucao/-/asset_publisher/N4xW/content/id/26654703)

a quantia monetária correspondente ao crédito trabalhista, cuja questão é abordada na seção 5.

Uma vez que discorreremos acerca do Sistema de execução no processo do trabalho, passamos, agora, a estudar alguns julgados.

#### 4.1 JULGADOS TRABALHISTAS

Ao pesquisarmos as palavras-chave “Bitcoin” e “criptomoedas”, no site do Tribunal Regional da 15ª Região<sup>26</sup>, encontramos poucos julgados, dentre eles o julgamento do Agravo de Petição do Processo nº 0010579-95.2016.5.15.0036, cujo acórdão foi publicado no dia 16 de abril de 2021. Nele, o desembargador Jorge Luiz Souto Maior, relator do caso, autorizou a expedição de ofício à plataforma “Bitcoin.com”, como se observa a seguir:

Pelo exposto, decido conhecer do Agravo de Petição interposto pelo agravante JEZUEL CASTORINO DE ARAÚJO e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para determinar o prosseguimento da execução por meio de envio de ofício à Receita Federal e à plataforma “Bitcoin.com”, com o intuito de identificar se os sócios possuem Criptomoedas, e para a inclusão dos executados no sistema do SERASAJUD, bem como para que se expeça certidão de protesto em face da executada e de seus sócios, tudo nos termos da fundamentação. (grifos nossos)

Em outro caso do TRT da 15ª Região, no julgamento do Agravo de Petição oriundo do Processo nº 0011781-86.2016.5.15.0043, o desembargador Paulo Augusto Ferreira, relator do caso, indeferiu a pesquisa de criptoativos, sob o argumento de ser pedido genérico, de não haver indícios de que os devedores possuem tais ativos virtuais, e sequer a indicação da medida para realização da busca. O acórdão foi publicado no dia 24 de março de 2022, cujo trecho a seguir, relata:

Por fim, o exequente pede a consulta “às moedas virtuais/criptomoedas”. Trata-se de pedido genérico, não havendo qualquer indício nos autos de que os executados sejam titulares de bens dessa natureza. Além disso, o exequente não demonstrou minimamente qualquer medida prática que possa levar à localização e penhora de eventuais ativos “virtuais”, os quais não são operados por instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional. (grifos nossos)

---

<sup>26</sup> <https://trt15.jus.br/>

No Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região<sup>27</sup>, há julgados recentes deferindo a busca por tais ativos:

EMENTA. EXECUÇÃO QUE SE ARRASTA HÁ 15 ANOS. OFÍCIOS REQUERIDOS PELO EXEQUENTE A SEREM EXPEDIDOS A OPERADORAS ESPECIALIZADAS EM CRIPTOMOEDAS COM OBJETIVO DE LOCALIZAR E BLOQUEAR ATIVOS. AGRAVO DE PETIÇÃO PROVIDO. As moedas virtuais (criptomoedas ou Bitcoins) são ativos valiosos, negociáveis diretamente ou em plataformas, e como tal, são suscetíveis de constrição, não gozando de qualquer favor legal, muito menos o da cláusula de impenhorabilidade absoluta de que trata o art. 833 do CPC. Daí porque, na inexistência de outros bens penhoráveis, tenho que não cabe ao Juízo indeferir a priori a pesquisa e eventual bloqueio desses ativos junto às operadoras/corretoras de criptomoedas, sob pena de inviabilizar a própria execução, em detrimento dos interesses do credor e do próprio Estado, que deve velar pelo cumprimento de suas decisões. Tampouco cabe especular sobre eventuais dificuldades em proceder à pesquisa e bloqueio, ou ainda, acerca da utilidade ou não da constrição de moedas virtuais na execução trabalhista, tanto mais em processo que já se arrasta há mais de 15 anos. Agravo de Petição provido para determinar a expedição dos ofícios requeridos. (TRT da 2ª Região; Processo: 0079700-08.1998.5.02.0004; Data: 26-10-2022; Órgão Julgador: 4ª Turma - Cadeira 4 - 4ª Turma; Relator(a): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS)

Destaca-se, neste caso, o reconhecimento de que os criptoativos são suscetíveis de constrição e que, estando a execução em andamento por mais de 15 anos, autorizou a busca destes bens.

A seguir, observamos outro julgado:

BITICOIN. CRIPTOATIVOS. CRIPTOMOEDAS. MOEDAS VIRTUAIS. PENHORA. REGULAMENTAÇÃO. COLETA NACIONAL. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. QUEBRA DE SIGILO. INFORMAÇÕES PATRIMONIAIS. EXCHANGE. CORRETORA DE CUSTÓDIA. BANCO CENTRAL. SITES HOSPEDADOS NO EXTERIOR. SOCIEDADE ESTRANGEIRA. NFTS. TOKEN. CÓDIGO FONTE. SISTEMA FINANCEIRO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. A existência de criptomoedas, também chamadas de criptoativos, Bitcoins ou moeda virtual, é recente no mundo e, no Brasil, ainda não conta com regulamentação vinda do Poder Legislativo. O ativo de valor econômico exclusivamente virtual tem a peculiaridade de não passar, como regra ou obrigatoriamente, por instituições financeiras, o que, em certa medida, dificulta a sua identificação. Conquanto, no Brasil, ainda não exista regulamentação por meio do Legislativo, encontram-se, no âmbito do Executivo, algumas diretrizes de regulamentação estabelecidas na Instrução Normativa nº 1.888 de 2019 da Receita Federal do Brasil ligada

---

<sup>27</sup> <https://ww2.trt2.jus.br/>

ao Ministério da Economia. Referida instrução normativa estabeleceu a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) de qualquer valor pelas pessoas jurídicas “exchange” de criptoativos domiciliadas no Brasil para fins tributários e do valor superior a R\$ 30.000,00 de operações mensais pelas pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, se as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior ou se as operações não forem realizadas em exchange. Segundo o normativo, as informações devem ser prestadas em formulário próprio aprovado pela Receita Federal do Brasil e encaminhadas pelo sistema Coleta Nacional. Considerando o reперсutido no parágrafo anterior, os obrigados podem ter suas informações acessadas pelos Juízes da mesma forma que acessam as declarações de imposto de renda em busca de patrimônio penhorável. Oficie-se. (TRT da 2ª Região; Processo: 0003079-04.2014.5.02.0070; Data: 30-11-2021; Órgão Julgador: 12ª Turma - Cadeira 5 - 12ª Turma; Relator(a): JORGE EDUARDO ASSAD)

Nota-se, no julgado acima, que o relator se utilizou, analogicamente, do tratamento que a Receita Federal do Brasil vem dando aos criptoativos, para, então, deferir o acesso a informações relativas a tais bens.

Uma vez analisados tais julgados, é evidente o crescente entendimento dos Tribunais trabalhistas citados, no sentido de deferir a busca por criptoativos, mas há ainda a necessidade de uma melhor abordagem sobre a efetividade da penhora nesses casos. Assim, vale discutirmos alguns deles.

## **5. BREVE ANÁLISE SOBRE EFETIVIDADE DA PENHORA DE CRIPTOATIVOS**

Neste estudo, mencionamos quatro *exchanges* brasileiras, as quais movimentam, diariamente, cerca de 62 milhões de reais. No Brasil, é obrigatório a declaração desses ativos à Receita Federal e, por conseguinte, devem cumprir eventuais ordens de penhora emitidas pelo Poder Judiciário, caso solicitado. Nessa seara, a Binance, como maior corretora do mundo e sócia da empresa brasileira B Fintech, movimenta mais de sessenta e sete trilhões de reais por dia e aceita depósitos em reais, o que facilitaria muito a penhora de eventuais criptoativos que os devedores mantenham sob sua custódia.

As operações financeiras nas corretoras mencionadas, especialmente na Binance, acontecem em segundos, caso haja opção de venda e compra que vise à conversão em reais pelo valor que está sendo operado no mercado naquele momento. Tal fato, por si só, já derruba a argumentação de que a penhora de

criptoativos não traz liquidez, ainda mais que essas *exchanges* trabalham com várias formas de pagamentos, seja para depósito ou saque, incluindo o pix.

Assim, entendemos que, em um mercado que envolve trilhões de dólares, para fins de satisfação de crédito em execução, as corretoras devem ser equiparadas às instituições financeiras, devendo receber e responder aos ofícios judiciais para busca de bens.

Vale destacar que é possível rastrear a destinação de dinheiro para as corretoras através de extratos de contas bancárias e de cartões de crédito do devedor, a fim de verificar se ele possui criptoativos. Cabe, assim, aos advogados, solicitarem tais documentos e, aos magistrados e servidores, entenderem que essa possibilidade é real, principalmente pela movimentação da quantia de 200 bilhões de reais declarados à Receita Federal do Brasil pelos contribuintes, apenas em 2021.

Nesse sentido, é importante ressaltar que muitas corretoras oferecem produtos que incentivam o cliente a deixar os criptoativos na sua plataforma, como a poupança em que há rendimentos baixos de juros e livre movimentação, e o *staking*, parecido com o CDB oferecido pelos bancos tradicionais, em que o saldo aplicado fica bloqueado em troca de rendimentos um pouco maiores que os da poupança.

Assim, caso o devedor mantenha os criptoativos em corretoras brasileiras ou estrangeiras, que possuam sede ou filial no Brasil ou sociedade com empresas brasileiras, as quais opera em território nacional, essas devem prestar informações às autoridades, sendo perfeitamente possível o pedido e a realização de penhora, podendo a corretora bloquear os ativos.

Diante disso, passamos a analisar e refletir como a penhora pode se converter em dinheiro para o credor. A princípio, sugerimos duas possibilidades:

- a) o juiz poderá determinar, mediante ofício apontando de forma detalhada, o valor da dívida para que as *exchanges*, especialmente as brasileiras e as estrangeiras com sede ou filial no nosso país, vendam, em reais e pelo preço de mercado, do dia do cumprimento do ofício judicial, a quantidade de criptoativos objetos de penhora e enviar o montante para uma conta judicial, juntamente com um relatório, contendo as cotações do dia e do horário da operação, para, então, se apurar eventual saldo devedor.

No caso de haver uma execução no montante de 200 mil reais, e a corretora verificar que o devedor e seu cliente possuem cinco

*Bitcoins* cotados naquele dia a 100 mil reais cada, far-se-á a penhora, venda em reais e remessa para uma conta judicial mediante relatório, contendo suas tarifas operacionais e eventual diferença de preço para cima ou para baixo, oriundas das inúmeras operações feitas em segundos.

Caso o criptoativo esteja em *staking* por 120 dias, por exemplo, é possível aguardar até que o prazo de bloqueio referente à essa modalidade de investimento acabe e, então, poderá ser aplicada a operação referida no parágrafo anterior.

b) o próprio credor pode abrir uma carteira, seja por meio de uma corretora ou uma *hard* ou uma *cold wallet* e fornecer seu endereço para que o Poder Judiciário determine a transferência do valor, mediante relatório da cotação, no dia e no horário em que se efetivar a operação; desse modo, o risco do investimento passa a ser do credor.

É fundamental reiterar que, em ambos os casos, o advogado do credor deve ter conhecimento mínimo do que o criptoativo, localizado em posse do devedor, possui de investimentos no seu projeto em si, de repercussão e quantidade de compra e venda, a fim de verificar se, efetivamente, é possível reverter a penhora em dinheiro. Tal fato merece atenção pois, no caso dos *NFT*, não há tantas operações de compra e venda, além do fato de que estão sofrendo muita desvalorização<sup>28</sup>.

O grande problema está nos criptoativos localizados em *wallets*, pois, atualmente, o Judiciário não está preparado para localizar e até apreender as carteiras, o que leva muitos magistrados a negarem o pedido de busca imediata.

Todavia, não se pode permitir o uso dos ativos digitais com o intuito de fraudar a execução e até ocultação de patrimônio para fins fiscais e outros, e, se as corretoras devem prestar informações, podem apresentar relatórios de movimentações, o que entendemos ser possível verificar remessa de uma carteira para outra, demonstrando a tentativa de ocultação e evidenciando a possibilidade de remessa para um *wallet*.

Isso nos leva à necessidade de adquirirmos mais conhecimentos técnicos sobre tais carteiras, para, então, buscarmos a apreensão de aparelhos celulares e computadores, bem como das *cold wallets*, de modo a forçar o devedor a pagar sua dívida.

---

<sup>28</sup> <https://exame.com/invest/mercados/vendas-nft-despencam-2022/>

Diante do exposto, reforçamos o entendimento de que é possível haver a penhora e a transformação dessa em dinheiro ao credor.

## CONCLUSÃO

Ao estudarmos alguns conceitos do universo dos criptoativos, emergem definições do nosso ordenamento jurídico, relacionados ao tratamento dado pela Receita Federal, CVM e pela Lei n. 14.478/22 a esses ativos digitais e às respectivas prestadoras de serviço.

As normas existentes nos sistemas de execução no Processo Civil e no Processo do Trabalho possibilitam a penhora desses ativos, caso nenhum outro bem do devedor, listado no rol do art. 835, do CPC, seja encontrado.

O Judiciário não pode ignorar a possibilidade de o devedor possuir tais ativos diante dos 200 bilhões de reais declarados pelos contribuintes à Receita Federal do Brasil, em 2.021, nem a existência de inúmeras corretoras nacionais e da Binance, obrigando-os a responderem a ofícios emitidos pelos magistrados nos processos de execução.

A negativa do Judiciário caracterizará a possibilidade de inúmeras fraudes à execução, incluindo execuções fiscais, se perpetuarem, causando impunidade e a não entrega do bem da vida ao credor.

Assim sendo, é fundamental que os operadores do direito, especialmente os advogados, se atualizem acerca do universo dos criptoativos, a fim de analisar se aquele determinado ativo encontrado é ou não viável para o credor.

Há crescente entendimento nos Tribunais em concederem o pedido de busca por criptoativos em nome do devedor, especialmente pela necessidade de intervenção do Poder Judiciário diante do sigilo que pauta a propriedade dos criptoativos, além de o deferimento se dar, geralmente, em casos em que a execução se arrasta por anos.

Por fim, pode ser possível dar efetividade à penhora e à transformação dos criptoativos em dinheiro, caso haja resposta positiva das corretoras; porém, há ainda o problema de esses ativos se encontrarem em *wallets*, o que exigirá conhecimento técnico do Judiciário para rastrear, localizar e apreender, por exemplo, aparelhos celulares e até *cold wallets*.

Assim, entendemos ser perfeitamente aplicável à penhora e a transformação dos criptoativos em dinheiro para o credor.

## REFERÊNCIAS:

ARANHA, Christian. **Bitcoin, blockchain e muito dinheiro**: uma nova chance para o mundo. 3. ed. Rio de Janeiro: Valentina, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). **Instrução Normativa nº 1888/2019, de 03 de maio de 2019**. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Brasília, 03 maio de 2019. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592>>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Instrução normativa nº 1500**, de 29 de outubro de 2014. Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=57670&visao=anotado>>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.478**, de 21 de dezembro de 2022. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.981**, de 20 de janeiro de 1995. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8981-20-janeiro-1995-374786-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

BRASIL. **Solução de consulta nº 214**, de 20 de dezembro de 2021. Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF. Diário oficial da união, Brasília, 23 dez. 2021. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/12/2021&jornal=515&pagina=238>>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - **Agravo de Instrumento**: 2223718-76.2021.8.26.0000. Relator: Nelson Jorge Júnior. Data de Julgamento: 14/05/2022. Data de publicação DJe: 24/03/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1255586307/inteiro-teor-1255586327>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região - **Agravo de Instrumento**: 2207750-69.2022.8.26.0000. Relator: Walter Barone. Data de julgamento: 17/10/2022. Segunda turma. Data de publicação DJe: 17/10/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-1/1132566424/inteiro-teor-1132566434>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - **Agravo de Instrumento**: 2212988-06.2021.8.26.0000. Relator: Elói Estevão Troly. Data de julgamento: 22/11/2021. Data de publicação DJe: 01/12/2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1321336018>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - **Agravo de Instrumento**: 2059251-85.2018.8.26.0000. Relator: Galdino Toledo Júnior. Data de julgamento: 26/11/2019. Data de publicação DJe: 29/11/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/912134959>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – **Agravo de Petição**: 0010579-95.2016.5.15.0036. Relator: Jorge Luiz Souto Maior. Data de julgamento: 16/04/2021. Data de publicação DJe: 16/04/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-15/1194240800/inteiro-teor-1194240845>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Parecer de orientação CVM nº 40, de 11 de outubro de 2022**. Os CriptoAtivos e Mercado de Valores Mobiliários. Brasília, out. 2022. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIESSA, Élisson. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodvm, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUNES, Paulo. **Conceito de moeda**. Disponível em < <http://knoow.net/cienceconempr/economia/moeda/>>. Acesso em 8 de novembro de 2022.

PELLINI, Rudá. **O futuro do dinheiro**: banco digital, fintechs, criptomoedas e blockchain: entenda de uma vez por todos esses conceitos e saiba como a tecnologia dará mais liberdade e segurança para você gerar riqueza. São Paulo: Editora Gente, 2020.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TRANSAÇÕES de NFTs despencam em 2022 e preço desaba. **Exame**, São Paulo, 04 de maio de 2022. Disponível em: <<https://exame.com/invest/mercados/vendas-nft-despencam-2022/>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

**Submissão:** 09. fevereiro.2023

**Aprovação:** 20. fevereiro.2023



# SMARTS CONTRACTS: ALGUMAS LINHAS SOBRE A PERSPECTIVA DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

*Smarts Contracts: some lines under the  
Brazilian Contractual Law perspective*

Ronaldo Guaranha Merighi<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo investiga a figura dos *smarts contracts* ou contratos inteligentes, procurando conceituá-la, perquirir se possui natureza jurídica contratual e, em possuindo, avaliar a sua conformação com a base principiológica do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Também a formação do vínculo contratual, a sua executoriedade, seu controle pelo Poder Judiciário e outras questões jurídicas ainda controvertidas envolvendo esta nova figura tecno-jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** smarts contracts; contratos civis; contratos consumeristas; blockchain.

**ABSTRACT:** This article investigates the figure of smart contracts or smart contracts, trying to conceptualize it, define whether it has a contractual legal nature and, if so, evaluate its compliance with the principles of the Civil Code and the Consumer Defense Code, the formation of the contractual bond, its enforceability, its control by the Judiciary and other still controversial legal issues involving this new techno-legal figure.

**KEYWORDS:** smarts contracts; civil contracts; consumer contracts; blockchain.

---

<sup>1</sup> Graduado pela Universidade de São Paulo. Mestre pela Universidade de Franca e doutorando pela Universidade Nove de Julho. Juiz de Direito no Estado de São Paulo e Professor Universitário em cursos de graduação e pós-graduação; e-mail: rgmerighi@uol.com.br. Lattes:[https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=5AF57F59C7BA4E72A15FD701B6F22533#](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=5AF57F59C7BA4E72A15FD701B6F22533#).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. *Smarts contracts*: definição, natureza jurídica e comércio eletrônico. 3. Conformação necessária: *smart contracts* em relação aos princípios contratuais sociais. 3.1. *Smarts contracts* e a função social do contrato. 3.2. *Smarts contracts* e a boa-fé objetiva. 4. Controle judicial e administrativo nos *smarts contracts*. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A situação não é incomum e vários de nós já passamos por ela. Em um local público (um aeroporto, uma rodoviária, um hospital) nos vemos premidos pela fome, sede ou a prosaica vontade de tomar um café e, ao invés da (boa e) velha lanchonete, nos deparamos com uma máquina de bebidas e pequenos lanches. Produtos e preços estão expostos. Acoplada a ela está um dispositivo para que aproximemos o nosso cartão de débito para processar o pagamento, depois da escolha do produto, e, ali está! Como num passe de mágica, acabamos de realizar um contrato de compra e venda, sem absolutamente nenhum contato humano. Para o bem e para o mal, porque, afinal, se o valor for debitado do seu cartão e o produto não sair, certamente haverá um problema.

Para alguns, na situação narrada acima houve a efetivação de um *smart contract*, ou contrato inteligente; para outros, a tal máquina foi a sua antecedente histórica. Aliás, em termos históricos, como relata Max RASKIN, a primeira referência conhecida a uma máquina de venda automática veio em 215 a.C. dentro *Pneumatika*, livro do matemático grego Hero. Nele, se detalhou uma máquina que dispensava água benta para uso nos templos egípcios que funcionava com a colocação de uma moeda, a qual acionava uma alavanca que abria uma válvula dispensando a água<sup>2</sup>.

Atualmente, outros exemplos são recorrentes: o *smart contract* que faz com que o veículo locado pare de funcionar se não for pago o aluguel; ou o que dispara a compra de ações se o valor atingir determinado patamar; ou ainda o que trava a fechadura digital de um apartamento locado pelo Airbnb quando chegar a hora do *check out*. Seja como for, este tipo de contratação envolvendo códigos de programação, *blockchain*, e autoexecutoriedade, é um fenômeno da pós-modernidade e vem suscitando algumas dúvidas no ambiente jurídico.

---

<sup>2</sup> RASKIN, Max. **The law and legality of smarts contracts**. GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW, 2017, p.315.

Neste estudo, pretendemos definir os *smarts contracts*, estabelecermos a sua natureza jurídica, verificar a sua formação e a sua conformação com os princípios contratuais, tanto nos contratos de Direito Civil (empresarial), como nos de Direito do Consumidor.

Para isso, usaremos o método lógico-dedutivo, a partir do exame bibliográfico da doutrina nacional e, a título ilustrativo, da doutrina estrangeira.

## 2. SMARTS CONTRACTS: DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.

Todas as definições do smart contract partem da ideia de automação e autoexecutoriedade, como a fornecida por Jorge Feliu REY, ao dizer que em termos gerais eles são “[...] protocolos informáticos que permitem a um dispositivo, por si mesmo, dar cumprimento a um contrato[...]”<sup>3</sup> sem a necessidade de intervenção humana. Max RASKIN vai acrescentar que a automação é usualmente efetivada por computadores, por um primeiro componente que é denominado de *contractware*, também por ele explicado como sendo a transmutação (o termo técnico é instanciação) dos termos do contrato em linguagem de códigos para um software conectado a uma máquina que o implementará.<sup>4</sup>

Consequentemente, para que estes protocolos sejam, de fato, automatizados e autoexecutáveis é preciso que sejam escritos em linguagem de código, ou, como ensinam Antonio Carlos EFING e Adrielly Pinho dos SANTOS, “[...] os smart contracts são criados na conhecida fórmula de programação computacional “se x, então y”, isto é, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta.”<sup>5</sup>

Desta feita, há todo um complexo sistema que pode ser resumido em três elementos principais, quais sejam, as cadeias de blocos (ou *blockchain*), crip-

<sup>3</sup> REY, Feliu Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p. 97.

<sup>4</sup> No original: “The first component will be termed “contractware,” which can be defined as the physical or digital instantiations of contract terms onto machines or other property involved in the performance of the contract. By instantiation, we mean taking the terms of the agreement and either writing them into previously existing software or writing them into software that is connected in some way to a machine that implements the contract.”. In: RASKIN, Max. **The law and legality of smarts contracts**. GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW, 2017, p. 306 e, especialmente, 307.

<sup>5</sup> EFING, Antonio Carlos e SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, ago./dez. 2018, p. 54.

tografia e mecanismos descentralizados de consenso , conforme didaticamente explica Jorge Feliu REY:

Imagine-se uma mesa de reuniões ao redor da qual se senta um número significativo de pessoas. Cada uma delas (computadores ou nodos conectados) tem um livro de registro em branco onde se realizam anotações (sistema descentralizado). A primeira anotação é que A tem 50 ações e as quer transmitir a B. Primeiro se verifica que A tem 50 ações e as pode transmitir (bloco com informação) e comprova-se que todos os membros da mesa estão de acordo com esta anotação inicial (sistema de verificação por consenso descentralizado). Logo são transmitidas a B. Se A quer voltar a transmitir estas ações, não poderá fazê-lo, porque já não consta no registro como titular e os membros da mesa, ao verificarem essa informação, rejeitariam a anotação, razão pela qual não permitiriam essa transação. Só B poderia transmitir as ações posteriormente. Tentar uma alteração nos registros, ainda que não seja impossível, exigiria um consenso de todos os membros da mesa e uma modificação de todos os nodos de cadeias de blocos que reúnem um trato sucessivo, o que resultaria, sem dúvida, altamente improvável.<sup>6</sup>

Os dados iniciais, a serem passados para linguagem de código, são os resultantes de algum consenso entre as partes. Mas, como se denota da explicação acima, a operação é complexa, pois depende de validação de uma série de computadores não identificados e descentralizados, a denominada tecnologia DLT.<sup>7</sup> Por vezes, além disso, os *smarts contracts* precisam de informações externas ou posteriores e, nesse caso, devem se socorrer de estruturas denominadas de oráculos:

Imagine-se, por exemplo, que se conclua um smart contract com preço a ser determinado consoante o valor das ações de certa sociedade empresária em data futura ou conforme

---

<sup>6</sup> REY, Feliu Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p. 109.

<sup>7</sup> “A Distributed Ledger Technology funciona com vários servidores que tratam de modo simultâneo a informação da base, sem um administrador central. É uma base de dados gerida por um coletivo de pessoas. Cada participante tem uma cópia do registro para que qualquer eventual variação seja fácil de detectar. As atualizações são feitas de forma independente, isto é, em cada nó. Esses nós votam pelas atualizações, garantindo a vontade da maioria dos participantes. A votação nada mais é do que garantir o consenso. Garantindo o consenso entre a maioria, a rede é atualizada e a nova versão salva em cada nó.” Disponível em: Distributed Ledger e Blockchain: entenda as diferenças, acesso em 31.08.2022.

determinado índice. Tal informação deverá ser integrada ao smart contract para a execução automática das ações que foram programadas.<sup>8</sup>

Como se denota, até aqui, nos limitamos a traçar um breve (e superficial) panorama técnico dos *smarts contracts*, sem qualquer valoração jurídica (a ser feita na sequência).

Focando na seara do Direito, a primeira e inevitável indagação a ser efetivada é se, abstraído o nome, o *smart contract* seria verdadeiramente um contrato, ou ao menos parte de um contrato. Em sendo um contrato, ou parte dele, se seria um fenômeno incluído como espécie da contratação em comércio eletrônico.

Para responder a estas indagações é preciso primeiro conceituar o próprio contrato.

Para tanto, devemos esclarecer a insuficiência da definição oitocentista de que o contrato seria um mero negócio jurídico bilateral exprimindo um acordo de vontades. Para além disso, com Gustavo TEPEDINO e Nelson KONDER, preferimos localizá-lo como instrumento de autorregulação de interesses,<sup>9</sup> até para não dar azo ao tão nefasto individualismo que, vez ou outra, busca ressuscitar o *laissez-faire*, tão ultrapassado.

Então, acrescentamos com PAULO NALIN que se trata de uma “relação complexa solidária”.<sup>10</sup> A complexidade por ele apontada, decorre de duas principais constatações. A primeira, é que não se pode pensar no contrato de modo simplista, apenas como uma relação entre um credor e um devedor, “[...] sendo o estado de crédito ou de débito uma simples fração da relação contratual [...]”.<sup>11</sup> A segunda, é que o contrato não pode ser reduzido ao simples instante do consenso porque ele “[...] se posiciona, hodiernamente, antes do acordo, na contratação, na execução e na sua pós-eficácia, movido pela boa-fé.”<sup>12</sup> A solidariedade, integrante do axioma proposto, por seu turno, advém do inciso I, do art. 3º, da Constituição, erigida a objetivo fundamental da República. Ela é instrumento de

---

<sup>8</sup> REY, Feliu Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p.109.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Nelson, e BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022 p. 15-17

<sup>10</sup> NALIN, Paulo. **Contrato: Conceito Pós-Moderno, Do** - Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional, 2ª Edição – Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 253

<sup>11</sup> op. cit. p. 254.

<sup>12</sup> op. cit. p. 255.

consecução dos fins relacionados no mesmo artigo, de erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, garantia do desenvolvimento nacional e promoção do bem de todos. Ademais, serve de contrapeso aos interesses mais egoísticos, pois como anota NALIN “ [...] o mercado, sem dúvida, sempre vai desejar um contrato eminentemente patrimonialista, descartando qualquer atenção aos outros valores (existenciais) envolvidos na relação, eis que tal reverte em custo inútil.”<sup>13</sup>

Posto isso, sem a pretensão de trazer algo novo, e sim apenas sistematizando e sintetizando as ideias até aqui expostas, para nós, hodiernamente, o *contrato é o negócio jurídico bi ou plurilateral, complexo e solidário, que tem como finalidades concomitantes a composição dos interesses, patrimoniais ou extrapatrimoniais, dos contratantes e a proteção de valores sociais, dentre os quais, a livre circulação de riquezas, visando assegurar e promover a todos existência digna, conforme os ditames da Constituição.*

Partindo do mais simples, os *smarts contracts* parecem ser, indubitavelmente, parte de negócios jurídicos plurilaterais e só a necessidade de intervenção dos *nodos* (computadores), relativos à *Distributed Ledger Technology*, das partes envolvidas e, eventualmente, dos *oráculos*, já deixa isso claro.

Também exsurge nítida a autorregulação de interesses: de quem quer comprar o café da máquina e de quem a explora; do locador do veículo ou do apartamento (com o travamento automático do motor ou da fechadura) e do locatário, e assim por diante.

Portanto, vislumbrando a questão da perspectiva da *Escala Ponteanana*, enxergamos a alteridade, a autorregulação e algum consenso, pelo que podemos afirmar que *existe* natureza contratual em avenças com esse tipo de execução automática.

Não obstante haja a necessidade deste contrato ter uma *forma* específica, qual seja, ser escrito ou transpassado, para a linguagem de programação (de código, ou de máquina), não consideramos, dentro do mesmo cenário dos três planos, essa condição como requisito de existência. Na verdade, a linguagem dos *smarts contracts* nem pode ser considerada como requisito de validade, do art. 104, do Código Civil:<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> NALIN, Paulo. **Contrato: Conceito Pós-Moderno, Do** - Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional, 2ª Edição – Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, p. 254.

<sup>14</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

A rigor, observando o fenômeno de modo global, a avença que contenha um *smart contract* será formal ou informal a depender de ter havido ou não instrumento escrito (até mesmo público, se for o caso) exprimindo a manifestação das partes. No mais das vezes, considerando que essa contratação será feita de modo eletrônico, tende-se à informalidade.

Portanto, a questão da forma em linguagem de código se desloca para o terceiro plano, qual seja, o da eficácia dos contratos inteligentes. Se não houver a conversão do avençado para uma forma programável, a execução de um contrato (existente e válido, neste último caso quando preenchidos os requisitos de validade comuns aos contratos *não inteligentes*) não se dará de forma automática.<sup>15</sup>

No caso da locação do veículo, imaginemos que o locatário tenha efetivado um contrato escrito, no qual havia a previsão expressa de que o não pagamento da diária em tal prazo implicaria na impossibilidade de ligar o carro. Se por qualquer motivo essa cláusula específica não for corretamente transpassada para um código executável as consequências serão as seguintes: a) continuará existindo um contrato válido; b) haverá mora; c) não haverá a autoexecutoriedade do direito do locador em obstar o funcionamento do veículo depois do inadimplemento.

Poderíamos, é bem verdade, nestas condições concluir pela inexistência de um *smart contract*, se o considerássemos apenas no seu viés tecnológico. Mas, em uma análise jurídica, entendemos de mais valia distingui-lo do fenômeno contratual, como se se tratasse de uma cláusula, pertencente ao todo. Na verdade, fica ainda mais bem caracterizado como um pacto adjeto ou acessório, o qual, segundo PLÁCIDO E SILVA:

[...] é a denominação dada a toda cláusula inserta em um contrato, da qual se deriva uma obrigação acessória. Diz-se justamente adjeto porque é convenção ou ajuste promovido dentro de um contrato, constituindo-se em cláusula ou obrigação ligada à principal, mas não própria à composição do contrato. É o mesmo que pacto acessório.

---

<sup>15</sup> Neste sentido: “Em um *smart contract* a falta de respeito à forma – na perspectiva anteriormente explicitada – conduz, inexoravelmente, a concluir pela inexistência da referida figura, não produzindo, evidentemente, os efeitos que lhe são próprios. Pode haver um contrato válido, um contrato, entretanto, que não produzirá os efeitos esperados pelas partes, ainda que tais efeitos possam ser obtidos pelas vias tradicionais.” In: REY, Feliu Jorge. *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p.105.

Afinal, uma vez entabulado um *smart contract* no bojo de uma contratação as partes se obrigam a respeitar uma linguagem de código que implicará em autoexecutoriedade das obrigações contratuais especificadas.

A primeira vantagem em entender os *smarts contracts* como pactos adjetos diz respeito à formação dos contratos. Se compreendidos como sendo o próprio fenômeno contratual alguns vão entender necessárias duas contratações para que a autoexecutoriedade se verifique. Vale dizer, primeiramente as partes teriam de firmar um contrato preliminar, como expõe Jorge Feliu REY, nesse modelo “[...] as partes assinarão previamente um contrato em linguagem natural no qual será estabelecido todo o conteúdo do contrato e, por sua vez, estipulando, ainda o código do smart contract[...]”.<sup>16</sup> Seria o caso, entre nós, de ser usado o art. 462<sup>17</sup>, do Código Civil, compreendendo a escrita em código como *forma* a ser implementada mais tarde.

A solução não atende à velocidade e à ubiquidade do mundo pós-moderno, características, aliás, sublinhadas por Erik JAYME, relativas ao nosso tempo<sup>18</sup> e inviabilizaria a contratação automatizada, ou pela Internet.

Evita, também, um segundo entendimento de que o *smart contract* só se consideraria formado a contar do início da execução dos códigos, como leciona Max RASKIN:

*In the realm of smart contracts, unlike traditional contracts, acceptance comes through performance. An individual can say they will initiate a smart contract, which may be a contract in regular law, but until the program initiates, there is no smart contract. Smart contract code can be posted to a ledger as an offer though. Once an action is taken to initiate acceptance,*

---

<sup>16</sup> REY, Feliu Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p.111-112.

<sup>17</sup> O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

<sup>18</sup> JAYME, Erik, *apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40-41.

*such as by ceding control over a certain amount of money to the code, the contract is formed.*<sup>19</sup>

Mal comparando, seria como considerar, em termos de formação do contrato, o início da execução dos códigos à entrega da coisa nos contratos reais. Afora a falta de previsão legal expressa em nossa legislação para esta situação, ela até poderia se adaptar bem aos contratos automáticos de execução instantânea. Contudo, nos de execução diferida (bloquear a fechadura do apartamento depois da hora do *check out*, v.g.) ou naqueles em que a parte contrata presencialmente a execução automática posterior (locação de veículo junto à locadora, v.g.) não se prestaria à melhor solução.

Daí decorre a nossa sugestão de que o smart contract seja visto como *parte* de um contrato e não propriamente como *o* contrato. Definiríamos, pois, a *cláusula de smart contract*, em primeiras linhas, como *o pacto adjeto inserto em um contrato que, por intermédio de protocolos informáticos, permite a um dispositivo, por si mesmo, dar cumprimento ao avençado pelas partes.*

Se os *smarts contracts* não cabem perfeitamente nesta figura jurídica (do pacto adjeto), há de se lembrar com Edson FACHIN que “[...] o saber jurídico que se encastela em definições e abstrações pode ser impreciso e negligente com o seu tempo”.<sup>20</sup> Por outro lado, a acomodação de um novo fenômeno jurídico traz a vantagem de podermos usar um conhecimento sistemático já dominado pela ciência jurídica. Daí nossa opção pelas conceituações.

Outro ponto a ser enfrentado é a relação havida entre os *smarts contracts* e o comércio eletrônico. Como bem define Newton de LUCCA, “[...] o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que têm por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços.”<sup>21</sup> Paulo LÔBO refina o conceito vazando-o da seguinte forma:

---

<sup>19</sup> RASKIN, Max. **The law and legality of smarts contracts.** GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW, 2017, p.322. Tradução livre: “No campo dos contratos inteligentes, ao contrário dos contratos tradicionais, a aceitação vem através do começo do contrato. Um indivíduo pode dizer que iniciará um contrato inteligente, que pode ser um contrato na lei regular, mas até o programa ser iniciado, não há contrato inteligente. O código de contrato inteligente pode ser lançado em um livro como uma oferta. Uma vez que uma ação é tomada para iniciar aceitação, como por exemplo, cedendo o controle sobre uma certa quantia de dinheiro para o código, o contrato é formado.”

<sup>20</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 03.

<sup>21</sup> In: RODAS, João Grandino. [coordenador]. **Direito econômico e social [livro eletrônico]: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário.** 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018., s/p.

Os contratos eletrônicos são concluídos, normalmente, entre uma pessoa, que se interessa pela aquisição ou utilização do produto ou serviço ofertado virtualmente na rede, utilizando o meio eletrônico de comunicação, e um sistema informatizado, previamente abastecido de informações e dados, cujos programas o capacitam para concluir ou não o negócio, segundo a modalidade de pagamento adotada.<sup>22</sup>

O mesmo autor destaca a intangibilidade dos suportes de dados e informações,<sup>23</sup> que no caso dos *smarts contracts* se dá com clareza no atinente à linguagem de códigos. Ainda propõe uma classificação dos contratos eletrônicos em três espécies, quais sejam, em três tipos: contratos interpessoais, contratos intersistêmicos e contratos interativos, assim explicados:

No primeiro tipo as pessoas utilizam o meio eletrônico para veicular oferta e aceitação, através de mensagens eletrônicas. No segundo, os contratos são formados mediante troca de informações entre sistemas informatizados. No terceiro, há típicos contratos de adesão, tendo uma pessoa interessada de um lado e sítio virtual do outro, muito utilizados para aquisição de bens e serviços oferecidos on-line.<sup>24</sup>

Utilizando as ideias até aqui veiculadas vislumbramos o pertencimento dos *smarts contracts* ao gênero do comércio eletrônico. Não só porque pode ser contraído por meio eletrônico (aplicativos de smartphones, v.g.) ou por plataformas da Internet, mas fundamentalmente por conta da impessoal troca de informações entre sistemas informatizados (*blockchain*, tecnologia *DLT* e *Oráculos*). Deste modo, a depender do meio da contratação, os *smarts contracts* podem estar inseridos em contratos interpessoais ou interativos, mas sempre em pactos intersistêmicos (para ficarmos na classificação acima proposta).

Ainda sobre o comércio eletrônico, de se ressaltar que o Projeto de Lei 3514/15 pretende alterar o CDC a fim de contemplá-lo de forma específica. Desta feita, sem exatamente definir o comércio eletrônico, mas o colocando no mesmo patamar do que o a distância, haverá um incremento da proteção do consumidor “visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da seguran-

---

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 3:contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35.

<sup>23</sup> op. e loc. cit.

<sup>24</sup> op. cit. p. 36.

ça nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais”.<sup>25</sup> Certamente com reflexos positivos também nos *smarts contracts*.

### **3. CONFORMAÇÃO NECESSÁRIA: SMART CONTRACTS EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS SOCIAIS.**

Como novidade factual que são, os *smarts contracts* precisam ser valorados e normatizados pelo Direito, de acordo com a visão tridimensional de Miguel REALE<sup>26</sup>. Assim, sobleva interesse em verificar se este pacto adjeto se conforma com os princípios sociais do contrato, os quais entendemos serem dois: Função Social do Contrato e Boa-fé Objetiva, que regulam tanto as relações civis-empresariais, como as de consumo.

Embora para Paulo LÔBO os princípios sociais incluam o que ele denomina de Princípio da Equivalência Material<sup>27</sup> consideramos que este último está inserido na vertente interna da Função Social do Contrato, conforme o Enunciado nº 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

#### **3.1 Smarts contracts e a função social do contrato.**

A função social do contrato é princípio estampado na cláusula geral do art. 421, “caput” do Código Civil<sup>28</sup> e no art. 1º, do Código de Defesa do Consumidor

---

<sup>25</sup> Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

<sup>26</sup> REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 3:contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.65-66) entendemos que este último está inserido na vertente interna da Função Social do Contrato, conforme o Enunciado nº 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

<sup>28</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

<sup>29</sup>, neste último, como observa Paulo LÔBO, de modo menos incisivo <sup>30</sup>, porém mais amplo.<sup>31</sup>

Não obstante a tentativa, ao nosso ver mal sucedida, de mutilação da norma civil pela Lei da Liberdade Econômica, a verdade é que o conceito de função social do contrato, de inspiração constitucional <sup>32</sup>, continua ligado ao *giudizio de meritevolezza* de Pietro PERLINGIERI. <sup>33</sup> Ou seja, considerando as finalidades constitucionais do contrato, quais sejam, a de circulação de riquezas, valorização do trabalho, erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais, faz-se um juízo de merecimento acerca do fenômeno a fim de verificar se ele é digno de proteção jurídica. Em caso de ser valorado positivamente será ele normatizado. Sendo, ao contrário, um fenômeno nocivo à sociedade a valoração será negativa e a normatização será restritiva ou impeditiva.

Este juízo de merecimento há de ser feito sobre os *smarts contracts*. Apoiando-nos uma vez mais nos ensinamentos de PERLINGIERI, depois de visto o caráter estrutural do fenômeno, (“*como é*”), a análise do elemento funcional (“*para que serve*”) <sup>34</sup> deve ser considerada neste contexto da função social. Nesta verificação os *smarts contracts* foram implementados com a finalidade declarada de reduzir os custos e os riscos de inadimplemento contratual e neste sentido vem a observação de RASKIN: “One reason for the existence of contractware may be the lowering of costs through the ensuring of performance without recourse to the courts.” <sup>35</sup> A esta, se focarmos no Brasil, poderíamos somar seguramente a questão da morosidade e da efetividade das medidas judiciais existentes para impedir o descumprimento das obrigações contratuais. Gustavo TEPEDINO e

---

<sup>29</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 3:contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.65.

<sup>31</sup> “Interesse social: O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social [...]”. In: **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico] / Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>32</sup> Mais especificamente na função social da propriedade, do inciso III, do art. 170, da CF.

<sup>33</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3a. ed. Tradução: CICCIO, M. C. de. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.

<sup>34</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: CICCIO, M. C. de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.642.

<sup>35</sup> RASKIN, Max. **The law and legality of smarts contracts**. GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW, 2017, p.315. Tradução livre: “Uma razão para a existência de contratos pode ser a redução de custos através da garantia de adimplemento sem recurso aos tribunais.”

Rodrigo da Guia SILVA, acrescentam “[...] a potencialidade dos smart contracts para a automação da oposição da exceção de contrato não cumprido, assegurada pelo art. 476 do Código Civil [...]”.<sup>36</sup>

Ocorre que *agilidade* e *rapidez* costumam caminhar em sentido inverso de outro valor igualmente importante, ou seja, a *segurança*.

É claro que quando o smart contract autoexecuta uma ordem para a “[...] desativação do dispositivo de arranque ou de transmissão de marcha do veículo locado diante da ausência de pagamento do aluguel por parte do locatário [...]”<sup>37</sup> a linguagem de código não será capaz de interpretar nuances que possam ter ocorrido no caso concreto. Por exemplo, esse locatário pode ter feito um pagamento menor do que o pactuado por ter recebido um veículo também de qualidade inferior à contratada na plataforma de locação (exercendo ele mesmo uma exceção de *non rite adimpleti contractus*).

Por conta destes fatores atrelados à dificuldade de controle judicial capaz de interferir na autoexecutoriedade trazida pelo pacto adjeto dos *smarts contracts*, Antonio Carlos EFING e Adrielly Pinho SANTOS, vão concluir pela sua desconformidade com a função social do contrato:

Em primeiro lugar, considera-se que o conceito do smart contract, por si só, apresenta-se em sentido contrário a todo conteúdo normativo do princípio da função social dos contratos. Veja-se que, sendo autoexecutável, obrigatório e capaz de afastar qualquer interferência externa, não seria tecnicamente possível limitar os interesses privados das partes, para atendimento dos interesses sociais, tampouco, a modulação dos efeitos produzidos pelos termos da avença, exatamente porque, uma vez celebrado, o contrato produzirá seus efeitos automaticamente, sem possibilidade de reversão da medida, pelo mesmo contrato.<sup>38</sup>

Não obstante a justeza da preocupação dos doutrinadores acima mencionados, se adotada essa conclusão, qual seja, que os *smarts contracts* são contrários à função social dos contratos, não restaria outra alternativa senão a vedação da

---

<sup>36</sup> TEPEDINO, Gustavo e SILVA, Rodrigo da Guia. Smarts contracts e as novas perspectivas de gestão do riscocontratual. **Pensar**, Fortaleza, v. 26, n. 1, jan./mar. 2021, p. 07.

<sup>37</sup> op. e loc. cit.

<sup>38</sup> EFING, Antonio Carlos e SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, ago./dez. 2018, p. 59.

sua utilização. Se não nos contratos paritários de direito empresarial, ao menos nos contratos de consumo. E mesmo nos contratos assimétricos <sup>39</sup>entre empresas desiguais, ou aqueles que a moderna doutrina italiana tem denominado de *il terzo contratto*:

*Il nuovo paradigma, per restare alle sigle high tech, è quello del contratto «B (maiuscolo) 2 b (minuscolo)», nel quale il professionista debole (l'imprenditore «economicamente dipendente») sembra prendere il posto del consumatore. E questa prima immagine apre, alla ricerca di identità della nuova figura, due prospettive antitetiche: la prima imperniata sull'estensione del modello noto, la seconda volta alla costruzione di un nuovo schema.<sup>40</sup>*

Ocorre que o fato social decorrente do progresso tecnológico está entre nós e não nos parece nem possível e nem razoável pretender a sua exclusão. A facilitação da circulação de riquezas, a redução de custos de contratação, a democratização do acesso a determinados produtos e serviços parecem servir, a uma mão, à função social do contrato. Por outra, não há, nos problemas apontados, nocividade tão grande a ponto de excluir os *smarts contracts* do guarda-chuva protetivo/regulador de nosso Direito Privado. Não há neles nada que não possa ser razoavelmente contornado com a correta compreensão da sua estrutura e a estreita aplicação de um *standard* de comportamento adequado, preconizado pela boa-fé objetiva.

### 3.2 *Smarts contracts* e a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, como padrão de comportamento é princípio fundamental de qualquer relação contratual, seja ela civil-empresarial ou consumerista. Cláudia Lima MARQUES bem sintetiza essa ideia nos seguintes termos:

---

<sup>39</sup> Justamente nesses contratos assimétricos entre pessoas apenas formalmente iguais é que enxergamos haver espaço de tratamento diferenciado com base no aspecto interno da função social, naquilo que poderia ser entendido, como já visto, como um princípio autônomo (Equivalência Material).

<sup>40</sup> GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il terzo contratto: L'abuso di potere contrattuale** (Prismi) (Italian Edition) . Società editrice il Mulino, Spa. Edição do Kindle, posição 148. Em tradução livre: “ O novo paradigma, para ficar com as siglas high tech, é o do contrato «B (maiusculas)2b(minúsculas)», em que o profissional fraco (o empresário “dependente economicamente”) parece tomar o lugar do consumidor . E esta primeira imagem abre, em busca da identidade da nova figura, duas perspectivas antitéticas: a primeira articula-se com a extensão do modelo conhecido, a segunda com a construção de um novo esquema.”

Este princípio sempre foi aceito pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e, apesar de que nosso Código Civil de 1916 não possuía norma semelhante à cláusula geral do § 242 do Código Civil alemão ou à do art. 1.366 do Código Civil italiano, o CDC impõe o princípio da boa-fé objetiva com especial importância na interpretação dos contratos de consumo (art. 4.º, III, c/c arts. 51 e 47). O CC/2002, igualmente, tanto impõe a interpretação conforme a boa-fé, no art. 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), como apresenta importante cláusula geral, no art. 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”).<sup>41</sup>

Dentre as três funções principais da boa-fé, quais sejam, a interpretativa, a de controle e a integrativa,<sup>42</sup> esta última é a que parece ter mais relevo na análise dos *smarts contracts*. Como é cediço, pela função integrativa se completa “[...] o conteúdo contratual com deveres que compõem, substancial e concretamente, o contrato: cooperar com a contraparte, em vista de alcançar o adimplemento, fim justificador do contrato; atuar com a lealdade exigível a uma pessoa proba [...]”, como ensina Judith MARTINS-COSTA.<sup>43</sup> A mesma autora continua destacando ainda o dever de:

[...]informar com a completude necessária para viabilizar um consentimento informado à proposição negocial ou a modificações que alterem, no iter contratual, as condições pactuadas; proteger os legítimos interesses da contraparte, de modo que o contrato não seja um fator produtor de danos injustos ao outro contratante ou ao seu patrimônio.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]: **o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>42</sup> Também denominada de função criadora “[...] (pflichtenbegründende Funktion), seja como fonte de novos deveres (Nebenpflichten), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação [...] por Diógenes Faria de CARVALHO e Cláudia Lima MARQUES. In: MARQUES, Cláudia Lima [et. al.]. **Contratos de serviços em tempos digitais** [livro eletrônico]: **contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, s/p.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 572.

<sup>44</sup> op. e loc. cit.

Portanto, os deveres informativos, impostos pela boa-fé, hão de ser observados no âmbito contratual, desde a fase pré-contratual, como também durante todo o *iter* de desenvolvimento e cumprimento das obrigações contratuais,<sup>45</sup> até a fase pós-contratual.<sup>46</sup>

Tais deveres assumem enorme relevância diante de qualquer assimetria informacional que possa haver entre os contratantes (ou futuros contratantes).

É claro que esta vulnerabilidade no caso das relações de consumo é premissa do próprio sistema consumerista e os deveres de transparência e de informação já surgem nos primeiros artigos do CDC.

O art. 4º<sup>47</sup>, por exemplo, além de estampar no seu inciso I o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, no seu “caput” traz como “[...]novo princípio básico norteador[...]”<sup>48</sup>, nos dizeres de Cláudia Lima MARQUES, o da transparência, que significa:

[...] informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.<sup>49</sup>

O art. 6º, inciso III<sup>50</sup>, do mesmo CDC, por seu turno, traz o dever de informação como um dos direitos básicos do consumidor.

<sup>45</sup> Lembrando que a obrigação deve ser vista como um processo: “A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos.” in: COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 85.

<sup>46</sup> Neste sentido: “Os deveres colaterais não são obrigações em sentido técnico, senão deveres derivados da boa-fé. Sua existência abarca o período pré-contratual, contratual e pós-contratual.” In: MARQUES, Cláudia Lima [et. al.]. **Contratos de serviços em tempos digitais [livro eletrônico]: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, s/p.

<sup>47</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

<sup>48</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor [livro eletrônico]: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>49</sup> op. e loc. cit.

<sup>50</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

O já mencionado Projeto de Lei 3514/15 aumentou o rol destes direitos básicos e incluiu, dentre outros, “a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias [...]”<sup>51</sup>. Afora isso, propõe um art. 45-B, que trará o seguinte:

“Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios e demais meios eletrônicos, bem como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações: (...). IV - condições integrais da oferta, incluindo modalidades de pagamento, disponibilidade e forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço; V - características essenciais do produto ou serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

E ainda, nos artigos seguinte:

Art. 45-D. É obrigação do fornecedor que utilizar meio eletrônico ou similar: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, destacadas as cláusulas que limitem direitos; (...) IV - assegurar ao consumidor meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e a correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrendimento;

Art. 45-E. Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: I - em momento prévio à contratação, o contrato, em língua portuguesa, em linguagem acessível e com fácil visualização em sua página;

Como se denota, com a aprovação do Projeto os deveres informacionais, tanto no sentido de orientar o consumidor na obtenção do consenso, como de alertá-lo no atinente aos riscos, vão ficar ainda mais fortes e específicos, no tocante à aplicação aos *smarts contracts* de consumo. O fornecedor será especificamente obrigado, segundo enxergamos, disponibilizar de modo claro, desde o momento da oferta: a) quais são as obrigações autoexecutáveis, b) os riscos de-

---

<sup>51</sup> XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo; (PL 3514/15)

correntes da incapacidade (absoluta ou relativa) de paralisação dos processos de autoexecução c) a ocorrência deflagradora programada (por exemplo, mora de tantos dias); e a *tradução* da cláusula autoexecutável da linguagem de código para a normal (português). É claro que não estamos sustentando não haver cabedal legislativo no momento, mesmo sem a aprovação do Projeto 3514/15. O CDC, já contém normas *gerais* que estabelecem as mesmas obrigações, como abordaremos na sequência. Mas, a especificidade das normas certamente facilitará a exegese.

No âmbito das relações empresariais para além da assimetria econômica, certamente a de informação faz com que se possa tratar desigualmente aquele contratante que não detém em suas mãos os dados sensíveis acerca da contratação. Tratando dos pactos com assimetria de poder contratual a doutrina italiana do *terzo contratto* trata desta imposição “[...] *al contraente «forte» di pervasivi obblighi (precontrattuali) di comportamento, e in particolare di obblighi informativi*”.<sup>52</sup> Entre nós, nada obstante a ausência de retorno no sítio de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca dos termos *smarts contracts* e *contratos inteligentes*, em situações análogas já se optou pela aplicação da denominada Teoria Finalista Mitigada, como se vê do paradigmático julgado de relatoria da Ministra Nancy ANDRIGHI:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE AERONAVE POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS. AQUISIÇÃO COMO DESTINATÁRIA FINAL. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

1. Controvérsia acerca da existência de relação de consumo na aquisição de aeronave por empresa administradora de imóveis. 2. Produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes. 3. Existência de relação de consumo, à luz da teoria finalista mitigada. Precedentes. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”4.“O próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a exis-

---

<sup>52</sup> GITTI, Gregorio; Villa, Gianroberto. **Il terzo contratto: L'abuso di potere contrattuale** (Prismi) (Italian Edition) . Società editrice il Mulino, Spa. Edição do Kindle, posição 843. Traduzido livremente: “imposição ao contratante “forte” de obrigações comportamentais (pré-contratuais) e, em particular, de obrigações de informação.”

tência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF.<sup>53</sup>

Transportando, pois, essa realidade para os *smarts contracts* tem-se uma situação em que o contratante que detiver o conhecimento e o poder de cifrar parte do contrato em linguagem de código para fins de autoexecução de obrigações avençadas será, evidentemente, o mais forte, em desfavor de quem pensarão com muita força os deveres informacionais. Isto, com mais relevância, na fase pré-contratual, quer seja, no momento da oferta pública da avença com pacto adjeto de smart contract, quer seja em eventual fase de negociações preliminares ou mesmo na fase da proposta.

É verdade que em muitas situações as avenças com pactos de smart contract são informais, lendo-se, contratos digitais, mais do que propriamente os verbais.

Quando isso ocorre nos contratos de consumo, os quais, por uma constatação meramente empírica, são a maioria em termos de *smarts contracts*, há uma série de normas, já em vigor, inclusive, que reforçam o dever de transparência e informação. Nesse sentido socorre-nos uma vez mais Cláudia Lima MARQUES:

Mesmo havendo liberdade de forma no sistema do CDC, se utilizados pelos fornecedores de serviços determinados métodos de marketing ou de oferta massificada de contratos, o CDC traz regras específicas sobre o direito de reflexão e arrependimento do consumidor (art. 49 do CDC), sobre a identificação da publicidade (art. 36 do CDC), sobre a inclusão de todas as informações suficientemente precisas (art. 30 do CDC), prestadas diretamente ou por representantes autônomos (art. 34 do CDC), inclusão de pré-contratos, recibos e escritos particulares (art. 48 do CDC), assim como regras específicas para a redação clara dos contratos em geral (art. 46 do CDC), redação clara e destaque das cláusulas limitadoras em caso de contratos de adesão.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> STJ, RMS 27.512/BA, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Dje 23.09.2009.

<sup>54</sup> MARQUES, Cláudia Lima [et. al.]. **Contratos de serviços em tempos digitais** [livro eletrônico]: **contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, s/p.

Ainda no âmbito consumerista, como adverte Bruno MIRAGEM, “[...] é necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor.”<sup>55</sup> No âmbito contratual, conforme o mesmo autor, a informação adequada deve trazer, ao menos “ [...] a) as condições da contratação; b) as características dos produtos ou serviços objetos da relação de consumo; c) eventuais consequências e riscos da contratação”.<sup>56</sup>

Nos contratos civis-empresariais - e poderíamos pensar, v.g., em uma empresa que alugue uma frota de veículos para sublocá-los, com pacto de *smart contracts* para bloqueio da ignição no caso de inadimplência - ainda que não se aplicasse a já citada Teoria Finalista Mitigada, o dever persiste. Vale dizer, se a contratação for digital, por um sítio de Internet, aplicativo ou telefone, devem existir alertas claros e perceptíveis das consequências de haver aquele tipo de avença, por força da boa-fé objetiva.

E quais os principais alertas que, num e noutra caso, devem estar presentes? Primeiramente que o pacto vai ser executado, total ou parcialmente, por um *smart contract*. Afora isso, que essa modalidade de pactuação excluirá, ou em muito dificultará<sup>57</sup>, a possibilidade de serem obstados os comandos advindos dos códigos programados, ainda que por determinação judicial.

Em outras palavras, o contratante *forte* há de informar ao *fraco* os riscos que aquele tipo de contratação pode trazer, de modo a fazer com que ele tenha uma manifestação mais refletida acerca de sua aderência ou aceitação à avença com *smart contract*. Afinal, conforme o magistério de Judith MARTINS-COSTA

Na fase antecedente a um contrato, servem os deveres informativos muito especialmente para possibilitar o consentimento informado. Os bens jurídicos protegidos são a higidez

---

<sup>55</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>56</sup> op. cit.

<sup>57</sup> De acordo com Max RASKIN, isso dependeria de se tratar de um *smart contract forte* ou *fraco*: “*Strong smart contracts have prohibitive costs of revocation and modification, while weak smart contracts do not. This means that if a court is able to alter a contract after it has been executed with relative ease, then it will be defined as a weak smart contract. If there is some large cost to altering the contract in a way that it would not make sense for a court to do so, then the contract will be defined as strong.*” Em tradução livre: “Smarts contracts fortes são aqueles que têm custos proibitivos de revogação e modificação, enquanto os smarts contracts fracos não os têm. Isso significa que se a Justiça tiver a capacidade de alterar um contrato depois dele ter sido executado com relativa facilidade, este contrato será definido como *fraco*. Ao passo que se existirem custos altos o bastante para tornarem qualquer alteração sem sentido, o contrato será tido como *forte*.” In: The law and legality of smarts contracts. **GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW**, 2017, p. 310.

da manifestação negocial e a confiança que possibilita não apenas acalentar expectativas legítimas mas, igualmente, avaliar riscos.<sup>58</sup>

Para tanto, não será possível que todo o contrato seja redigido apenas em linguagem codificada, ininteligível, à evidência, pelas pessoas comuns.

Não se enxergam grandes dificuldades para que isso seja feito, quer seja por mensagens escritas, de modo destacado, por alertas verbais (em contratos telefônicos) ou mesmo por alertas afixados nas máquinas automáticas (por exemplo, de que, uma vez inserido o dinheiro, ou digitada a senha do cartão, a operação tornar-se-ia irreversível). Uma das sugestões de Jorge RAY seria “[...] o uso de interfaces para a contratação eletrônica que serão desenhadas por sociedades empresárias de modo a permitir às pessoas que querem com elas contratar, utilizá-las de modo a delinear seus anseios em linguagem natural [...]”.<sup>59</sup>

Desta feita, havendo respeito aos deveres informativos da boa-fé objetiva, entendemos não haver óbices significativos ao uso dos *smarts contracts*, tanto no ambiente contratual empresarial, como no consumerista.

#### 4. CONTROLE JUDICIAL E ADMINISTRATIVO NOS SMARTS CONTRACTS

A impossibilidade quase absoluta de intervenção judicial para obstar a autoexecutoriedade dos *smarts contracts*, como já visto, desde que haja o cumprimento dos deveres informativos acerca deste risco para o contratante vulnerável, não o torna necessariamente nocivo à sociedade.

Entretanto, havendo realçada assimetria contratual, a intervenção judicial, quando isso não ocorrer, há de ser certa e contundente.

Ponderamos que nos contratos empresariais, não obstante as criticáveis alterações do Código Civil promovidas pela Lei da Liberdade Econômica (lei 13.874/19), a assimetria informacional acerca dos *smarts contracts* já faz ruir

---

<sup>58</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 580.

<sup>59</sup> REY, Feliu Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p.112.

a presunção do novo art. 421-A, “caput”.<sup>60</sup> O *elemento concreto* que justifica o afastamento da presunção de paridade e simetria está justamente na absoluta falta de controle do contratante vulnerável acerca dos comandos em linguagem de programação inseridos no pacto.

Consequentemente, a tal *intervenção mínima* - tão cara ao legislador da Lei 13.874/19 a ponto de repeti-la no parágrafo único do art. 421<sup>61</sup> e no inciso III, do art. 421-A<sup>62</sup> -, fica definitivamente afastada destes (para dizer o mínimo) casos. De modo que, ainda que não se mitigasse a Teoria Finalista para considerar o contratante fraco equiparado ao consumidor, entendemos haver, mesmo no Código Civil, cabedal protetivo adequado.

Como o Direito do Consumidor não foi contemplado pela Lei da Liberdade Econômica, os seus pactos ficaram imunes a esta malfadada tentativa de retorno do contrato ao século XVIII, por ela promovida.

O fato é que em ambos os casos o dirigismo contratual é necessário para a própria implementação desta figura tecno-jurídica de modo efetivo entre nós. Porque, se não houver confiança - classificada por Cláudia Lima MARQUES, como paradigmática para os tempos digitais,<sup>63</sup> - das partes envolvidas a experiência tenderá a não se alastrar. Mesmo porque, também para Bruno MIRAGEM “[...] proteção da confiança é, atualmente, um dos mais importantes princípios do direito privado” e, também leva em conta a “[...] a regularidade das tratativas e dos termos acordados entre consumidores e fornecedores”.<sup>64</sup>

Dentro desta visão, primeiramente, emerge o dever de indenizar como o remédio mais comum à hipótese de violação dos deveres informativos. Aliás, na violação destes deveres, como pondera Judith MARTINS-COSTA, “normalmente a consequência será indenizatória [...]”.<sup>65</sup> Então se, por exemplo, o contratante

---

<sup>60</sup> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:[...].

<sup>61</sup> Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

<sup>62</sup> III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

<sup>63</sup> MARQUES, Cláudia Lima [et. al.]. **Contratos de serviços em tempos digitais [livro eletrônico]: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, s/p

<sup>64</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor [livro eletrônico]**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>65</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.590.

vulnerável tiver feito um pagamento não acusado pelos códigos do *smart contract* e isso bloquear indevidamente a fechadura do apartamento locado é óbvio que haverá dever de indenizar, pelos danos materiais e morais experimentados.

No âmbito do Direito do Consumidor haverá, neste caso, responsabilidade civil por defeito do serviço, nos termos do art. 14, do CDC <sup>66</sup>, pois, no magistério de Bruno MIRAGEM “[...] a ausência da informação compromete o atendimento ao dever de segurança (artigos 12 e 14, caput, e artigo 9º, do CDC), uma vez que desta falta decorrem danos à integridade pessoal e patrimonial do consumidor.” <sup>67</sup>

No Direito Civil, se se entender pela sua aplicação, o fundamento legal será extraído dos arts. 186 <sup>68</sup> e 927 <sup>69</sup> do código de regência.

Agora, não se pode perder de vista que a Constituição prevê no art. 5o, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*. E ao fazê-lo, como observam Luiz Alberto David de ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES Júnior, “[...] dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, (...) deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos.” <sup>70</sup>

Para ficarmos no mesmo exemplo, então se o locatário sabe *antes* que sua fechadura vai ser bloqueada, o que é pouco provável, teria condições de pleitear alguma tutela antecedente a fim de obstar que isso ocorresse. Agora, se se depara com a situação já concretizada, então o que vai poder fazer é pedir uma medida urgente para que possa retirar seus pertences do local (caso isso não seja feito pelo locador, evidentemente) e se valer do pleito indenizatório. Poderia conseguir, de outra sorte, uma tutela de urgência em obrigação de fazer, obrigando o locador a lhe ceder outro apartamento de igual valor, ou lhe pagar um quarto de hotel pelo restante do tempo da estadia.

---

<sup>66</sup> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam [...].

<sup>67</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>68</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>69</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>70</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998., p. 104.

Nos soa claro, por outro lado, que em um contrato de duração <sup>71</sup> o mau funcionamento dos códigos do *smart contract* nas primeiras operações pode levar à revisão judicial da avença toda a fim de, por exemplo, afastá-lo das operações vindouras. Imaginemos um contrato entre um consumidor e uma Fintech que tenha pela via do *smart contract* estabelecido a venda de ações de modo automático se alcançado um patamar predefinido. A inaptidão dos códigos nas primeiras operações permitirão a revisão do contrato para a retirada (ou modificação) das ordens autoexecutáveis.

Seria de se indagar, finalizando este tópico, se o descumprimento dos deveres de informação, sem alegação de prejuízo concreto por parte dos contratantes vulneráveis por si só seria sancionado.

Nos vínculos contratuais civis-empresariais a resposta tende a ser negativa, pois não se vislumbram normas que imponham outras sanções além da responsabilidade civil, da qual não se cogita sem danos.

Entretanto, nos contratos de consumo a questão muda de rumo. Oportuna a lição de Bruno MIRAGEM sobre a inobservância dos deveres informativos:

[...] o descumprimento do dever pode dar causa tanto ao cumprimento específico da obrigação com a qual se compromete a oferta (quando esta for mais vantajosa para o consumidor), quanto a imposição das sanções específicas previstas no CDC (multa etc.), sem prejuízo da indenização por perdas e danos ao consumidor ou à coletividade prejudicada. Isto não exclui, evidentemente, a possibilidade de determinação, via administrativa ou judicial, de providências no sentido de compelir o fornecedor que esteja violando os deveres estabelecidos no artigo 31, a que os cumpra, sob pena de outras sanções cabíveis (inclusive sujeitando-o a imposição da multa processual por descumprimento, as astreintes).<sup>72</sup>

Das hipóteses acima aventadas, chama a atenção primeiramente a referência ao art. 31,<sup>73</sup> do CDC, que cuida dos deveres informativos na oferta e na apresen-

---

<sup>71</sup> Também denominados de contratos *cativos* por Cláudia Lima MARQUES. In: **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]: **o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>72</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>73</sup> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

tação dos produtos e serviços. Considerando, nos caso dos *smarts contracts*, que essas ofertas serão massificadas nas relações de consumo é crucial que haja a atuação dos órgãos de proteção aos direitos dos consumidores para que fiscalizem a exatidão de seus conteúdos. Frise-se, com supedâneo na melhor Doutrina, que “ o rol de características destacado pelo art. 31 é meramente exemplificativo”,<sup>74</sup> pelo que nos *smarts contracts* a advertência acerca da autoexecutoriedade das obrigações contratuais passadas em linguagem de programação deve ser abarcada pela norma.

A especificidade dos *smarts contracts* quanto à autoexecutoriedade é tão relevante que nem mesmo a aplicação do comando do art. 46,<sup>75</sup> do CDC pode se dar de forma plena. Afinal, ainda que não cumprido o “[...] “dever de oportunizar” o conhecimento sobre o conteúdo do contrato [...]”,<sup>76</sup> mormente acerca da autoexecução de obrigações contratuais, ela pode ocorrer antes que o consumidor consiga uma medida preventiva qualquer. Nada obstante, ainda que aplicado *a posteriori* a norma pode ser pedagógica no sentido de o fornecedor ajustar suas propostas futuras. Sem prejuízo de assim se decidir no caso de eventuais obrigações posteriores e do aspecto indenizatório, inclusive invertendo-se a conclusão acerca do inadimplemento. Ademais, considerando os *smarts contracts* como pacto adjeto ou cláusula contratual, o consumidor poderia invocar a sua nulidade pelo descumprimento dos deveres de boa-fé (no caso de informação faltante ou insuficiente), também com fulcro no art. 51, IV, do CDC.<sup>77</sup>

Por tudo isso, além da intervenção judicial, o controle administrativo pelos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor<sup>78</sup> seria de nomeada importância. Logo, além dos órgãos públicos, também os demais que promovem a defesa do consumidor “[...] incluindo-se deste modo as Promotorias de Defesa do Consumidor, as Defensorias Públicas, Agências reguladoras

---

<sup>74</sup> MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, s/p.

<sup>75</sup> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

<sup>76</sup> MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno.op. cit.

<sup>77</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

<sup>78</sup> vide art. 105, CDC: Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

de serviços públicos, dentre outros”<sup>79</sup> precisam estar primeiramente cientes da novel figura jurídico-tecnológica (e de seus riscos) para fiscalizar o cumprimento dos deveres informativos por parte dos fornecedores que dela se utilizam. Se for o caso, inclusive, sancionando-lhes, na forma do art. 56,<sup>80</sup> do CDC.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Smarts contracts* são dispositivos informáticos programados em linguagem de código capazes de autoexecutar alguns comandos adrede preparados. São inseridos em contratos possuindo, ao nosso ver, a natureza jurídica de pactos adjetos. A sua inclusão em um contrato, por si só, faz com que o pacto seja entranhado na categoria maior do denominado comércio eletrônico.

Como realidade já existente no mundo fático, deve ser recepcionado pelo Direito pátrio por conta do juízo de merecimento, eis que, se corretamente normatizado, não apresenta nocividade evidente ao ambiente contratual, podendo trazer, ao contrário, alguns ganhos em relação ao reforço para o adimplemento das obrigações contratuais e diminuição de custos na hipótese de inadimplemento.

Entretanto, para que haja a conformação dos *smarts contracts* aos principais princípios contratuais, tanto do Direito Civil, como do Direito do Consumidor, é preciso reconhecer acentuada assimetria entre o contratante que abastece e opera os códigos destes protocolos e os demais. No caso dos contratos civis-empresariais, há fator concreto a afastar a presunção de paridade referida pelo art. 421-A, do CC e nos contratos consumeristas a vulnerabilidade é, por assim dizer, dobrada.

Assim, os deveres informativos, decorrentes da boa-fé objetiva, devem se fazer presentes de forma destacada no momento da proposta ou oferta. Isso para que os contratantes tenham conhecimento da imutabilidade dos códigos e, conseqüentemente, dos riscos e limitações que podem passar a ter ao concordarem com este pacto adjeto, como, por exemplo, a quase impossibilidade de suspensão prévia, mesmo pela via judicial, da execução do que foi determinado nos códigos computacionais. Não obstante já haver no CDC forte cabedal legislativo de proteção ao contratante vulnerável em face de uma avença com

---

<sup>79</sup> MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. op. cit.

<sup>80</sup> Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:[...].

smart contract, a aprovação do Projeto de Lei 3514/15 tenderá a trazer normas ainda mais específicas que a isso se prestem (muito embora não haja referência expressa a esta figura tecno-jurídica).

A violação dos deveres de informação prévia poderão implicar em deveres de reparação do dano, tanto no âmbito do Direito Civil, como no do Consumidor, podendo, neste último, ser invocado o acidente de consumo por descumprimento do dever de segurança.

Cabível, ainda, a intervenção judicial nos contratos de duração ou relacionais a fim de desvincular os *smarts contracts* das obrigações futuras, quando houver qualquer violação anterior a direito do contratante mais fraco.

Recomendável, por fim, a atuação dos órgãos de controle administrativo que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fim de observarem o cumprimento do dever de informação por parte dos contratantes beneficiados com o uso de *smarts contracts* em ambiente de consumo e de promoverem a imposição das sanções cabíveis em caso negativo.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

EFING, Antonio Carlos e SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos *smart contracts* à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 49-64, ago./dez. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il terzo contratto: L'abuso di potere contrattuale** (Prismi) (Italian Edition) . Società editrice il Mulino, Spa. Edição do Kindle. LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 3:contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. [S.l.]: **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 40-41

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]: **o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. [et. al.]. **Contratos de serviços em tempos digitais** [livro eletrônico]: **contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores** . 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico] .3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

NALIN, Paulo. **Contrato: Conceito Pós-Moderno, Do** - Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional, 2ª Edição – Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2008, PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3a. ed. Tradução: CICCÒ, M. C. de. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

NALIN, Paulo. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: CICCÒ, M. C. de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW.

REALE, Miguel **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REY, Feliu Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. (traduzido por Eleonora Jotz e Marcos Catalan). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019, p. 97.

RODAS, João Grandino. [coordenador]. **Direito econômico e social** [livro eletrônico]: **atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. 1<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018., s/p.

TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Nelson, e BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

**Submissão:** 04.janeiro.2023

**Aprovação:** 17.fevereiro.2023



# A TERRÍVEL JUSTIÇA: O RESPEITO À DIVERSIDADE E AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO

*The Terrible Justice: Respect for diversity and the principle of secularity of the State*

Wagner Quadros <sup>1</sup>

Ariane Alves de Quadros <sup>2</sup>

**ÁREA:** Direito Constitucional.

**RESUMO:** A indicação para ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal nem sempre atende aos requisitos previstos no art. 101 da Constituição da República. E este é um problema que se repete a cada governo que se sucede no país. O presente artigo pretende, por meio de análise da doutrina mais balizada, discorrer sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nomeação de Ministro. Religião. Critérios constitucionais.

**ABSTRACT:** The nomination for the position of Supreme Court Justice does not always meet the requirements provided for in art. 101 of the Constitution of the Republic. And this is a problem that is repeated with every successive government in the country. This article intends, through an analysis of the most authoritative doctrine, to discuss the subject.

**KEYWORDS:** Appointment of Minister. Religion. Constitutional Criteria.

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas.

<sup>2</sup> Estudante de Direito - 5º Ano - PUC/SP.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Contextualização e problematização. 3. Considerações e análise. 4. Democracia mitigada. 5. Conclusões Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

As mitologias são ricas de personagens que, sendo divinos, ainda assim apresentam muitas características humanas. E, como as divindades são frequentemente descritas como muito poderosas (algumas, onipotentes), essa mistura de poderes divinos com limitações humanas produz, na literatura mítico-religiosa, resultados dramáticos.

Basta passear pela mitologia greco-romana, ou por narrativas de enredos de matriz religiosa, para constatar que condições e qualidade bem humanas como egoísmo, inveja, ódio, belicismo, ambição, orgulho, vaidade e cobiça - entre outras - caracterizam as personalidades geralmente atribuídas a seres de natureza divina.

Tanto a concepção majoritariamente ocidental do Deus único, criador de todas as coisas, como a de divindades identificadas com as forças da Natureza ou com certas qualidades humanas têm muito a dizer sobre o que fomos e somos, e provavelmente ainda sobre o que seremos... Nossas crenças, assim como nossas opiniões e nossas ações, são também expressões do nosso mundo interno e da qualidade de relacionamento com o nosso mundo externo.

A gênese das crenças está imersa na bruma dos tempos imemoriais. As cosmogonias daí resultantes são recebidas como legado ou fardo do passado, e por isso a nossa visão atual de mundo muitas vezes não passa muito de uma atualização de crenças pretéritas.

Sob a perspectiva psicológica também é possível dizer que parte das nossas crenças está associada ao anseio inconsciente de escapar à finitude da vida humana. Daí o nosso encanto, enquanto crentes, por ideias como *eternidade*, *infinitude*, *onipresença*, *onisciência* e *onipotência*. As mitologias religiosas oferecem a esperança reconfortante e apaziguadora de que existe algo capaz de transcender a finitude material e de conduzir os seres humanos ao que seria sua verdadeira natureza e destinação espiritual. O anseio pela transcendência denuncia a necessidade que temos de seguir em frente, acreditando que tudo vai ficar bem, ainda que ao término de nossos enredos pessoais estejamos diante da inevitabilidade da morte do corpo.

Os mitos são também expressões do inconsciente coletivo - o repositório e fonte de conhecimento simbólico acumulado ao longo do tempo - que pode servir de espelho para que enxerguemos um pouco mais e melhor o que somos. Em aparente contradição, mas como recurso psicológico para se aproximar da divindade invisível e distante, o ser humano frequentemente utiliza a sua própria imagem para modelar a de Deus, e o faz por manifestação de um antropocentrismo ao mesmo tempo vaidoso e ingênuo.

Os mitos também podem ser entendidos como uma forma de interpretação e relacionamento com a realidade fenomênica, inicialmente identificando as forças da natureza como deidades. São a forma mais primordial de se buscar conhecer e compreender a realidade, instalando e mantendo certas “verdades” em dada comunidade. As tradições e os costumes estabelecidos a partir de princípios e premissas míticos tem como consequências o regramento e a pacificação primitivos das comunidades, semelhantemente ao que ocorre no mundo moderno por meio das normas jurídicas.

Os mitos cosmogônicos – as narrativas da origem do universo – funcionaram muitas vezes e ainda funcionam como forças homogeneizadoras da interpretação da realidade. Fenômeno semelhante ocorre com a noção de Estado, ficção jurídica que, na busca da pacificação, impõe padrões que muitas vezes restringem de forma indevida a manifestação de diversidades inerentes à condição humana. Assim como é nas crenças, é também no comportamento: os que não se adequam a certos padrões impostos que delimitam o que é socialmente adequado são vistos como transgressores e, frequentemente, inimigos. Daí a relevância de se refletir sobre o valor das crenças na formação de nossa compreensão das coisas e definição de regras, especialmente as de índole jurídica.

A partir das elaborações individuais e coletivas, não raro marcadas por imposições históricas feitas pelos povos vencedores aos vencidos (nesses conflitos entre os “bons” e os “maus”), as crenças religiosas têm funcionado ao longo do tempo como pilares que sustentam o edifício social. A humanidade se vale de ideias e crenças religiosas para a partir delas erigir um arcabouço de valores e princípios utilizados para parametrizar e organizar a vida em sociedade. No final das contas tendemos a viver em razão de crenças e de compreensões sobre *certo* e *errado* que carregam registros ancestrais do *bem* e do *mal* supra-humanos, responsáveis por nossa salvação ou perdição.

Conceitos como *certo* e *errado* e *bem* e *mal*, sob a influência do pensamento religioso, podem resultar em construções falaciosas como a oposição do “cidadão do bem” ao “marginal”, da mulher “empoderada” à mulher “bela,

recatada e do lar”, e do “homem de deus” ao “ateu”. Essa visão maniqueísta conduz inevitavelmente ao conflito com o outro (o errado é sempre o outro!...) e ao conflito (dois cegos, um querendo furar o olho do outro).

Herdamos ideias e valores dos nossos antepassados. Implementamos algumas alterações superficiais, é certo, mas em boa medida “ainda somos os mesmos e vivemos como nossos pais” (ou ancestrais). A sociedade moderna muitas vezes pode parecer mais racional e pragmática, e, portanto, menos dada a mistificações, mas nem sempre é assim. É verdade que muitos de nós não mais nos prostramos diante de imagens ou símbolos sagrados, mas o fazemos com igual ou maior devoção diante, por exemplo, de celebridades. É verdade que talvez não sejamos tão movidos pelo desejo de alcançar o paraíso celestial após a morte, mas alimentamos a ambição por um éden terreno, o lugar ideal para se viver onde o sofrimento seja mantido à distância. É verdade que muitos não mais acreditam em uma divindade única, criadora de todas as coisas, mas servem a uma entidade que tudo sabe, tudo pode e tudo resolve: o deus-Mercado... Os nossos deuses mudaram. O nosso paraíso é o que a conta bancária pode comprar.

Muitos criticam, inflamados, as injustiças e os desequilíbrios sociais, atribuindo a culpa aos que são ou pensam de forma diferente. Mas somos nós todos, juntos, os construtores dos nossos destinos, individual e coletivamente. Se a nossa realidade é injusta, todos somos responsáveis, em razão de nossas ações e omissões. E essas condutas não são expressão de consciências sempre condicionadas pelos processos históricos. Em outras palavras: o que pensamos e o acreditamos decorrem das circunstâncias em que vivemos, formadas pela resultante da conjugação da força das heranças do passado, com os conflitos do presente, e os sonhos e ambições projetados para o futuro.

Os sistemas de crenças religiosas em dada sociedade têm origem não apenas na imposição (pelos mais fortes aos mais fracos), mas também na herança (os conteúdos que recebemos dos antepassados) e nos conflitos ideológicos (choques entre propostas e interpretações divergentes). Daí decorre inevitavelmente a conclusão de que as convicções individuais são em boa parte frutos de contextos coletivos. A consciência individual é formada, inexoravelmente, no contexto social, no relacionamento com o outro indivíduo, e com as coletividades, o que denuncia a realidade de que o individualismo pode ser, mais do que uma perspectiva de observação da realidade, uma ilusão.

Sabemos que a liberdade religiosa é hoje, mais do que nunca, um valor muito importante nos sistemas democráticos. Ainda que reconheçamos várias

espécies de limitação a essa liberdade, como a imposição familiar de crenças às crianças, não há como desconhecer a relevância do princípio da laicidade do Estado para a garantia da Democracia.

As narrativas religiosas (todas!) merecem profundo respeito, até porque são frutos de processos históricos e expressam valores de uma determinada comunidade. Ainda que sejamos naturalmente egocêntricos e assim carreguemos a tendência de impor nossas crenças sobre as alheias, a sociedade não pode permitir que esse tipo de imposição se concretize, sob pena de gerar conflagrações. Quando se fala em crenças ou convicções pessoais a conversão do outro pela imposição nunca vai dar certo. Sempre vai gerar conflitos.

Envolver-se com desinteligências sobre questões de fé não é aconselhável. Esse tipo de conflitos (ainda que muitas vezes os interesses econômicos e pessoais estejam entre as suas causas primárias) tem marcado com sangue as mais violentas páginas da história humana. Basta dizer que a humanidade teve a ousadia de cunhar a expressão “guerra santa” para qualificar a destruição da vida humana por motivos supostamente espirituais.

Sim, porque aquele que discorda da crença alheia com frequência sente o impulso de impor a sua. E qualquer verdade imposta é intrinsecamente uma mentira já que para a pessoa a quem ela foi imposta não há convencimento, mas mera sujeição. E onde há mera sujeição há, ostensiva ou implicitamente, violência.

Sim, porque a violência nem sempre é explícita, e pode estar por exemplo, disfarçada em narrativa religiosa, como a promessa da perdição da alma para os que não aderem a determinada crença. A tal ponto a fé pode ser violenta que, não satisfeita com a danação eterna prometida por um deus vingativo, a própria Igreja Católica, em período obscuro da história humana, transformava a existência dos divergentes na concretização do inferno das fogueiras onde seus corpos arderam.

Somos seres em construção, como indivíduos e coletividade. Não chegamos ao ápice do nosso processo de elaboração interior. Ao contrário, provavelmente estamos nos primeiros passos do caminho. Por isso a ideia de uma filiação divina proposta por algumas crenças deve ser observada com alguma cautela. Porque se atribuímos ao ser humano em geral ou a algum indivíduo em particular uma condição intrinsecamente perfeita, infalível e incorruptível, legitimaremos a idealização e a mitificação de pessoas que, por melhores que pareçam aos olhos de outros, são pouco mais que animais com a capacidade de dominar (no pior dos sentidos) os outros e com o desejo de se autodeclarar superiores. Se por

um lado temos a tendência de criar um deus à nossa imagem e semelhança, ao atribuir-lhe as nossas características egocêntricas, materialistas e vingativas, por outro também temos o péssimo hábito de nos atribuir qualidades supostamente divinas, a começar pelo fato de nos proclamarmos “filhos de Deus” (um nepotismo muito conveniente, pois entronizados na condição de *quase-deuses* podemos fazer com os outros seres de natureza supostamente não divina literalmente o que quisermos, sem qualquer peso na consciência...)

Tais considerações não significam qualquer espécie de contestação ou negação de uma instância divina no universo, mas apenas uma advertência sobre os riscos envolvidos nas crenças que sobrevalorizam os próprios crentes em detrimento dos demais (os outros seres, os humanos descrentes, ou os crentes de outras filiações religiosas). Se os humanos criam a crença de que são superiores aos demais seres, e por isso os dominam, escravizam e destroem, parece evidente que esse tipo de fé se fundamenta na conveniência. E não é assim também em todas as filosofias e religiões que estabelecem os seus adeptos e fiéis como representantes da verdade, supostamente racional ou supostamente transcendente?

Esse é o panorama histórico e o cenário atual, talvez com mudanças não tão significativas ao longo da história: tanto individual como coletivamente estamos em meio a batalhas em que se entrecrocamos os deuses-verdades próprios e os demônios-mentiras alheios. Nisso talvez não haja intrinsecamente um grande mal, pois supostamente caminhamos sempre de verdades menores para verdades maiores. A maior armadilha em que podemos cair é a da plena convicção, de que já nos apossamos da verdade definitiva e de que os que discordam de nós foram corrompidos pelo engano absoluto. E dela resulta a raiz de todos os males humanos: a de nos considerarmos melhores que os outros em razão de nossas convicções ou crenças.

## **2. CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO**

“Poder” é a faculdade de fazer algo, ou mesmo de deixar de fazer. Pode também ser entendida como a capacidade de fazer, ou seja, apresentar condições de realizar algo. No âmbito da vida em sociedade (humana), esse termo reflete a delegação ou atribuição de funções para garantia da sua organização, regulação, funcionamento e harmonia. A Constituição Federal brasileira menciona em seu Art. 2º os Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, mas antes disso, já no parágrafo único do seu Art. 1º, estabelece que “todo o poder

emana do povo” e essa declaração é o reconhecimento (e o próprio conceito fundamental) da natureza democrática de todo o sistema jurídico. *Democracia* é literalmente poder do povo. Sistema democrático é a organização da sociedade em que, sem prejuízo dos direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias, prevalecem os interesses gerais (do povo = público) sobre os individuais.

Dentre os Poderes da República Federativa do Brasil (a União dos Estados, Municípios e Distrito Federal), o Judiciário é o que tem como missão a garantia dos direitos. O Poder Legislativo estabelece, por delegação do Povo, as normas que regulam a vida em sociedade e então, na dinâmica dos relacionamentos entre pessoas (físicas e jurídicas), havendo conflitos de interesses quanto ao exercício dos direitos previstos nas normas, o Judiciário aprecia tais conflitos e os resolve, dizendo como aplicar o direito ao caso (interpretando e aplicando o direito: *juris dictio*).

Ao estabelecer a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, o Art. 92 da Constituição da República, coloca no seu topo o Supremo Tribunal Federal. Enquanto o adjetivo “federal” revela que a sua atuação atua amplamente sobre a nação, envolvendo a federação de Estados, Municípios e Distrito Federal, o adjetivo “supremo” revela que nada nem ninguém se contrapõe àquele tribunal e que, portanto, suas decisões são (ressalvados os mecanismos internos de questionamento) finais.

O poder desse Tribunal é imenso: ele é o intérprete último da vontade do legislador e assim, na prática, a sua atuação impõe limite às ações dos Poderes Legislativo e Executivo. Se a “coisa julgada” (definitividade da decisão judicial) faz do preto o branco, e do quadrado o redondo, imagine-se quando ela emana do supremo julgador!... Ainda que alguém considere determinada decisão absurda, se ela vier do STF ela é incontestável, e essa constatação serve para enfatizar a (suprema) importância da escolha adequada da pessoa que assume a posição de Ministro dessa Corte.

Os critérios e condições para a escolha dos seus onze Ministros dizem respeito apenas, na Constituição Federal, a quem nomeia, a quem aprova a nomeação, à faixa etária do nomeado, e ainda a uma boa reputação e considerável conhecimento jurídico do candidato.

O cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal é vitalício, e isso significa que, tendo sido nomeado, o titular do cargo poderá ocupar a vaga até a sua aposentadoria voluntária, a partir dos 65 anos, ou compulsória, aos 75 anos, ou até a sua morte, antes de alcançar essas idades. Essa é outra circunstância que enfatiza o malefício de uma possível escolha equivocada do candidato

a Ministro, já que a sociedade tem que conviver com o magistrado supremo em princípio por muitos anos, o que eventualmente pode ser profundamente traumático, a depender da qualidade da atuação da pessoa empossada. Depois de nomeado, a esperança de alívio para a sociedade, em caso de erro na escolha, é a aposentadoria ou a morte. Há ainda quem defenda, embora não haja previsão constitucional específica, a possibilidade do *impeachment* de Ministro do STF, em razão do que consta do artigo 52, II, da Constituição, segundo o qual compete ao Senado processar e julgar ministros do STF quanto a crimes de responsabilidade. E recentemente, denunciando a existência de uma crise de credibilidade no Poder Judiciário, apenas no ano 2021, quase duas dezenas de pedidos de *impeachments* de Ministros do Supremo foram dirigidos ao Senado Federal.

Nada indica que se vá concretizar em curto ou médio prazo o afastamento forçado, por *impeachment*, de algum Ministro da Suprema Corte. Até muito recentemente os magistrados em geral tinham uma aura de seres superiores, distantes e intocáveis, alheios às nossas mazelas humanas da corruptibilidade e falibilidade. Com a evolução da democracia brasileira, estamos enxergando que os julgadores não passam de pessoas comuns com atribuições especiais e enorme responsabilidade.

Também recentemente constatamos que é possível afastar o mau político eleito para cargo de chefe do Executivo. Até então a única alternativa era a da não reeleição, coisa difícil de implementar pela conjunção da baixa consciência política do povo com o poder econômico e midiático dos candidatos. Isso é, em parte, o que explica a sobrevivência de maus políticos no poder às vezes por décadas. Presidentes da República podem ser impichados (Fernando Collor em 1992 e Dilma Rousseff, em 2016). Pessoas poderosas podem ser encarceradas.

O Brasil ainda tem a fama – merecida – de país da impunidade, e em parte isso decorre também da circunstância de que a sua história com a democracia é recente, pequena e frágil. Essa fragilidade foi há pouco tempo demonstrada pelas ameaças públicas e impunes feitas pelo próprio Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, ao Estado Democrático de Direito. A facilidade com que tal personagem flertou com o autoritarismo é parcialmente explicada pela juventude da democracia no país. O período entre 1975 e 1985 foi qualificado como “de redemocratização”, e envolveu os governos dos generais Ernesto Geisel e João Figueiredo, e esse processo resultou na implementação de eleições indiretas que devolveram o exercício do Poder a um presidente civil. O sistema democrático sucedeu, portanto, a ditadura que se estendeu de 1<sup>o</sup>/04/1964

a 15/03/1985 sob o comando de sucessivos governos militares, e então teve início a Nova República, quando José Sarney assumiu a presidência. Antes disso, entre 1937 e 1945, tinha havido outra experiência de governo ditatorial, o “Estado Novo”, sob a condução de Getúlio Vargas. Como somente em 1932 o Código Eleitoral assegurou o voto feminino, e somente em 1934 esse direito passou a ser previsto na Constituição Federal, não se pode dizer até então que a sociedade brasileira era propriamente *democrática*, já que aproximadamente cinquenta por cento do povo (as mulheres) não votava.

Muito há para se refletir, estudar, debater, amadurecer e aprender, individual e coletivamente, até que haja efetivamente uma evolução na consciência, na legislação e nas condutas, de modo a se criar mecanismos que garantam uma democracia mais consistente e pujante. Entre as mudanças necessárias para atingir tal desiderato está o estabelecimento de critérios e condições legais que garantam a boa escolha e a boa atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, inclusive com a possibilidade de afastá-los – por meio do processo de *impeachment*.

Até que haja tal evolução, é preciso redobrar a vigilância quanto às escolhas dos Ministros a serem nomeados para o Supremo.

É esse contexto de fatos e considerações que emolduram, a título de contextualização, o nosso questionamento: é compatível com o nosso sistema democrático estabelecer como critério de escolha para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal que o candidato seja “terrivelmente evangélico”?

Por mais inacreditável que possa parecer, o Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, anunciou que o candidato para o cargo apresentaria aquela qualidade, e foi assim que um pastor evangélico se tornou o Ministro André Mendonça.

O Art. 101 da Constituição da República estabeleceu, como requisitos para ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, ter mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. Não é objeto desta reflexão o exame ou consideração a respeito da reputação e do saber jurídico do Ministro André Mendonça. Mas parece bem claro que não foram essas supostas qualidades que o alçaram àquele tribunal, até porque certamente havia muitos outros candidatos atendendo a tais requisitos. O critério mais relevante parece ter sido aquele proposto pelo Presidente da República, da sua (terrível) ligação com determinada linha de pensamento religioso.

O que estará em jogo se o Estado, que deve servir a todos de forma igualitária, atuar por meio de indivíduos alçados a posições de poder *em razão de suas crenças e valores pessoais?*...

Quais os riscos para os divergentes?

### 3. CONSIDERAÇÕES E ANÁLISE

A condição humana se expressa na vida em sociedade. Somos seres gregários e, entretanto, somos movidos por impulsos eminentemente individuais. A harmonização entre os interesses públicos e os pessoais é o grande desafio da vida humana, e a regulação da vida social tem a dupla função de garantir a coesão social e os direitos individuais. Essa é a missão da ordem jurídica, em um contexto de democracia. **É, portanto,** de se esperar que as leis sejam elaboradas com esse espírito, de profunda atenção aos interesses públicos e profundo respeito aos direitos individuais fundamentais. Esse mesmo espírito deve orientar a inspirar a interpretação e aplicação das leis pelo Poder Judiciário. E é por isso que o Estado – o que legisla, o que administra, e muito especialmente aquele que interpreta e aplica a norma legal – deve estar acima e equidistante de credos religiosos. Porque do contrário o que é estabelecido como norma, como conduta transgressora e como sanção punitiva e pedagógica, podem exceder do seu papel harmonizador da vida social para então serem instrumentos de políticas autoritárias.

Ao longo da história ocidental e, em particular, após a formação dos Estados modernos e a centralização do poder, o entendimento acerca do que se tinha por benéfico à sociedade era reservado às elites detentoras do poder. Quando a burguesia surgiu e angariou poder econômico, a sociedade deixou de ser rigidamente testamentária. O Absolutismo ruiu, tendo como principal marco do seu término a Revolução Francesa, e cedeu lugar às repúblicas, que se disseminaram mais especialmente no mundo ocidental. A Constituição Estadunidense foi paradigmática para a busca de empoderamento por parte do povo, que cada vez mais participava ativamente do processo político, passando a eleger os dirigentes estatais.

Nesse período, a busca mais substancial dos iluministas, isto é, dos pensadores burgueses que teorizaram a respeito dos seus direitos, era a garantia estatal à liberdade: os administrados não mais eram meros peões sujeitos à **arbitrariedade estatal. Locke cresceu a essa concepção o direito**

**à propriedade: éramos, segundo ele, proprietários de nós mesmos, e conosco, assim como com o** produto de nosso esforço, poderíamos fazer o que bem entendêssemos. Houve, então, uma redução do domínio estatal sobre os corpos de seus administrados e, portanto, do seu poder.

Essa redução foi adquirindo cada vez maior abrangência: buscava-se minimizar as atribuições estatais e a sua intervenção sobre a atividade dos administrados. A liberdade religiosa encaixa-se nesse contexto: não mais se justificava a perseguição religiosa apenas pelo fundamento de que determinada crença religiosa era diferente daquela apoiada pelo Estado. Não cabia ao Estado adotar um posicionamento moral, porque todo comportamento que dissesse respeito a tradições e crenças particulares estaria permitido desde que não atentasse contra a liberdade alheia.

A busca da implementação de um sistema que priorize a diversidade sobre a homogeneidade, em decorrência do entendimento de que o ser humano tem o direito a sua interpretação particular e própria acerca do que lhe parece bom, é o que nos permite o distanciamento do autoritarismo que continuamente paira sobre as democracias como constante ameaça. A tendência à centralização e concentração do poder, disfarçada sob as vestes de proteção dos valores, tradições e crenças do povo permite que o governo recaia com assombrosa facilidade no totalitarismo, sob a genérica justificativa de garantia da manutenção do *status quo*. Nesse contexto torna-se fácil a transfiguração de um cenário de relativa paz social em um que permita – ou mesmo incentive – a perseguição política e o ataque a direitos individuais.

O fenômeno da globalização foi essencial para a compreensão de que a diversidade consistia em característica natural da humanidade. Apesar disso, nós nunca deixamos de deitar olhares desgostosos sobre o diferente (“Narciso acha feio o que não é espelho”). Se de um lado a globalização foi benéfica em muitos aspectos para a evolução da humanidade e, em particular, para a nossa aceitação da diversidade, de outro, também alimentou um processo de tensão generalizada entre os países, os quais, desejosos de poder, passaram a se relacionar sob uma atmosfera mais abrangente de competitividade, a “guerra de todos contra todos”.

Essa competitividade é uma marca da sociedade capitalista, e envolve tanto os Estados Nacionais como os indivíduos e grupos. Embora ela se manifeste como litígios fraticidas (efetiva ou simbolicamente) ela é tida como uma qualidade, seja para as empresas, nações ou pessoas físicas. O individualismo (a “guerra de todos contra todos” no plano dessas pessoas) é decorrência natural,

e se projeta em manifestações como “bairrismo”, patriotismo, e em diversos tipos de agrupamentos que excludentes ou desqualificadores das diferenças. Daí resulta muitas vezes a união dos iguais e a perseguição – até mesmo institucional – de grupos minoritários. Vigorou, em países ditos civilizados, a primitiva crença de que o “diferente” prejudicaria a união grupal, que por sua vez seria essencial à manutenção da sua força e do seu poder. De fato, a perseguição política sempre esteve pautada em um conflito de forças cujas raízes encontram-se no primordial desejo das elites – isto é, de quem quer que ocupe uma posição de destaque e influência - de centralização e manutenção do poder. O sentimento de aversão ao diferente – e o impulso de afastá-lo (ou exterminá-lo...) – não encontra respaldo na racionalidade, e qualquer tipo de intolerância não têm lugar em uma sociedade global alicerçada sobre premissas racionais e humanistas. Atingimos, afinal, o entendimento de que a liberdade individual não pode ser suprimida em prol de crença política ou religiosa que eventualmente tenha maior representatividade em determinada sociedade.

A liberdade, em todas as suas instâncias, envolve não apenas a conduta omissiva do Estado, de não interferir em questões pertinentes aos particulares, mas também a conduta ativa de garantir que os direitos sejam respeitados. Houve assim um período histórico de intensa constitucionalização dos direitos fundamentais, e a evolução do pensamento superou a proposta de que havia (ou deveria haver) proximidade entre a política e a religião (Carl Schmitt). Para além da mera permissão de se praticar religião diversa daquela eventualmente adotada pelo Estado, a liberdade religiosa passou a ser, portanto, a partir de então, direito fundamental, o que se concretizou no Brasil com a Constituição Federal de 1988, que promoveu a laicidade do Estado brasileiro.

Apesar disso ainda há resquícios da adoção estatal de determinada religião, evidenciados não apenas pela menção que o próprio texto constitucional faz a “Deus” como pela presença de crucifixos em inúmeras construções públicas. Certo é que dificilmente se promoverá uma completa separação entre Direito e religião, porquanto a noção de Justiça que paira sobre a mentalidade comum está impregnada de fundamentos religiosos de toda sorte. De fato, nossa concepção atual de Justiça, que envolve o entendimento do ser humano como centro de direitos – como pessoa, portanto - teve como uma de suas raízes a proposta cristã de valorização do indivíduo como “filho de Deus”. Essa valorização da pessoa humana, a que denominamos dignidade, tornou-se inclusive o fundamento supremo de nosso ordenamento jurídico e das democracias atuais.

A separação das dimensões pública e privada foi importante para o distanciamento do Estado das questões pessoais dos administrados, os quais passaram a ter autonomia (capacidade para ditar suas próprias regras), desde que insertos nos limites ditados pela legalidade. A liberdade, enquanto um dos supremos princípios da democracia, pode apenas ser restringida – e nunca suprimida – mediante o procedimento, proposto por Robert Alexy, da ponderação: pesa-se a relevância de um princípio face a outro em dado contexto, para apenas então delimitar-se o espaço jurídico a ser ocupado por cada um. Tanto assim é que não deixou de vigorar o brocardo segundo o qual a liberdade individual apenas abrange o espaço que não seja ocupado pela liberdade alheia.

Vimos, portanto, que:

- No contexto da vida humana naturalmente gregária e, contraditoriamente, tão individualista, a regulação jurídica é o que mantém um certo nível de equilíbrio e harmonia social.
- A norma legal somente cumpre essa função harmonizadora quando ela é produzida e aplicada a partir das premissas democráticas de atenção aos interesses públicos e respeito aos direitos individuais, o que inclui necessariamente a aceitação e o respeito pela diversidade, por se tratar de expressão da natureza humana.
- A formação dos Estados Nacionais, fruto da evolução histórica foi fenômeno relevante no reconhecimento e implementação dos direitos individuais. O autoritarismo, entretanto, paira como constante ameaça, e frequentemente sob a justificativa da defesa de tradições, valores e crenças.
- A globalização é fenômeno que favoreceu o maior respeito à diversidade, embora tenha alimentado a prática da competitividade, marca do capitalismo que conduz ao individualismo e reforça a tendência ao agrupamento de “iguais” e a aversão ao que é diferente.
- A liberdade religiosa é o princípio garantidor do respeito à diversidade no que diz respeito às questões da fé.

- A laicidade do Estado Brasileiro, implementada com a Constituição Federal de 1988 não apenas significou o afastamento da Estado da Religião, como resultou na garantia da liberdade de consciência (e de crença) como direito fundamental.
- A separação das dimensões pública e privada foi importante para o distanciamento do Estado das questões pessoais dos administrados, aos quais se reconhece o amplo direito à liberdade de consciência e conduta, com a única ressalva de não prejudicar o exercício da liberdade alheia.

#### 4. DEMOCRACIA MITIGADA

Pois bem. A questão problemática foco da nossa reflexão diz respeito à nomeação de Ministro para o Supremo Tribunal Federal em razão de uma qualidade religiosa, definida como “ser terrivelmente evangélico”.

A premissa fundamental da qual partimos é a de que vivemos em uma Democracia, que inclui a prevalência da garantia da diversidade sobre a homogeneidade. Todos somos iguais em direitos, e um deles – fundamental – é o de sermos diferentes nas questões de consciência. Essa diferença está garantida genericamente pelo direito à liberdade (*caput* do Art. 5º da Constituição Federal), e especificamente quanto à questão religiosa, pela inviolabilidade à liberdade de consciência e crença (Art. 5º, VI). Ademais, a garantia da *diferença na igualdade* está implícita no próprio *caput* do dispositivo citado: somos iguais, *sem distinção de qualquer natureza*. Significa: a igualdade é dada pela condição humana, independentemente de circunstâncias individuais particulares.

O autoritarismo se contrapõe à democracia não apenas porque na primeira situação o poder é concentrado nas mãos de uma pessoa ou de um grupo enquanto na segunda a titularidade dele é do povo, mas também porque no autoritarismo existe a tendência à imposição de padrões, o culto à homogeneização de valores, crenças e condutas, enquanto no segundo a busca é de valorizar e permitir a manifestação das diversidades.

Não é por outra razão que em sistemas autoritários é comum a existência de um partido, uma religião (ou a ausência dela como única opção). Quando num país democrático como o Brasil existe a pregação de valores, princípios e crenças

religiosos por exercentes do Poder Estatal, e quando igrejas se organizam para não apenas influenciar o exercício desse poder, mas para exercê-lo por meio de seus prepostos, a sociedade corre o risco de alterar o vértice dos debates, do foco dos efetivos interesses públicos para o das convicções pessoais ou interesses setoriais. A sociedade tem o direito de se organizar para manifestar opiniões e convicções de grupos de interesse. Esse fenômeno é positivo, até em atendimento ao princípio proposto nesta reflexão, que é o respeito à diversidade. O problema reside na possível intenção de impor a todos as convicções de alguns, especialmente em relação às questões de consciência.

É esse cenário de confusão entre convicções pessoais e interesses públicos, que se constata a geração de condições propícias para perseguições políticas e ataques a direitos individuais. A laicidade do Estado significa que não existe adesão a um modelo oficial de crença, e tampouco alguma parceria com determinada igreja, mas, ao contrário, a atuação estatal está desligada de qualquer crença individualizada (ou da ausência de crenças). Significa: o Estado não pode ser a favor ou contra alguma religião ou mesmo à religiosidade em tese ou à ausência dela. Então, qualquer manifestação de agente público, no exercício da sua função que tenha motivação religiosa é intrinsecamente equivocada. Até porque a *única* motivação eticamente admissível para a ação de agente público deve ser o interesse... público! Mesmo as pessoas empossadas em cargos políticos devem administrar e legislar para todos, exercendo com muito equilíbrio as suas convicções pessoais, e mesmo renunciando a elas, se for o caso, em benefício dos interesses gerais.

É da natureza da norma jurídica a imposição de padrões de conduta e a punição pela sua inobservância. Evidentemente, quanto mais democrática a nação, menos há normatização de consciência, de crença e de condutas pessoais, pois há mais garantia de liberdade desses valores. Somente há limitação à liberdade de consciência, crença e conduta *se* do seu exercício decorrer diretamente prejuízo a outrem. Daí porque o regramento estatal dessas áreas de expressão da vida humana é, em princípio, antidemocrático.

Para o estabelecimento e manutenção desse princípio da laicidade pouco importa qual fé é majoritária, qual tem maior poder econômico, qual tem mais penetração nas mídias ou qual tem maior adesão de agentes políticos. Tudo isso é absolutamente irrelevante, e essa condição de irrelevância define que a democracia verdadeira não cede às conveniências de qualquer elite (a econômica, mas também a política, a intelectual, a quantitativa, a midiática).

A diversidade é uma característica fundamental da sociedade, porque é qualidade, condição e expressão da natureza humana. Sem reconhecimento da existência e manifestação da diversidade, a democracia é uma farsa, e isso evidentemente inclui a liberdade religiosa. A nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal *porque* ele é evangélico é um atentado àquela liberdade, pois impõe implicitamente a toda população, independentemente de sua crença (ou ausência dela), valores, princípios e crenças de uma fé da qual não compartilham. O ato, praticado pelo chefe do Executivo brasileiro, prestigia uma religião em desprestígio de outras opções, ficando implícito que para o Judiciário uma seria melhor que a outra. Daí porque *nunca* deveria haver qualquer outra consideração, na escolha do Ministro, senão a observação da faixa etária exigida, a reputação (verdadeiramente) ilibada e a notoriedade (mesmo) do saber jurídico.

Os mundos da linguagem e da psicologia são inseparáveis. O que dizemos, e *como* dizemos, revelam em algum momento e de algum modo, muito do que somos e de como estamos, ainda que involuntariamente. A expressão “terrivelmente evangélico” demonstra a verdadeira natureza da qualidade buscada pelo Presidente Bolsonaro. “Terrível” é aquilo que infunde ou causa terror, assustador, temível. Parece evidente a intenção de que o novo Ministro deveria ser temido por aqueles que professam outra fé (ou que não tem nenhuma). Mas, pode algo que tenha essa qualidade, de infundir terror, ser boa?... Provavelmente não. Se alguém é evangélico de uma forma *terrível*, isso pode ser bom? Provavelmente não também. Nada que contenha tal qualidade poderá ser intrinsecamente positivo. Se uma pessoa é nomeada para um cargo público em uma nação laica *em razão* da sua religião, já estamos diante de uma gravíssima irregularidade. Se isso acontece porque a pessoa é *muito* religiosa a gravidade pode ser ainda maior, porque estaríamos possivelmente diante de alguém que colocaria as crenças pessoais acima dos interesses públicos. Mas se a ligação do nomeado ao cargo é declaradamente *terrível*, então dessa situação somente pode resultar mal para a sociedade.

A expressão foi cunhada pelo Presidente da República, e aí está denunciado todo o problema, pois ficou demonstrada a motivação do ato praticado por esse agente público, contrariando princípios fundamentais do sistema democrático brasileiro, como os da Laicidade, da Liberdade Religiosa e da Impessoalidade. Mas ainda assim temos a esperança de que o agente público assim nomeado, diante da grandiosidade da responsabilidade assumida, e como profundo conhecedor do Direito como presumidamente é (afinal, foi confirmado como

Ministro pelo Senado Federal!) saberá separar as suas convicções pessoais e a sua fé religiosa das obrigações e deveres a que está jungido, como servidor de toda a população brasileira.

## 5. CONCLUSÕES

Não nos parece que se o Presidente da República indicasse um jurista terrivelmente umbandista para ocupar cargo de Ministro do STF a sociedade receberia esse ato com tanta tranquilidade como mereceu a nomeação de André Mendonça. Talvez o público não fosse receptivo se a preferência fosse dada a um jurista terrivelmente hinduísta, muçulmano ou ateu. A nomeação de um evangélico ou católico não provoca maiores controvérsias por uma razão singela: são linhas religiosas majoritárias neste país.

Não há e não deve haver, no plano estatal, preferências ou privilégios relacionados à temática religiosa. As crenças individuais devem ser absolutamente irrelevantes para o Estado, e assim as pessoas *não podem ser* diferenciadas entre si em razão delas. Quaisquer atos públicos que afrontem essa premissa colidem com princípios constitucionais e devem ser repelidos.

Se no íntimo de suas reflexões o Presidente Bolsonaro considerasse importante ser evangélico para a função pública no STF e se ele não tornasse público sua opinião, nem saberíamos do desvio de finalidade praticado. Desvio de finalidade sim, no sentido de que a atuação da pessoa escolhida e nomeada em razão da sua crença estaria a serviço especialmente de interesses dos que comungam da mesma linha de princípios, tradições e valores englobados pelo protestantismo. E privilegiar uma crença é, em princípio, desprestigiar as demais. No caso em consideração, não se manifestou apenas uma preferência por um jurista religioso (em oposição a um ateu), ou por um cristão (em oposição por exemplo a um panteísta). O prestígio foi dirigido de forma bem específica, dentre os cristãos, a alguém filiado ao protestantismo. Tal circunstância não agrava o erro, mas demonstra que o ato está bem afastado da premissa fundamental de que ele deve ser praticado em razão do povo e, portanto, de todos. O que torna a escolha mais ameaçadora é que ela foi avalizada pelo Senado Federal, em votação *secreta* (!...), mesmo diante do teor da Carta de Rejeição da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD, que denunciou a subversão das regras constitucionais sobre a laicidade do Estado.

Evidentemente esta reflexão não carrega qualquer crítica em relação ao protestantismo ou aos evangélicos. Se o ato público beneficiasse filiado (de forma terrível...) qualquer outra denominação religiosa, a nossa discordância seria a mesma, porque o ponto central da reflexão é o respeito à diversidade e ao Princípio da Laicidade do Estado.

Se o Estado, que deve ficar equidistante de indivíduos e facções, manifesta preferência por linha religiosa não apenas há ofensa a princípios constitucionais, como também se abre espaço para condutas autoritárias que podem colocar em risco as liberdades daqueles que divergem.

## **REFERÊNCIAS:**

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Gen, 2015.

LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2018.

SCHIMTT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

**Submissão:** 23. julho.2022

**Aprovação:** 13. dezembro.2022

# CETICISMOS REALISTAS, RAZÃO PRÁTICA E RAZÃO JURÍDICA NA ATIVIDADE LEGISLATIVA

## *Realistic skepticisms, practical reason and legal reason in Legislative Activity*

Henrique Mello <sup>1</sup>

**ÁREA:** Teoria Geral do Direito. Legisprudência.

**RESUMO:** A ciência do direito vem retomando seu interesse pela legislação (enquanto processo de produção de novos textos legais), cabendo à legisprudência os estudos mais destacados acerca da racionalidade legislativa até o momento. Os estudos teóricos sobre racionalidade da legislação pressupõem considerações sobre o exercício da razão prática e da razão jurídica por parte do legislador, algo que era comumente negado como acessível à teoria jurídica. O realismo jurídico, por sua história ligada à teoria da predição e por sua inclinação ideológica favorável aos juízes e ao processo de adjudicação e contrária aos legisladores e ao processo de legislação, contribuiu bastante para a indiferença da ciência do direito em relação às razões do legislador. Essa vilania, porém, pode ser revista, desde que as teses realistas sobre a legislação sejam mais realistas sobre os comprometimentos que veladamente carregam acerca da importância do correto exercício da razão prática e da razão jurídica por parte do legislador e os reflexos positivos disso para um bom julgamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ceticismo. Realismo. Razão Prática. Razão Jurídica. Legislação.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Master di secondo livello em Direito pela Università degli Studi di Genova. Professor de Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Coordenador do IBET em São José do Rio Preto. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP). Advogado tributarista.

**ABSTRACT:** Legal theory has resumed its interest in legislation (as a process for the production of new legal texts), and the most important studies on legislative rationality have hitherto been the job for legisprudence. Theoretical studies on the rationality of legislation presuppose considerations about the exercise of practical reason and legal reasoning by the legislator, something that was commonly denied as accessible to legal theory. Legal realism, because of its history linked to the prediction theory and its ideological inclination favorable to judges and the process of adjudication and contrary to legislators and the process of legislation, contributed considerably to the indifference of legal theory in relation to the reasons of the legislator. This villainy, however, can be revised as long as the realist theses on legislation are made more realistic about the commitments they vehemently bear on the importance of the legislator's correct use of practical reason and legal reasoning and the positive effects it bears on a good judgment.

**KEY WORDS:** Skepticism. Realism. Practical Reason. Legal Reasoning. Legislation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A retomada do interesse pela legislação e pelas razões do legislador; 3. Os ceticismos realistas; 4. As teses realistas sobre a legislação; 5. O realismo e as razões do legislador; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Através deste artigo pretende-se responder a duas questões: (1) Os ceticismos próprios do realismo jurídico negam a existência de razão (prática e jurídica) na atividade legislativa? E (2) é possível a produção de uma teoria de racionalidade legislativa (legisprudência) de bases realistas? Em outras palavras, pretende-se investigar o que o realismo jurídico tem a dizer sobre o exercício da razão prática e da razão jurídica no processo de produção de leis, se é que tem algo a dizer a esse respeito.

A ciência do direito se esqueceu da legislação. Ou melhor, se tornou indiferente a ela. Na histórica e permanente batalha entre os sistemas normativos, que buscam, cada um deles, o protagonismo na regulação das condutas humanas, a

política reclamou como parte de seu território a legislação (enquanto processo de produção de leis) e não foi contestada pelo direito. A este restou o produto legislado: a lei, em sentido amplo. Passou a não importar tanto se a origem da lei estava em um deus, em seu representante terreno, em um governante supremo ou em um representante do povo. Na medida em que a uma ciência do direito, propriamente dita (uma *expository jurisprudence*, para Bentham), caberia descrever seu objeto como ele de fato é, não teria sentido olhar por sobre o muro que fechava as fronteiras entre política e direito. Dizer como o direito deveria ser não seria ciência em um sentido exato, mas, sim, política do direito (*censorial jurisprudence*, para Bentham).

Os estudos jurídico-descritivos sobre o direito, portanto, se limitaram a trabalhar com um dado, um objeto pronto e acabado (o direito como “conjunto de regras”, “conjunto de normas”, como “sistema”). E, assim, quando se referiam à legislação, descreviam o dado objetivo do produto legislado (legislação como “conjunto de leis”, e.g.). No entanto, a conscientização de que o direito como de fato é não é de fato exatamente assim começou a mudar a postura da ciência do direito frente a seu objeto. O incremento da importância do aplicador para a existência mesma do direito, o desenvolvimento de teorias de interpretação e argumentação mais céticas em relação a esta visão tradicional, os pontos de vista sobre o direito como fenômeno linguístico e comunicativo, entre outros, contribuíram para a desmitificação do produto advindo do âmbito político. Mas, o resultado desse movimento parece ter sido a diminuição da importância do texto legislado, por um lado, e por outro, ao menos imediatamente, parece não ter chamado a atenção para a atividade de produção desses textos.

De outro lado, o fervilhante desenvolvimento de teorias normativas sobre a atividade de produção de leis e de estudos sobre a possibilidade de revisão judicial da racionalidade do processo legislativo apresenta-se como fenômeno recente, que fomenta reflexões meta-teóricas importantes, com claras implicações práticas. Parece demonstrar que, aos poucos, a ciência do direito começa a reconhecer a legislação como um território compartilhado com a política, sujeito, portanto, a teorização jurídica.

Referidas teorias trazem uma nova força aos estudos de razão prática e razão jurídica nas atividades do legislador, negando que a fase legislativa seja unicamente um mero exercício de poder e, assim, irracional.

O realismo jurídico é geralmente apontado como um dos culpáveis pela má-reputação da atividade legislativa para a ciência do direito. Sua orientação ideológica favorável aos juízes e à atividade de julgamento (*adjudication*) e contrária

aos legisladores e sua atividade de produção de leis (*legislation*), somada à sua preocupação legalista de manutenção de um imaginário de neutralidade do direito e distanciamento da política e à sua conscientização acerca dos limites estruturais da legislação ajudam a explicar essa acusação.

Contrário à objetividade do direito, o realismo trabalha para extirpar essa ideia, acentuando a característica da indeterminação do objeto de estudos com base em informações empiricamente dirigidas.

Conforme será destacado, essas inclinações realistas se baseiam em visões céticas sobre seu objeto de estudo, que apresentam importantes implicações às questões envolvendo a racionalidade legislativa.

A análise proposta será concretizada em quatro seções: A primeira usará como pano de fundo os debates trazidos pela jurisprudência a fim de demonstrar como a ciência do direito busca retomar os estudos sobre o processo de produção de leis para teorizar sobre questões de razão prática e razão jurídica na atividade legislativa. A segunda buscará caracterizar alguns ceticismos realistas que parecem distanciar o realismo jurídico de qualquer consideração acerca das razões do legislador. A terceira seção conterà um esforço de reconhecimento de algumas teses realistas possíveis sobre a legislação, derivadas dos ceticismos descritos na seção imediatamente anterior, tornando possível a verificação, na quarta seção, sobre se o realismo tem algo a dizer sobre razão prática e razão jurídica no âmbito legislativo. Por fim, uma conclusão acerca das ideias exploradas será oferecida, de modo a analisar a vilania do realismo jurídico em relação ao objeto da investigação.

## **2. A RETOMADA DO INTERESSE PELA LEGISLAÇÃO E PELAS RAZÕES DO LEGISLADOR**

Historicamente (principalmente nos últimos duzentos anos), a ciência do direito não ofereceu um lugar privilegiado às questões relativas à legislação. Não há uma tradição que busque produzir estudos sobre como são ou devem ser feitas as leis, ou sobre as características estruturais e funcionais da legislação em geral. Poucos são os trabalhos de filosofia do direito que pretendem responder a indagações sobre a natureza das disposições legais, sobre o papel do legislador na produção do direito, sobre se são fontes do direito as leis ou se são direito propriamente dito, sobre como funcionam os estatutos na dinâmica do sistema jurídico, etc.

As razões para esse “desinteresse” da filosofia do direito pela produção de uma teoria da legislação podem ser explicadas desde os mais variados pontos de vista, não excludentes entre si. Luc J. Wintgens, por exemplo, identifica na tradicional separação entre direito e política o principal motivo do descaso da ciência jurídica por questões legislativas. São deles as palavras:

A causa de esta separación, la creación del derecho por medio de la legislación no ha sido considerada como un tema merecedor de atención por la teoría legal. La legislación pertenece al terreno del enfoque político llevado a cabo por científicos políticos de diferentes tipos. (...) La forma como el derecho es creado a través del proceso de legislación no aparece en la pantalla del teórico jurídico.

Wintgens defende, assim como o fizera antes Lon Fuller, que a distinção entre política e direito é política, fato que reflete a organização histórica do espaço político desde a Modernidade. Nesse contexto, o modelo do contrato social de Hobbes e Rousseau, com as influências do método cartesiano, poderia explicar como se chegou ao legalismo que, por sua vez, baseado em uma forte distinção entre política e direito, tenta excluir qualquer forma de teorizar sobre a legislação, já que o direito não poderia ser uma questão de opção como é a política legislativa. O seguimento das regras seria, dessa maneira, uma questão de conhecimento, enquanto o cumprimento do direito estaria no âmbito da aplicação.

A solução para justificar a possibilidade de produção de uma teoria jurídica da legislação passaria, sob esse ponto de vista, pelo enfraquecimento da distinção entre direito e política em relação ao modelo do contrato social e do legalismo.

Outro ponto de vista para explicar a pouca atenção geralmente dada pela filosofia do direito a questões legislativas passa por uma análise de desenvolvimento histórico-político. Desde que as leis foram e deixaram de ser identificáveis com a vontade de deus ou com os governantes (*La loi c'est moi!*), e os juízes foram e deixaram de ser a boca da lei, se utilizam ideias que implicam a noção ou de que para o direito somente importa o texto “vigente”, não interessando quais opções foram politicamente tomadas para criá-lo, ou de que o texto legal não importa. Isso nos remete também a uma distinção semelhante, que é a de que fala Patricia Mindus sobre a diferença entre *legislation* e *adjudication* ou, em termos mais antigos (medievais), *gubernaculum* e *iurisdictio*.

Já em termos de racionalidade, a preocupação da ciência do direito seria com aquela contida na atividade de julgamento, e não na atividade de produção legislativa, já que se estaria falando de tipos distintos de racionalidade, ou ainda, para alguns, de um âmbito em que há racionalidade e de outro em que não há.

A lista de explicações para o fato de que são, historicamente, raras as produções científico-jurídicas que ofereçam uma teoria jurídica da legislação segue. Sem embargo, os tempos estão mudando. Nas últimas décadas, e mais especialmente depois da virada do século XXI, estudos jurídico-legislativos começaram a ser mais cuidadosamente elaborados, permitindo debates mais adequados em relação a suas conclusões e, inclusive, fomentando discussões que, de maneira geral, são positivas para o desenvolvimento da ciência do direito.

O crescimento exponencial de produções científicas sobre a atividade legislativa pode ser explicado tanto em razão de uma acentuada crise de legitimidade nos estados de direito configurados politicamente como democracias representativas, em que para os cidadãos não mais é suficiente eleger seus representantes através dos votos, mas, sim, é fundamental controlar sua atividade, já que os mandatários não são “assim tão confiáveis”, quanto em razão da chamada crise regulatória, fenômenos que não são necessariamente distintos e totalmente separáveis.

A muralha de defesa dos filósofos do direito está cedendo, apesar de se estar ainda muito distante de qualquer unanimidade no que se refere à aceitação de que a atividade legislativa seja um objeto possível para a ciência jurídica.

Jeremy Waldron, Luc J Wintgens, Manuel Atienza, Neil Duxbury, para mencionar apenas alguns exemplos, têm se dedicado a elaborar respeitáveis teorias jurídicas da legislação, que põem sobre a mesa questões interessantes para o debate científico, como a necessidade de que as leis sejam racionais em variados e distintos níveis, ou ainda a ideia de que a tarefa do legislador seja de raciocínio prático e justificação, com base em princípios de legislação, ou, de certa forma, critérios de ação para a elaboração legislativa.

Outros como Ittai Bar-Siman-Tov, Patricia Popelier, Kon Lenaerts, David Keyaerts e D.T. Coenen, tendo em mente noções advindas de teorias jurídico-legislativas, buscam analisar, sob o ponto de vista do julgamento, como os tribunais ao redor do mundo passaram a realizar controles de constitucionalidade ou revisões judiciais baseados no descumprimento de determinados critérios legislativos durante a atividade de produção das leis – critérios distintos dos já conhecidos critérios formais e materiais.

Todas essas teorias de racionalidade legislativa - formas de descrever e prescrever o processo legislativo - estão a advogar, de uma maneira ou de outra, pela exigência do reconhecimento do exercício de razão prática por parte do legislador e, também especificamente, de razão jurídica.

Não se pode negar que o legislador, quando age ao criar novos conteúdos normativos, realiza uma ação baseada em razão prática. Germain Grisez bem descreve o conteúdo do primeiro princípio da razão prática: o bem se faz e se busca, o mal se evita.

Assim, uma vez estipulados fins (bens) para o agir legislativo, a razão prática ali estará, demonstrada no raciocínio de justificação do legislador. Somente na busca de algo distinto do bem é que se fala em irracionalidade legislativa, não bastando, portanto, a indicação de que se trata de um exercício de poder.

E, inserido que está como agente autorizado do ordenamento jurídico, o legislador, enquanto destinatário de normas jurídicas, mormente daquelas advindas da Constituição Federal, contará com bens jurídicos bastante definidos, os quais deverão ser perseguidos quando de suas ações. De toda maneira, essas novas teorias legisprudenciais estão a reconhecer como exigência da razão legislativa tanto o conteúdo material da validade jurídica quanto o modo de demonstração, por parte do legislador, da busca pelo fim eleito pelo sistema, a ponto de se poder defender, inclusive, que intentam adicionar um terceiro elemento nos testes de validade.

O reconhecimento por parte da teoria do direito do exercício das razões prática e jurídica no âmbito do processo legislativo se apresenta como um marco de mudança de paradigma na importância a ser atribuída pelos intérpretes e aplicadores do direito ao exercício das razões por parte do legislador, afigurando-se como forma de resposta, quando concatenada à ideia de ônus argumentativo, ao protagonismo judicial e ao neoconstitucionalismo.

E o que o realismo jurídico tem a dizer sobre isso será objeto das próximas linhas.

### **3. OS CETICISMOS REALISTAS**

Uma esclarecimento necessária: vêm sendo feitas referências a realismo jurídico ou à figura do(s) realista(s) como se se pudesse identificar uma só forma de pensamento que se enquadre na definição. Porém, essa maneira de expressão tem apenas dois objetivos: visa à simplificação da compreensão daquilo que se

pretende transmitir e, mais destacadamente (o que ficará mais claro adiante), visa a reunir, sob um único rótulo, modos de pensar isolados, mas que compartilham, de alguma maneira, os ceticismos que serão objeto de caracterização nesta seção.

Em verdade, não existe um só realismo jurídico e os realistas, historicamente considerados, não se dedica(ra)m a falar de uma e da mesma coisa. Não há, assim, uma escola realista unificada e que trabalhe com o mesmo programa de desenvolvimento científico acerca do que é jurídico. Há movimentos realistas de maior destaque como é o caso do realismo norte-americano, preocupado com a adjudicação (*adjudication*) e o *case-law*, ou ainda o realismo escandinavo, mais voltado a teorizar sobre o direito e suas fontes de modo a afastar a objetividade em relação aos conceitos jurídicos, e também o realismo europeu - hoje mais realismo italiano ou genovês.

Todos os movimentos realistas, no entanto, podem ser agrupados como compartilhando algumas ideias centrais sobre o fenômeno jurídico.

Epistemologicamente, o realismo se caracteriza como um ponto de vista empírico sobre o direito, segundo o qual o conhecimento científico do objeto é viável desde que seja sobre como ele é e de fato funciona. Deve ser fundado na experiência, se livrando de qualquer ideia de um direito metafísico ou de maneiras metafísicas de pensar sobre o direito.

Nesse sentido, e enquanto teoria geral do direito, o realismo é o resultado de considerações completamente empíricas sobre o fenômeno jurídico. Seu ponto central é a negação da objetividade do direito, isto é, da ideia segundo a qual o direito é uma coleção ordenada de regras “lá fora”, esperando para serem descobertas e aplicadas a casos reais ou imaginados.

O realismo teórico considera a objetividade do direito um mito. Um pedaço de pensamento metafísico originado do jusnaturalismo, mantido por razões ideológicas e que precisa ser afastado. E o modo de realizar isso é mostrando como o direito realmente é e funciona. Daí, exsurtem os ceticismos realistas, inafastáveis para qualquer um que queira fazer parte dessa forma de ver o direito.

Os realistas são céticos em relação (i) às regras, (ii) à interpretação, (iii) aos conceitos, (iv) ao sistema, (v) aos fatos, (vi) à razão jurídica, (vii) ao julgamento e (viii) à ciência jurídica.

Com isso se quer afirmar que o realismo jurídico considera que (i) não há regras gerais entendidas como prescrições legais prontas para serem aplica-

das a casos individuais; (ii) regras jurídicas não têm sentidos verdadeiros que a interpretação possa simplesmente descobrir; (iii) conceitos jurídicos não têm sentidos verdadeiros derivados da natureza mesma do direito ou de suas instituições; (iv) ordenamentos jurídicos não são sistemas normativos consistentes e sem lacunas; (v) fatos jurídicos não são algo aguardando a descoberta do julgador, mas sim construídos a cada caso concreto; (vi) a razão jurídica não atua como instrumento de descoberta, mas, sim, como ferramenta de justificação de decisões interpretativas; (vii) a atividade de adjudicação não é uma combinação entre lógica e conhecimento objetivo e (viii) geralmente o que se costuma chamar de ciência do direito na verdade é política do direito disfarçada.

As teses realistas sobre interpretação (realismo metodológico) acabam por influenciar todas as formas que o realismo jurídico tem de explicar seu objeto de estudos, negando-lhe qualquer objetividade.

Para os realistas, o papel da interpretação, entendida como ato de decisão e não de conhecimento, não seria apenas o de adscrição de sentidos possíveis a textos legislados, mas, mais do que isso, o de construção jurídica, ou seja, criação de significados não atribuíveis a nenhuma formulação legal. Normas não expressadas por nenhum texto normativo (ou implícitas), princípios jurídicos, hierarquias normativas, lacunas normativas e axiológicas, seriam todos exemplos de construção jurídica independente de qualquer produto legislado e, assim, indiferente a qualquer processo legislativo.

Conforme expressamente reconhece Riccardo Guastini, boa parte do direito vigente está constituído por normas formuladas *extra ordinem*, ou seja, que não provêm das autoridades normativas, mas, sim, dos juízes e dos juristas teóricos. Normas formalmente inválidas, mas aplicadas todo o tempo.

E se assim são as coisas, o direito para os realistas, ontologicamente, será o conjunto de normas aplicadas no passado e previsivelmente aplicáveis no futuro, já que do conjunto de textos legais não dependem as normas jurídicas, que poderão ser resultado de sua interpretação ou não.

#### **4. AS TESES REALISTAS SOBRE A LEGISLAÇÃO**

Os ceticismos realistas dizem muito sobre como o realismo jurídico vê a legislação e sobre como se poderia teorizar acerca do processo legislativo com base nesse ponto de vista. Olhado bem de perto, esse modo cético de visualizar o fenômeno jurídico permite concluir que o realismo apresenta, pelo menos,

cinco considerações ou teses importantes sobre a legislação enquanto atividade de produção de leis: (i) A primeira é a tese da inutilidade da vontade do legislador; (ii) a segunda, a tese do “resultado-texto”; (iii) a terceira é a tese do “resultado-norma(s)”; (iv) a quarta é a tese da multiplicidade metodológica; e (v) a quinta é a tese da dependência estrutural.

Apesar de que as formulações legais, os textos legislados, são resultado de atos de decisão praticados pelos legisladores e, portanto, de atos de vontade, a primeira alegação se dá justamente no sentido de que, do ponto de vista de uma teoria da legislação, falar de vontade do legislador não se mostra nada útil.

Não é que não exista ato de vontade por parte do legislador. Sim, existe. Mas, a primeira indagação que surge em razão de uma afirmação como essa já oferece como resposta algo problemático: a pergunta sobre qual exatamente é a vontade do legislador no processo de enunciação é respondida com a alegação de que o ato de vontade se refere a um conteúdo de sentido normativo do dispositivo legal enunciado. Segundo essa visão voluntarista, primeiramente o legislador criaria um conteúdo de sentido normativo em sua mente e depois traduziria essa vontade de uma maneira linguisticamente adequada.

Mas, defender uma tal visão parece não considerar seriamente as seguintes objeções: (1) quando se fala do legislador, se realiza, em realidade, uma simplificação do sujeito, ou seja, só muito raramente há um legislador. Nos estados democráticos de direito contemporâneos há muitos legisladores – em sentido material, já foi dito – e, assim, tratar da vontade do legislador como se fosse de um indivíduo singular é uma ficção; (2) ainda que estivéssemos frente a uma situação em que o termo “legislador” se refira a uma só pessoa e nenhuma outra – por exemplo, o Presidente da República na elaboração de um decreto presidencial – não se mostra possível saber qual é, efetivamente, o conteúdo de sentido objeto do ato de vontade. Talvez nem mesmo esse legislador tenha conhecimento do conteúdo de sua vontade. E, em realidade, caso tente reafirmar esse conteúdo posteriormente, estará realizando novo ato de enunciação, distinto do primeiro, e, portanto, com novo conteúdo de sentido normativo.

Dessa maneira, é possível afirmar que uma visão voluntarista nesses moldes defende uma característica normativa acerca de como o processo de legislação deve ser, já que tenta definir o local apropriado para o ato de vontade que expresse o mencionado conteúdo de sentido, o que para o realismo seria uma visão inadequada.

Mas, se o objetivo é se livrar de ficções para que seja possível oferecer análises confiáveis sobre como a legislação de fato é, então, se mostraria mais útil ao

discurso teórico o reconhecimento de que o único objeto “derivado” da vontade do legislador ao qual se tem acesso é o texto normativo, e não uma imaginada – ou alegada – vontade interna ou psicológica.

É verdade que parece, em um primeiro momento, um tanto contra-intuitivo dizer que a vontade do legislador seja produzir um texto e somente isso. Pode, naturalmente, surgir uma objeção que diga que o texto é somente a forma de expressão da vontade. O legislador não poderia, por óbvio, pretender enunciar apenas a forma de expressão. Certamente, se poderia dizer, sua vontade é enunciar um conteúdo, que, no entanto, não pode escapar da forma de expressão escrita de um texto normativo. O legislador é, assim, um refém da forma. Seria, por exemplo, o mesmo raciocínio de uma comunicação qualquer em linguagem natural: o emissor da mensagem pretende transmitir um conteúdo e espera que o destinatário receba e compreenda o sentido por ele – emissor – desejado, que poderia ser, de acordo com Jeremy Waldron, o sentido convencionalmente incorporado ao texto.

Mas, as coisas não são assim tão simples. Primeiramente, para o realista importaria esclarecer que não se está afirmando que a vontade do legislador seja o texto. Um não se confunde com o outro. Tampouco se está afirmando que a vontade está no texto ou, de outra forma, que não exista vontade. Se alega, simplesmente, que não há utilidade em falar de vontade do emissor para um discurso científico acerca da legislação como ela de fato é, já que se estaria frente a dados demasiado incertos e não suscetíveis de descrição adequada. Em segundo lugar, não é possível saber o exato conteúdo do ato de vontade, pois, entre outros motivos, a língua pode ser – e, em âmbito legislativo, geralmente é – utilizada em funções discursivas distintas, não sendo possível afirmar, com Jeremy Waldron, que aquilo que está contido no texto legislado é um sentido convencionalmente aceito (por exemplo, quando se utiliza um discurso estratégico, em que muitas vezes o sentido convencional é manipulado pelo emissor).

Defender o contrário seria mais uma ideologia sobre a maneira mais adequada de entender um texto legislado que outra coisa.

Essa primeira alegação demonstra a inutilidade (teórica) da vontade do legislador e seria confirmada pelas teses que seguem. Tudo o que importará da atividade legislativa serão as marcas deixadas no produto legislado. Com essa tomada de consciência, se permitiria que o processo de produção legal pudesse ser visto sob outros olhos, no que se refere a questões de discurso, justificação, argumentação e eleição dos dados enunciados.

O tema da vontade do legislador tem, para o realista, maior utilidade se visto sob o ponto de vista de questões relativas a técnicas interpretativas e recursos retóricos na atividade de construção de normas jurídicas (interpretação jurídica). A “vontade” somente é relevante quando enunciada, com as respectivas razões, justificações e argumentações por parte do legislador, e, aí, já não se fala mais da vontade mesma, mas de ato de fala resultante em um texto legislado.

O resultado da atividade de enunciação legislativa é o enunciado normativo (texto) e não a norma jurídica. Ao enunciado normativo se pode chamar também “dispositivo legal”, “formulação normativa”, “estatuto”, e outros tantos nomes igualmente designativos do texto expressado pelo legislador.

O legislador não produz propriamente normas jurídicas, se entendidas como o resultado do processo de interpretação jurídica e de construção jurídica realizado pelos intérpretes habilitados pelo sistema. Produz, como já mencionado, formulações legais, textos que servirão de base para o processo interpretativo e aplicador.

O legislador, para criar uma formulação normativa, pode “interpretar” enunciados normativos anteriores, expressados em “normas de competência” ou “normas de produção” que sejam o fundamento de validade do texto que irá enunciar, e, nesse sentido, também “aplica” direito. Interessante observar que o resultado da “interpretação” e da “argumentação” legislativa, ainda que seja, de certa maneira, “aplicação” de normas anteriores, tem, sob o ponto de vista funcional, um objetivo específico que diz respeito a como são, efetivamente, as disposições normativas, entendidas como resultado da enunciação do legislador. Sua (do legislador) “norma” – resultado de uma “interpretação” do ordenamento e de uma “aplicação” de outras normas – deixa de ser “norma”, dá lugar a um texto e retoma a função de suporte físico donde novas interpretações, agora por parte dos aplicadores propriamente ditos, passam a ser realizadas. Sua função é de aplicação a casos futuros e os textos não se auto-aplicam nem se interpretam sozinhos.

As normas jurídicas, portanto, são o conteúdo de significado derivado da interpretação das disposições criadas pelos legisladores. Estes últimos não criam, precisamente, normas – ao menos, não em um sentido estrito – mas textos legais, formulações normativas. A disposição normativa, que é resultado do processo legislativo, passa a ser objeto de interpretação, cujo resultado é a norma jurídica.

Apesar de que as disposições e as normas não são entidades distintas e heterogêneas, já que “los significados no tienen una existencia independiente de

los enunciados que los expresan” não há uma correspondência direta, ou biunívoca, entre as duas coisas.

A identificação do conteúdo de sentido das formulações normativas se dá através da atividade interpretativa. Essa, por sua vez, pressupõe a presença de intérpretes, já que os textos não se auto-interpretam. E, diante de sua função de aplicação futura, também se faz necessária a presença de aplicadores – que muitas vezes são os mesmos intérpretes, mas isso não é logicamente necessário: todo aplicador é intérprete, mas nem todo intérprete é aplicador – já que os textos também não se auto-aplicam.

Os métodos empregados por esses personagens para chegar ao “resultado-norma(s)” podem ser distintos, sendo possível afirmar com certa tranquilidade, diria o realista, que a partir de uma disposição normativa (D) não se deriva geralmente uma, e somente uma, norma (N).

Uma disposição normativa pode expressar mais de uma norma – “D significa N1, N2 e N3”; ou “D significa N1, N2 ou N3”. Por vezes, disposições normativas podem expressar somente uma norma – “D1 e D2 significam N”. Outras vezes, várias disposições normativas expressam várias normas – “D1, D2 e D3 significam N1, N2, N3, N4”. Pode ocorrer que a partir de uma disposição não se possa derivar nenhuma norma. Assim como também é possível que normas sejam criadas sem que tenham sido expressadas por nenhuma disposição normativa anterior produzida pelo legislador (princípios implícitos, por exemplo).

A tese do resultado-norma(s) se justificaria com a alegação da multiplicidade metodológica. Isso porque, como foi dito, se afirma que a atividade legislativa consiste em produzir textos legais, disposições normativas, que servirão de base para a atividade de interpretação jurídica ou de justificativa para a atividade de construção jurídica, cujo resultado será a norma jurídica. No momento da aplicação, ou seja, no momento da enunciação, por parte do operador jurídico, do resultado de seu processo interpretativo em sentido amplo (em abstrato ou em concreto), se enuncia aquilo que se costuma chamar “enunciado interpretativo”. Exemplos: “A disposição normativa “D” expressa a norma “N1” (interpretação em abstrato); “O caso x está no campo de aplicação da norma “N1” (interpretação em concreto).

Para chegar-se ao enunciado interpretativo o intérprete faz uso – ou, ao menos, pode fazer uso – de uma multiplicidade de métodos. A tese da multiplicidade metodológica, assim, diria respeito às formas de interpretação jurídica em sentido amplo como uma atividade indispensável ao reconhecimento do direito como de fato é e, também assim, da legislação. A variedade de métodos permite

e conduz a que a legislação – o ordenamento jurídico – seja interpretada de maneiras distintas.

Trata-se de uma decorrência da noção mais geral e bastante difundida pelo realismo jurídico sobre a indeterminação do produto legislado. Por essa noção, toda disposição legal, antes da aplicação, é indeterminada.

Por uma questão de simplificação do discurso, costuma-se enxergar a indeterminação dos textos normativos de, pelo menos, três maneiras: radicalmente, contingentemente ou estruturalmente.

O realista mais radical no que diz respeito à indeterminação defende que, antes da aplicação (e, portanto, da interpretação), os textos normativos não têm qualquer significado. São os intérpretes que criam o significado das formulações legais produzidas pelo legislador. O legislador, assim, faz qualquer coisa a que se atribui o nome de lei, mas que, em verdade, não possui nenhum significado antes da aplicação pelo juiz. Este último pode adscriver qualquer significado que desejar à formulação legal.

O realista mais, diga-se, moderado reconhece nos textos legislados uma indeterminação contingente, isto é, a depender do caso. Isso porque as leis podem apresentar um significado bastante claro, dependendo das convenções sociais e jurídicas acerca da linguagem legislativa, apresentando, assim, sentido antes da aplicação (interpretação judicial). Sob esse ponto de vista, o intérprete poderia, nesse caso, descobrir o significado da lei. Ao legislador poderia ser creditada a criação de normas propriamente ditas, levando-se esse raciocínio às últimas consequências. Porém, isso somente aconteceria após o reconhecimento da clareza do sentido pela convenção da comunidade de intérpretes. Nos casos em que não haja a mencionada convenção social e jurídica o texto normativo continuaria indeterminado antes da aplicação e, como defendem os realistas, não há direito onde a lei é indeterminada.

De um ponto de vista estrutural acerca da indeterminação do texto legislado, toda formulação legal é indeterminada antes de sua interpretação/aplicação, pois, os textos normativos não têm um único significado possível, objetivo e pré-constituído. Há uma multiplicidade de significados que podem ser atribuídos aos textos. Os estatutos sempre podem ser lidos de diversas e distintas maneiras. E a identificação do significado a ser atribuído ao texto normativo não será uma questão de descoberta, mas de decisão arrazoada.

Em outras palavras, não se sabe, antes da interpretação, que normas compõem o ordenamento jurídico, pois, há uma equivocidade dos textos. Ambiguidade, complexidade, implicação, derrotabilidade, textos taxativos ou exemplifi-

cativos, obscuridade, problemas semânticos e/ou sintáticos, seriam alguns dos exemplos de equívocidade do conjunto expressado dos produtos legislativos.

Interessa notar que não somente nos textos objetivamente considerados residem as equívocidades. Muitas vezes, como demonstra o ceticismo em relação à interpretação e em relação à adjudicação, são os intérpretes quem as criam, pelas mais diversas razões, como por exemplo, (i) os distintos interesses em conflito, (ii) as diferentes ideologias acerca do que é justo ou injusto (distintas valorações), (iii) as diversas ferramentas interpretativas utilizadas para atribuir sentido ao texto, (iv) as construções teórico-dogmáticas que servem de influência, (v) a indeterminação da real intenção legislativa.

Cada norma vigente também teria uma indeterminação específica, que é a vagueza: não se sabe quais casos entram em seu campo de aplicação. Nas palavras de Riccardo Guastini “hay casos a los que es seguramente aplicable, casos a los que seguro no puede ser aplicada y, finalmente, casos „dudosos” o „difíciles” (*hard cases*, como se suele decir) para los que la aplicación de la norma es discutible”.

Por isso, a multiplicidade metodológica mostra que as disposições normativas estão sempre sujeitas a mais de uma interpretação, caracterizando-se esta última como ato de decisão e não de descoberta.

Para o realismo jurídico, a legislação, vista como realmente é, apresentaria algumas características como o fato de que não se pode falar de regras ou normas prontas e acabadas, derivadas do processo legislativo, passíveis de aplicação direta e automática a casos individuais. A indeterminação do texto normativo leva a que seja necessária a intermediação de intérpretes para atribuição (ou, inclusive, criação) dos significados e, conseqüentemente, a produção das normas jurídicas.

Por isso o realista diria que há uma dependência estrutural da legislação. Como afirmado anteriormente, os textos não se auto-aplicam nem se interpretam sozinhos. A influência e a relevância da atividade legislativa e de seus produtos para a existência do direito como normas e como normas vigentes estão, portanto, à graça dos aplicadores (intérpretes).

Dessas considerações mencionadas é possível identificar noções realistas acerca de racionalidade legislativa que variarão conforme o nível de radicalismo sobre a indeterminação do produto legislado contido na visão realista acerca da quarta tese referida, qual seja, a multiplicidade metodológica.

## 5. O REALISMO E AS RAZÕES LEGISLATIVAS

O realista confere importância diminuta ao produto legislado e, mais ainda, à própria atividade de produção de leis. Para o realista que defenda uma versão mais radical da tese da multiplicidade metodológica, pressupondo, assim, uma indeterminação absoluta dos textos legais, a indiferença em relação às questões relativas ao exercício de razão prática (razão jurídica ou qualquer razão que seja) por parte do legislador é tamanha que o impedirá de se comprometer, de qualquer forma, com uma visão normativa sobre o processo legislativo e, assim, sobre o bem ali instituído.

Eis a versão jurídica do cético pirrônico objeto das preocupações de Martha Nussbaum que, por poder argumentar sobre o sentido das leis em qualquer direção que melhor lhe convenha, se livra de perturbações próprias de quem busca concretizar o bem apontado nas escrituras. Eis o juiz ou o jurista Humpty-Dumpty que, descomprometido normativamente com a legislação, buscará egoisticamente a *ataraxia* e não se permitirá vulnerabilidade.

A inutilidade das razões do legislador para fins de compreensão do direito será argumentada pelo realista radical. Mas há, velada, uma atribuição de importância às razões legislativas.

Isso porque, mesmo que se afirme que a lei não tem nenhum significado antes da aplicação, o realismo reconhece empiricamente a existência do âmbito legislativo e dos produtos dali advindos. Reconhece, pois, na sua visão de não-objetividade sobre o direito, por caracterizá-lo às vezes como conjunto de normas vigentes, outras como conjunto de normas e mais superficialmente como conjunto de textos, vê uma dinâmica de instituições da qual certamente faz parte a *legislature*.

Não se atribui qualquer significado a nada. No vazio não há palavras. É preciso um dado bruto sobre o qual trabalhar e esse dado bruto precisa apontar algum caminho, algum fim para que se inicie a compreensão.

Mesmo para o realista, o legislador precisa trabalhar com, pelo menos, duas razões: uma razão prática, comprometendo-se normativamente e se preocupando com a decisão mais correta; outra, desdobrada em duas, razão jurídica, primeiramente reconhecendo e buscando o bem imposto pelo ordenamento jurídico a que está submetido e, depois, criando novos fins a serem buscados pelos destinatários das leis, inclusive os aplicadores.

Sem isso, não há possibilidade de adscrição de significado a textos legais ou ainda de criação de sentidos não expressados, inatribuíveis a qualquer formulação normativa advinda do legislativo.

Isso fica mais claro quando são consideradas as versões menos radicais sobre indeterminação contidas na tese da multiplicidade metodológica, que desembocarão em uma menor dependência estrutural da legislação, ou melhor, em uma ideia mais realista sobre a dependência estrutural do produto legislado e, conseqüentemente, em uma maior importância das razões legislativas para o funcionamento mais adequado do direito como um todo.

## 6. CONCLUSÃO

O realismo jurídico, com sua preocupação mais voltada à atividade de julgamento (*adjudication*) e quase indiferença em relação à atividade legislativa (*legislation*) é um dos culpados pela pouca atenção conferida pela ciência do direito ao estudo de razão prática e de razão jurídica na legislação.

As teses realistas sobre a legislação tendem a focar na indeterminação do produto legislado, como se não se pudesse escapar de uma espécie de campo gravitacional criado pela teoria da predição acerca do que as cortes farão nos casos concretos.

Falta um pouco de realismo ao realismo jurídico no que se refere ao estudo da racionalidade legislativa. Falta-lhe ceder território e reconhecer que, no fundo, também o realista atribui alguma importância a que as leis sejam bem feitas e ao fato de que uma lei bem feita influenciará positivamente um bom julgamento.

Não há negativa plausível de existência de razão prática e razão jurídica na atividade legislativa que decorra dos ceticismos realistas e, por isso, uma teorização sobre a racionalidade da legislação de bases realistas é, de todo, possível.

## 7. REFERÊNCIAS

**ARVIND, TT.** *Vilhelm Lundstedt and the Social Function of Legislation*, "Realist Conceptions of Legislation", Eds. P. Brunet, E. Millard, P. MIndus. The theory and practice of legislation, Volume I, Number I, June 2013.

**ATIENZA, Manuel.** *Practical reason and legislation.* Ratio Juris 5/3, 1992, p. 269- 287.

**ATIENZA, Manuel.** *Contribucción a una teoría de la legislación.* Madrid, Civitas, 1997.

**BAR-SIMAN-TOV, Ittai.** *Semiprocedural Judicial Review.* Legisprudence. 6/3, 2012.

**BRUNET, Pierre.** *Introduction.* In ; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (Eds.). *The theory and practice of legislation – Realist conceptions of legislation.* Vol. 1, N. 01, junho de 2013.

**CHIASSONI, Pierluigi.** *Some realism about legislation.* In BRUNET, Pierre; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (Eds.). *The theory and practice of legislation – Realist conceptions of legislation.* Vol. 1. N. 01, junho de 2013.

**COENEN, D.T.** *'The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review'.* Southern California Law Review, 75, 2002.

**COHEN, Julius.** *Towards Realism in Legisprudence.* 59 Yale Law Journal 1949-1950, p. 886.

**DUXBURY, Neil.** *Elements of Legislation.* Cambridge University Press, 2012.

**FABER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P.** *The Jurisprudence of Public Choice.* Texas Law Review, Vol. 65, n. 5, 1987.

**FINNIS, John.** *Foundations of practical reason revisited.* 50 Am. J. Juris., 2005, p. 109-132.

**FULLER, Lon.** *The law in quest of itself.* Foundation Press: Chicago, 1978. p. 75.

**GOMEZ, Virgilio Zapatero.** *El Arte de Legislar*. Aranzadi: Cizur Menor, 2009.

**GRAY, John Chipman.** *The Nature and Sources of the Law*. New York, 1948, p. 124 e 170.

**GRISEZ, Germain.** *O primeiro princípio da razão prática*. Trad. José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista Direito GV* 6, Vol. 3, jan-jun 2007, p. 51-89.

**GUASTINI, Riccardo.** *El realismo jurídico redefinido*. In NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Ed.). *Modelos de ciencia jurídica*. Palestra: Lima, 2013.

**GUASTINI, Riccardo.** *Interpretar y Argumentar*. Trad. Silvina Alvares Medina. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2014.

**HOLMES, Jr, Oliver Wendell.** *The Path of the Law*. *Harvard Law Review* 10, 1897.

**KEYAERTS, David.** *Courts as Regulatory Watchdogs?*, in: P. Popelier et al. (eds.), *The Role of Constitutional Courts in a Context of Multilevel Governance*, Cambridge: Intersentia, 2013.

**LENAERTS, Kon.** *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, *Research Papers in Law*, Bruges: College of Europe, 2012.

**LISBOA, Wladimir Barreto.** *As novas sofisticas jurídicas: Chaím Perelman e Stanley Fish*. In STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2009, p. 167-192.

**MARMOR, Andrei.** *Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech*, 2011, p. 92-94.

**MINDUS, Patricia.** *Hägerström on Law-Making*, em “Realist Conceptions of Legislation”, Eds. P. Brunet, E. Millard, P. Mindus. *The theory and practice of legislation*, Volume I, Number I, June 2013, p. 7.

**NUSSBAUM, Martha C.** *Skepticism about practical reason in literature and the law*. *Harvard Law Review*, Vol. 107, n. 03, jan 1994, p. 714-744.

**OLIVER-LALANA, Daniel.** *Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Laws*. In *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. Ed. by Luc J. Wintgens. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 239-258.

**OLIVER-LALANA, Daniel.** *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho*. Editorial Comares, 2011.

**OLIVER-LALANA, Daniel.** Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa. In OLIVER-LALANA, Daniel; WINTGENS, Luc J. (Eds.) *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*. Ed. Pedro Grández y Felix Morales. Palestra, 2013; *The Rationality and Justification of Legislation*. Dordrecht, 2013.

**PEPELIER, Patricia.** *The Court as Regulatory Watchdog*, in: P. Popelier et al. (eds.), *The Role of Constitutional Courts in a Context of Multilevel Governance*, Cambridge: Intersentia, 2013.

**SOAMES, Scott.** *What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation*. 2011, p. 38.

**SPAACK, Torben.** *Karl Olivecrona on Legislation*. In BRUNET, Pierre; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (Eds.). *The theory and practice of legislation – Realist conceptions of legislation*. Vol. 1. N. 01, junho de 2013.

**TUORI, Kaarlo.** *Legislation Between Politics and Law*. In Wintgens, Luc J. *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation. Proceedings*

*of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory.* Hart, Oxford, 2002.

**WALDRON, Jeremy.** *The Dignity of Legislation.* Oxford University Press, Oxford, 1999.

**WINTGENS, Luc J.** *Legisprudence as a New Theory of Legislation.* Ratio Juris 1-25, 2006.

**WINTGENS, Luc J.** *Legisprudence. Practical Reason in Legislation.* Ashgate, Farnham, 2012.

**WINTGENS, Luc J.** *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory.* Hart, Oxford, 2002.

**WINTGENS, Luc J.** *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación.* Trad. Félix Morales Luna. Doxa 26, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2003.

**Submissão:** 08.março.2023

**Aprovação:** 03.abril.2023



# O ORIENTALISMO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO MUÇULMANO

## *Orientalism in the interpretation of Muslim Law*

Henrique José Rosa Pelicano<sup>1</sup>

**ÁREA:** Direito penal internacional. Direito muçulmano.

**RESUMO:** O artigo aborda a questão de como a religião atua no âmbito do direito muçulmano, especialmente em países árabes, além discutir e evidenciar o Orientalismo comumente presente na interpretação e na forma como se pensa a cultura muçulmana, seja pela divulgação dos atos de grupos radicais e extremistas, seja por preconceitos ou conceitos já formados e abrigados no ideário coletivo, ou ainda por pouca intimidade específica com o tema. De proêmio, verificou-se a influência da religião na cultura e direito islâmicos, detectando-se em seguida o Orientalismo na forma como se enxerga o direito muçulmano. Para este estudo, a leitura de obras basilares como o *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente* de Edward Said e o próprio *Alcorão* foram fundamentais para as conclusões trazidas, depreendidas da cultura muçulmana e seu Direito. Uma vez detectado um posicionamento condicionado, vicioso, ou até mesmo preconceituoso, o combate a esse tipo de postura é medida que se impõe.

**PALAVRAS-CHAVE:** Orientalismo; Direito Muçulmano; Islamismo; Alcorão; Religião.

**ABSTRACT:** The paper addresses the question of how religion operates within the scope of Islamic Law, especially in Arab countries, in addition

---

<sup>1</sup> Advogado e Biólogo. Mestrando em Letras (Literatura e Direito) pela Universidade Estadual Paulista/UNESP. Especialista em Direito ambiental e Psicologia Clínica: TCC. E-mail: [henrique.pelicano@unesp.br](mailto:henrique.pelicano@unesp.br)

to discussing and highlighting Orientalism, commonly present in the interpretation and in the way Muslim culture is thought, either through the dissemination of the acts of radicals' groups, either because of prejudices or concepts already formed and housed in the collective ideals, or even because of little specific intimacy with the theme. As a proem, the influence of religion on Islamic culture and rights was analyzed, and then Orientalism was detected in the way Islamic Law is seen and understood. For this study, the reading of works such as *Orientalism: Western conceptions of the Orient*, by Edward Said and the *Koran* itself were fundamental for the conclusions deduced from the Muslim culture and its Law. Once a conditioned, vicious, or even prejudiced positioning is detected, combating this type of posture is necessary.

**KEY-WORDS:** Orientalism; Islamic Law; Islamism; Koran; Religion.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A relação entre o Islamismo e o Direito muçulmano; 2. O Orientalismo no direito muçulmano; 3. Conclusão; 4. Referências.

## INTRODUÇÃO

Os povos muçulmanos são alvos de interpretações ocidentais exageradas e errôneas. A violência e a barbárie são muitas vezes consideradas como algo imanente da cultura islâmica. Muito disso decorre da ação de grupos radicais, desde os ataques terroristas, como a violência que acompanha a região por disputas políticas, ideológicas, religiosas ou até mesmo entre os próprios muçulmanos, por suas divergências históricas e interpretativas de suas crenças.

Não se nega que atos e posturas extremamente radicais e reprováveis infelizmente ainda aconteçam, mas a generalização ou rotulação é que devem ser evitadas, sob pena de todos os muçulmanos serem vistos como igualmente violentos e agressivos. Vasto é o campo de notícias onde as atrocidades que ocorrem no mundo islâmico servem de espeque para conclusões generalizantes. Neste aspecto o Orientalismo é bem evidente, inclusive trazendo a religião e as questões jurídicas ao lume. O Direito muçulmano é bem atrelado à Religião, quase que indissociavelmente de forma que falar sobre um é dizer sobre o outro. Desarte, o artigo discutirá a questão do Orientalismo no direito muçulmano, pri-

mando-se pelo combate aos julgamentos indevidos que rotulam todo um povo e uma crença pela ação de alguns poucos.

## 1. A RELAÇÃO ENTRE O ISLAMISMO E O DIREITO MUÇULMANO

O Direito dos países árabes é fortemente influenciado e pautado na religião islâmica, sendo que em muitos casos a religião islâmica é ou se torna o próprio Direito.

René David (1993, p. 411) ensina que, no mérito sobre as fontes do Direito muçulmano, em primeiro lugar está o Alcorão, livro sagrado do islã. Esse protagonismo da fé nas discussões jurídicas do islamismo torna imperioso o conhecimento dessa religião, seja para a compreensão da maneira de se pensar, seja pela própria aplicação do Direito nesses países.

A cultura árabe também dispõe de outras obras norteadoras de sua religião e/ou religiosidade, como a *Obra-prima dos intelectos (Tuhaf al-uqul na al-ar-rasul)* (2019), compilada por Abu Mohammad Al Hassan bin Al Hussein bin Shu'ba Al Arrani, na qual diversos ensinamentos de natureza religiosa e moral são ofertados, veja-se um excerto:

Pede aos outros que sejam bons; estarás desse modo entre os bons. Faz com que os outros desistam do mal com as tuas boas ações, bem como com a tua fala, e conserva-te afastado o mais que puderes daquele que o comete. Combate, à maneira de Allah, como debes combater; que o ultraje dum agressor não te detenha quanto aos assuntos de Allah. Mergulha nos perigos para o bem do que é certo, onde se encontrem. Adquire introspecção dentro da lei religiosa. (p. 172)

Os dizeres acima são também fontes do Direito muçulmano e é interessante observar que os sábios e intelectuais da religião islâmica são ao mesmo tempo operadores do Direito. A hermenêutica e exegese do Alcorão balizam as “jurisprudências” criadas pelos versados e autorizados do islamismo.

No entanto, segundo René David (1993, p. 414) é importante dizer que até o século IV da Hégira (622 EC, ano em que se inicia o calendário islâmico, no qual Maomé deixa Meca e ruma para Medina, fugindo de ser assassinado) ocorreu grande esforço para interpretar as fontes da Lei Divina muçulmana e fixar as soluções que se impõem aos fiéis, principalmente em decorrência da doutrina criada a partir dos Abássidas (ano 750).

Os textos escritos, além do Alcorão, com destaque para *Suna* que narra os feitos do profeta Maomé (Muhammed), também são fontes primárias do Direito islâmico. No entanto, mesmo admitida a infalibilidade dos textos sagrados e sua primazia nas fontes do Direito, fontes acessórias ou secundárias foram sendo naturalmente constituídas, os chamados ritos muçulmanos.

Criados no século II da Hégira, os ritos muçulmanos se constituem como vias diferentes de interpretação e observação do islamismo. René David (1993, p. 412) chama a atenção para o fato de que essas vias, as chamadas *madhab*, são como escolas, divergentes em múltiplos aspectos detalhistas, mas com os mesmos princípios basilares sendo quatro os ritos sunitas ou ortodoxos (hanefita, malequita, chafeita e hanbalita), além do rito herético dos xiitas.

Essas divergências entre as escolas islâmicas se enraízam em questões anteriores ao próprio Alcorão, durante o período dos povos pré-islâmicos. Emílio Sarde Neto (2020, p. 45) aponta a questão de o islamismo ter surgido em uma população falante do idioma árabe, cultura arábica, que até o séc. VI AEC, viviam em barbárie (período *Yahilya*), com a maioria sem saber ler nem escrever, mas capazes de memorizar textos muito longos, garantindo-se a perpetuação das informações muito mais pela oralidade do que pela escrita. Ou seja, os conflitos ideológicos antecedem aqueles da interpretação do Alcorão.

Consigne-se que essa memória prodigiosa é *conditio sine qua non* em obras como *As mil e uma noites*, (compilada no séc. IX EC), mundialmente conhecida, chegou até os dias atuais. A oralidade sempre foi aspecto muito forte dos árabes.

Os povos árabes optaram pela oralidade por julgarem sê-la mais confiável e fidedigna, além de considerá-la como mais emotiva e marcante do que outras formas de se passar uma mensagem. A visão, por exemplo, é passível de ser enganada pela ilusão (NETO, 2020, p. 44).

Entende-se a predileção dos árabes pela mensagem verbal, já que a experiência visual é aquela onde as miragens, comuns em regiões arábicas, são como uma mentira aos olhos. Por outro lado, por meio da descrição oral, possibilitou-se que personagens fantásticos e imaginários comesçassem a se confundir com o real, o que também enseja falseabilidade, no entanto, mais aceita nesta cultura. É o caso dos gênios e efrites, tão comuns nos contos árabes. A importância da escrita, cujo desdobramento é a positivação do Direito, assumiu lugar de destaque a partir dos textos sagrados principalmente pela experiência vivida pelo profeta Maomé, encarregado de transmitir a palavra de Allah.

Foi no ano 610, aos 40 anos, em data conhecida pelos muçulmanos como *A noite do destino* (NETO, 2020, p. 48), no mês do Ramadã,

que se deu a visita do Arcanjo Gabriel à Maomé, ordenando-lhe a difusão da palavra de Allah. Veja-se o excerto do Corão da outorga de poderes a Maomé, na versão traduzida por Mansour Challita (2012, p.37-38):

Quem for inimigo de Gabriel – foi ele quem enviou a teu coração, com a permissão de Deus, o Livro que corrobora as Escrituras anteriores: um guia para os crentes. – Quem for inimigo de Deus e se Seus anjos e Seus Mensageiros e de Gabriel e de Miguel, terá Deus por inimigo: Deus é o inimigo de todos os descrentes. (Sura 2, *A vaca*, 96:97).

Joseph Schacht (1982, p.10) afirma que o profeta Maomé, com sua chegada em Medina no ano de 622 EC, tornou-se aquele que diz e legisla o Direito na nova sociedade muçulmana, cujo denominador comum passou a ser a religião islâmica em detrimento das divergências tribais pré-islâmicas. Maomé era porta-voz de Allah e ao receber a Lei de Deus recebeu também o Direito dos muçulmanos, pelo menos em princípio. Comumente em países teocráticos há uma confusão entre as leis religiosas e jurídicas, ou melhor dizendo, talvez uma dupla função da Lei Divina: uma entre o homem e Deus (vertical); outra entre o homem e seus iguais (horizontal).

Convém dizer que as imposições religiosas por meio de institutos jurídicos não é tema de exclusividade dos povos muçulmanos. A Igreja Católica Apostólica Romana, *e.g.* coleciona diversos momentos históricos de sua influência política, econômica, social e jurídica. O próprio Tribunal Eclesiástico, a hierarquização dos membros do Clero, a disposição dos textos (capítulo e versículos na Bíblia; artigo, incisos, parágrafos, alíneas nos diplomas legais de incontáveis países, precipuamente influenciados pelo catolicismo e Direito romano) são exemplos vivos.

É que no mundo islâmico isso se torna mais evidente, vez que não houve uma separação entre o poder eclesiástico e o temporal nos moldes do Ocidente, sendo o *corpus* legítimo para o regramento da vida religiosa e jurídica apenas um, o Alcorão, permitindo-se textos e fontes complementares.

Mansour Youssef Challita (1919-2013) enfatiza que a crença muçulmana é bastante incisiva em alguns aspectos (2012, p. 17-18), por exemplo, punição garantida para os que não creem em Deus: “*Para aqueles que não creem em Deus e em seu Mensageiro, preparamos um fogo flamejante*” (Alcorão, Sura 48:13).

Depreende-se que acreditar em Deus é algo absolutamente imperativo, sendo sua não observância o pecado mais grave do islamismo: “*Se persistirdes na*

*descrença, como vos defendereis de um dia que tornará branco o cabelo das crianças? ” (Alcorão, Sura 73:17). Ressalte-se que os crentes são os muçulmanos e os descrentes são os infiéis e não muçulmanos: “Com certeza, Deus separará no dia da Ressurreição, os que creem dos judeus e nazarenos e magos e idólatras” (Alcorão, Sura 22:17).*

Sob tais ordens escritas, as quais soam com tons de ameaça para alguns, o fiel deve obediência cega ao conteúdo dos textos sagrados, sendo defeso seu questionamento. A observância regrada e reiterada da religião promove um estilo de vida em que, qualquer que seja a circunstância, alguma proibição ou lembrete do que se deve seguir vem à tona.

O livro *Método da eloquência (Nahjul Balaghah)* de Imam Ali ibn Taleb menciona a posição de total impotência e insignificância do homem quando não se entrega a Allah, veja-se (2010, p. 224):

Quanto ao homem que Deus criou nas trevas do útero e nas camadas membranosas das quais flui o sêmen, depois o disforme feto, depois o embrião, depois o bebê que mama, depois a criança, e então, o jovem inteiramente adulto. Então, Ele lhe deu um cérebro com memória, uma língua para falar; olhos para ver, a fim de que tirasse lições daquilo que estava a sua volta, as compreendesse, seguisse as admoestações e se abstinésse do mal. Quando chegou ao tamanho normal e a sua estatura obteve desenvolvimento padrão, ele descambou para o auto-apreço e ficou perplexo (...) passou sua curta vida em buscas fúteis, não ganhou recompensa alguma, nem cumpriu qualquer obrigação. Uma doença fatal lhe tomou conta (...) se via sob um desconforto enlouquecedor, séria insensatez, gritos assustadores, dores lancinantes, angústias de sofrimento sufocante das dores da morte.

Nesse sermão, conhecido como *A criação do homem* é importante destacar que uma recomendação de que a vida do fiel não deve ser leviana, tampouco distanciar-se dos propósitos dAquele que tudo criou. Detecta-se no excerto um fito pedagógico, mas punitivo, algo que se verifica comumente dentro da cultura muçulmana.

Ao infiel, lugar cativo no inferno e no fogo flamejante, de forma finalista, ir-redutível. Naturalmente, o Direito constituído em uma cultura que apresenta essas características não pode ser diferente. Espera-se a aplicação implacável das regras.

O islamismo carrega a fama de ser uma religião violenta e agressiva no Ocidente. Seja pela interpretação de pessoas que não são versadas nessa religião, seja pela promoção e divulgação dos atos de grupos radicais e extremistas, ou ainda por um viés orientalista, cada vez mais reafirmado e reiterado pela mídia.

O atentado de 11 de setembro 2001 nos Estados Unidos, sem sombra de dúvidas, é uma triste materialização destas questões cuja repercussão é mundial. Reafirmando a beligerância e fanatismo que se atribui ao islã. Grupos terroristas como o *Al-Qaeda*, o *Hezbollah*, o *Talibã* e o *Boko Haram* são exemplos do extremismo religioso e suas práticas, como a de queimar ou degolar civis e soldados americanos enquanto são filmados, que reafirmam cada vez mais essa maneira de se definir o mundo muçulmano.

A *Folha de São Paulo* noticiou em 16 de outubro de 2020 que um professor francês teve sua garganta cortada por um muçulmano, em Conflans Saint-Honorine, periferia de Paris, em decorrência de ter apresentado uma charge de Maomé aos seus alunos. Houve relatos de que o assassino teria gritado “*Allah Akbar*” antes de ter cometido o crime.

A representação por imagens do profeta Maomé é severamente proibida no islamismo, razão de a apresentação da charge ter sido considerada ofensiva e a resposta foi de um absurdo enraizado profundamente no fanatismo religioso. A expressão “*Allah Akbar*” tem origens, segundo Emílio Neto (2020, p. 45) no período *Yahilya*, ou seja, desde as tribos pré-islâmicas.

Essa informação traz um aspecto interessante que não é evidente numa análise perfunctória. Veja-se que antes do islamismo as divergências entre os povos arábicos já era uma realidade incontestável, cujos conflitos também se tratavam de questões de fé e a escolha de um Deus. Portanto, características desses povos não encontram fundamentação apenas na Religião islâmica, mas da própria história e natureza desses povos.

Os indianos buscaram a libertação dos britânicos de maneira bem mais pacífica do que outros povos fariam; os jesuítas foram recebidos em muitos lugares e difundiram a fé Cristã, só que no Japão foram recepcionados pela lâmina das *katana*; outros incontáveis exemplos revelam o comportamento de um povo, o coletivo em sua sinergia e, por essa razão, a cultura é o elemento de importância angular. A religião é um dos seus componentes.

Os povos arábicos já possuem desde seus primórdios uma cultura que favoreceu a recepção de uma fé de fortes imposições como é o islamismo. Terreno fértil para o germinar, crescimento, manutenção e difusão desta religião. O indivíduo que carrega em si as vocações bélicas, confrontantes e rígidas, escora-se

no texto que lhe outorga o direito de fazer, de forma velada, aquilo que deseja. É a sublimação de Sigmund Freud. Torezan e Brito (2012) destacam que no estudo da sublimação o objeto se eleva à coisa (*das Ding*), a qual é um objeto mítico e perdido. *Das Ding* é uma espécie de furo na realidade, cujas suas representações reais lhe orbitam.

Veja-se que em se considerando a fé como uma dessas coisas freudianas, suas representações (*Sachevorstellungen*) são associadas à ideia de palavra (*Wortvorstellungen*), e novamente temos, seja pela oralidade, seja pelo texto escrito, uma gravitação da fé. Portanto, a fé de cada um determina o que lhe segue, e *in casu*, o próprio Direito. O indivíduo, de qualquer crença, com suas próprias representações da coisa, pode entender o texto a partir delas (*Wortvorstellungen*) e ser convicto de que seus atos são todos legitimados nos textos sagrados.

Se a única fé verdadeira é o islamismo, o único texto válido como instrumento da mensagem de Deus é o Alcorão (e somente em língua árabe), todas as demais não servem. E se houver necessidade do combate, o mesmo está justificado na letra da Lei a depender de quem interpreta. A hermenêutica das vontades.

A ação desses indivíduos, os quais não se restringem somente aos grupos terroristas e extremistas, mas ao indivíduo em si, como o assassino do professor francês, reforçam a construção do mundo muçulmano como agressivo, intolerante e implacável, estendendo-se aos árabes devido à corriqueira confusão entre os termos, entendidos por alguns erroneamente como sinônimos.

No que se refere à aplicação do Direito, no entanto, a opinião e interpretação do muçulmano que não for investido e autorizado não tem valia como qualquer fonte de direito. Apenas os juristas podem dizer a lei, sob a condição de serventes da vontade de Allah. Inclusive o próprio governante, que possui força e determinação política, não reúne condições de superar seu papel de ser servo da vontade de Deus e obediência ao Alcorão e demais fontes.

O poder do Sumo Pontífice da Igreja de Roma é capaz de alterar os ditames da religião e do Direito Canônico, sendo então um legislador operante, cujas decisões podem irromper com a própria Bíblia. Veja-se a questão das imagens, proibidas expressamente no texto bíblico e autorizadas e estimuladas pelo catolicismo romano.

Isso não ocorre na legislação muçulmana, tornando o seu direito bastante pétreo e de poucas mudanças e flexibilizações ao longo do tempo. Ao mesmo tempo, estar nas mãos de sábios (*fuqaha*) juristas as decisões de Direito, impedem e protegem que a visão extremista de alguns muçulmanos dite as regras.

René David (1993, p. 412) professa que a admissão de uma regra pelo *Idjma* (acordo unânime dos doutores da Lei) prescinde da adesão dos crentes, estando adstrito somente aos juristas. Não pode ser entendido, portanto, como um “costume”, fonte de Direito do Brasil e vários outros países. Nesse sentido, o *Idjma*, instituto *sui generis* do islamismo, é também uma fonte de Direito acessória.

Convém também esclarecer que os países árabes, com prevalência religiosa do islamismo, possuem características diferentes, portanto, o Direito também apresenta suas variações. Países onde o Tradicionalismo e o Conservadorismo imperam, como na Arábia Saudita, o Direito muçulmano é o próprio Direito, inadmitindo-se tolerâncias de credo. Já outros países onde a religião cristã também é bastante presente, o Direito não se confunde com o Direito muçulmano, embora a influência seja inegável.

Essas diferenças se originam desde os ritos muçulmanos e se manifestam também na aplicação da legislação. Contudo, aos olhos do leigo e muitos ocidentais ou até mesmo orientais que se distanciam da realidade islâmica, todo esse contexto se funde, de forma que a religião se mescla com etnia (o equívoco de tomar todo árabe como islão), que por sua vez se confunde com uma nação (comumente Arábia é usada em referência ao Oriente Médio, não apenas à Arábia Saudita; descendentes de povos árabes são chamados de turcos no Brasil) e dessa maneira, dizer sobre um é falar sobre o outro ao mesmo tempo. Leonardo Almeida Lage (2016, p.17) chama atenção para a questão saudita e iraniana:

deve-se alertar para a existência de diferenças importantes entre os países que compõem o mundo islâmico, visto que as práticas constitucionais e o fenômeno jurídico de modo geral não se apresentam uniformemente em todos eles. Diferenças históricas, culturais, étnicas, econômicas repercutem distintamente em cada um desses países. Exemplificativamente, no que tange ao papel da religião no Estado, tem-se, num extremo, o Irã, que vive atualmente sob um regime teocrático, e a Arábia Saudita, que adota oficialmente uma versão fundamentalista do direito islâmico (wahabismo); e, noutro, a Turquia, onde prevalece uma laicidade comparativamente assertiva.

As características de cada nação, de cada população, grupo e rito religioso desaparecem num nivelamento imposto e amplamente reafirmado. Daí que a rotulação é certa e importa a fama de uns à totalidade. Uma das razões é

o que Edward Said (1935-2003) bem discutiu em sua obra *O Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente* (2007), o que se passa a discutir no próximo tópico.

## 2. O ORIENTALISMO NO DIREITO MUÇULMANO

O Orientalismo é a maneira com a qual o mundo ocidental dispôs para interpretar e descrever os povos orientais a partir de suas convicções e modelo de moralidade, civismo etc. Um imperialismo cultural.

Naturalmente, com especial atenção aos europeus, o ocidental se colocou em posição súpere e privilegiada quando comparado aos orientais, de maneira que estes se tornaram verdadeiro objeto de estudo. Tal como o biólogo conduz seus animais em seus experimentos. Said, ao ler os dizeres de Lorde Cromer, como era conhecido Evelyn Baring, representante inglês da ocupação britânica do Egito, profere:

Mostra-se então que os orientais e os árabes são crédulos “sem energia e iniciativa”, muito dados a uma “adulação repugnante”, a intrigas, astúcia e maldade para com os animais, os orientais nem sabem caminhar numa estrada ou num pavimento (suas mentes desordenadas não compreendem o que o inteligente europeu apreende imediatamente, que as estradas e os pavimentos são feitos para caminhar); os orientais são mentirosos contumazes, são “letárgicos e desconfiados”, e em tudo opõem-se à clareza, à franqueza e à nobreza da raça anglo-saxônica. (2007, p. 71)

A ideia de superioridade europeia não é nenhuma novidade. Os povos invadidos e conquistados, por não se assemelharem ao modelo europeu, eram considerados inferiores, selvagens e desleais dentre muitas outras atribuições pejorativas. Os absurdos dessa natureza cada vez mais são combatidos, no entanto, de uma forma ou outra ainda remanescem.

Os árabes, a título de exemplo, contribuíram com diversas áreas do conhecimento e muitas vezes estiveram à frente dos europeus. Veja-se na matemática, enquanto o sólido império romano sequer conhecia o algarismo zero, os árabes e indianos ensejaram as discussões da natureza do próprio zero. O sistema de numeração indo-arábico, mundialmente utilizando, sendo que a própria pala-

vra algarismo homenageia o matemático árabe Abu Abd Allah Muhammad ibn Musa al -Khwarizmi (780-850).

A própria álgebra (*al-jabr*) tem suas origens nos povos árabes, dentre tantas outras contribuições para diversas áreas do conhecimento humano que seria longuíssima lista de nomes. Bastante consultar a sabedoria de Abu Ali al-Hussein ibn Abd Allah al-Hassan ibn Ali Sina (980-1037), conhecido no Ocidente como Avicena. Como polímata, com especial destaque na medicina e filosofia, Avicena em *A viagem da alma* (PEREIRA, 2002, p.122) busca explicações científicas diversas, inclusive para o arco-íris, o que ainda viria a ser tema da física positivista na Europa.

Enquanto os árabes impulsionavam as ciências, a Santa Igreja queimava Giordano Bruno (1548-1600).

Além dos quesitos intelectuais, os povos arábicos também sempre se mostraram preparados para as guerras e conflitos, como as Cruzadas. Inclusive, os árabes muçulmanos assistiram com asco e espanto sobre a antropofagia realizada pelos templários cristãos durante as Cruzadas (RUBENSTEIN, 2008), o que não condiz com a postura assumida pela empáfia ocidental.

De qualquer maneira, enquanto em alguns aspectos a ideia da inferioridade dos orientais vêm sendo combatida, em outros ela se mantém acesa. Um dos principais aspectos é o da religião, por conseguinte, o Direito muçulmano.

Kamel (2007) explica que a religião muçulmana é julgada beligerante e agressiva, no entanto, os mesmos críticos esquecem de fazer menção ao número de Papas assassinados, além de outros líderes religiosos mortos e perseguidos, mesmo que a mensagem de Jesus seja de amor e paz.

O número de mortos durante o Tribunal da Santa Inquisição e demais conquistas do catolicismo são impressionantes e não causam o mesmo espanto dentro do viés orientalista. A razão disso vem à luz novamente sob as questões do orientalismo:

...não quero negar que haja muitas questões delicadas referentes ao Islã nos dias atuais. É impossível deixar de admitir que já muito de misoginia, por exemplo: o papel da mulher. (...) Hoje, porém, são os setores radicais do Islã, minoritários, mas estridentes, que borram a imagem desta religião, reavivando a sua reputação, justa ou falsa, de violência e crueldade. (...) A maioria faz por ignorância e, diante do que vê todos os dias nos jornais e na televisão, não tem culpa pelo

erro: espelha aquilo a que assiste e o que lê. (KAMEL, 2007, 125-126).

Não só a mídia e veículos de informação em massa produzem esse tipo de conceito, mas dentro da própria Academia. Kamel informa que o historiador inglês Paul Johnson, autor de *A história do Cristianismo e a história dos judeus* afirmou que o islamismo é uma religião imperialista, que prega a violência e o uso da força para se espalhar (2007, p.126).

Os aspectos negativos da religião islâmica não devem ser ignorados, no entanto, o historiador Paul Johnson também devesse olhar com mais atenção a história da Inglaterra e do Reino Unido antes dos seus dizeres.

Ventiladas essas questões e considerando que o Direito muçulmano é quase que o próprio islamismo aplicado, veja-se um exemplo prático: o apedrejamento de mulheres.

O preconceito contra as mulheres deve ser combatido incansavelmente em todos os aspectos, em todas as épocas e em todo o planeta. Apedrejar uma mulher, ou qualquer ser vivo, diga-se de passagem, é ato asqueroso, imoral, violento e reprovável em qualquer religião ou país, incluindo-se o islamismo e o mundo árabe. Uma barbaridade vergonhosa, um atraso moral para humanidade.

É uma realidade que esses atos ocorrem no seio da religião islâmica, dentre outros crimes como os já mencionados, que vão de torturas violentíssimas até a própria morte. No entanto, aqueles muçulmanos que não pensam assim não podem ser incluídos nessa generalização:

Basta um grupo de fanáticos tomar o poder no norte da Nigéria para logo aparecer uma mulher condenada à morte por adultério. E, mais uma vez, o Islã aparece como uma religião atrasada e violenta. É a exceção vista como a regra. (...) Uma prática que não acontece na imensa maioria dos países muçulmanos. (KAMEL, 2007, p.133)

O apedrejamento também é previsto no Livro do Deuteronômio (Bíblia: Deuteronômio: Cap. 22, versículos: 22-24) e continua sendo prática abominável, ainda que em validade no cristianismo e judaísmo. No entanto, essa previsão não encontra sua prática nessas religiões. No islamismo, não fosse o extremismo de alguns, ter-se-ia a mesma situação.

Ilação do exposto, se existe uma previsão (*nulla poena, sine lege*) nos textos que embasam o Islã, grupos que assumem por meios violentos algum domínio

interpretam-nos ao seu modo e aplicam suas penas como se legítimas ante toda a comunidade árabe.

O Alcorão (*surata* 24, 2-4) aponta a necessidade do preenchimento de um requisito para a acusação de adultério: a presença de quatro testemunhas, sendo a punição do adúltero ou adúltera receberem oitenta chibatadas e não mais poderem se casar com outro crente muçulmano. Como as juras em nome de Allah são levadas à sério e com muito temor pelos islãs, a testemunha que se lançar na acusação de alguém deve jurar a verdade em nome de Deus e, em sendo as punições extremamente severas, apenas com a mais plena das certezas é que se se ativará em dizer o que sabe ou presenciou.

Há, portanto, nessa revelação a Maomé sobre como proceder com os adúlteros uma espécie de atenuante das penas (as chibatadas ao invés da morte), de forma que as testemunhas devem se apresentar para superar apenas o “*verba contra verba*” ou a falsa acusação.

Essa *surata* serve então quase que como uma revisão do própria Carta Maior muçulmana, o Alcorão, de maneira que o Poder Constituinte Originário e Reformador advém somente de Allah. Sua aplicação se faz protetiva contra a morte de mulheres e adúlteros em geral, de maneira que essa prática (não fosse pelas exceções que são evidenciadas) não ocorre na maioria dos países muçulmanos.

O Direito muçulmano sofre os mesmos ataques que o islamismo, já que existe uma indissociabilidade patente. Inferências e apontamentos sobre o mérito devem ser tratados com esmero e conhecimento específico do assunto, não franqueados ao juízo de valor propagado por certos preconceitos ou conceitos erroneamente consolidados. O que se ventila nas mídias deve ser visto com um filtro de razão e ponderação, precipuamente quando envolvidos os grupos extremistas ou até mesmo indivíduos radicais.

Se por um lado o Direito muçulmano é bem ficando em convicções de fé e dogmas pertinentes, o que lhe engessa no desenvolvimento do Direito, seja por analogias, abertura ao diálogo etc., por outro, é um Direito em que o infrator tem uma certeza finalista de seu crime. Seja o roubo ou adultério, o que está escrito, será cumprido irremediavelmente, seja para “Caio, Tício ou Mévio”, o que coíbe certas hipocrisias que encontram brechas em outros ordenamentos mais flexíveis.

Se há justiça, ou se a melhor das Justiças está no *Common Law*, no Direito muçulmano ou no romano, é tema de debate filosófico amplo e profícuo, considerando-se seus aspectos vantajosos e desvantajosos, no que um supera o outro em eficiência, se o modelo jurídico deste serviria àquele etc.

O fato é que nessas discussões todos os modelos devem ser encarados com igualdade, devido à pluralidade de fatores e questões que tornam o tema complexo e de muita relevância. Afastar os condicionamentos orientalistas sobre como encarar o Oriente, respeitando-se sua realidade e medindo-lhe com as suas réguas, é o passo inicial para uma aproximação entre o Direito muçulmano e os demais, o que deve ser estimulado não apenas pela natureza científica da matéria, mas como produtora de maneira de remoção dos preconceitos e revisão dos conceitos já enraizados.

### 3. CONCLUSÃO

Grupos radicais cometem atos que reforçam e reafirmam o islamismo e seu Direito (que são indissociáveis) como retrógrado, violento, imperialista e absurdo, mas não devem servir como parâmetro para a comunidade muçulmana. Os grupos radicais se justificam pelo atendimento de suas representações ideológicas (*Sachevorstellungen*) e se legitimam pelo texto legal, com exegese e hermenêutica ao seu modo (*Wortvorstellungen*). Essas divergências também são tema de embate no Ocidente, veja-se a Reforma Protestante e a Contrarreforma promovida pela Igreja Católica.

Parte dessa forma de se ver o Oriente provém dos vieses orientalistas de classificar os orientais como seres mais atrasados, mentirosos, machistas, desconfiados etc. Quanto mais se distanciam do modelo ocidental, mais precária é sua moral e menor o seu valor. Esses posicionamentos devem ser combatidos, vez que a generalização é sempre perigosa e traiçoeira, nunca se encontrando com a justiça e encorpendo o preconceito e a discriminação. A contribuição dos árabes para o mundo em diversos aspectos é inconcussa e utilizada todos os dias por bilhões de seres humanos. Incoerência maliciosa acreditar que um povo atrasado tenha dado razão ao legado que se perpetua.

O que serve de substrato do acusador muitas vezes também lhe veste bem, como é o caso de o islamismo ser visto como uma religião violenta pelo Ocidente, ignorando-se as atrocidades cometidas pela fé Cristã. Portanto, a hipocrisia acompanha o julgador. Não se nega os aspectos negativos do islamismo e seu Direito, os quais devem ser enfrentados sob a égide da melhor forma de justiça, como a questão assimétrica entre homens e mulheres, no entanto, não são todos os muçulmanos que acenam para essa desigualdade e estimulam práticas misóginas, xenofóbicas, etc. Portanto, a rotulação da cultura, incluindo-se os

méritos religiosos e jurídicos, deve ser combatida de todas as formas, justificando a pertinência e a importância de trabalhos como este.

#### 4. REFERÊNCIAS

*BÍBLIA Sagrada* – edição bilíngue. português/chinês. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

HARRANI, Abu Mohammed Al Hassan bin Ali bin Al Hussein bin Shu'ba. *Tuhaf al-uqul na al arrasul: obra-prima dos intelectos*. Tradução de Ismail Ahmed Barbosa Júnior. São Paulo: Centro Islâmico no Brasil, 2019.

KAMEL, Ali. *Sobre o islã: a afinidade entre muçulmanos, judeus e cristãos e as origens do terrorismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

LAGE, Leonardo Almeida. *Transconstitucionalismo, direito islâmico e liberdade religiosa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 125p. 2016.

NETO, Emílio Sarde. *Islamismo: história, cultura e geopolítica*. Curitiba: InterSaberes, 2020.

*O ALCORÃO: livro sagrado do Islã*. Tradução de Mansour Challita. 4.ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2012.

PEREIRA, Rosalie Helena de Souza. *Avicena: a viagem da alma: uma leitura gnóstico-hermética de Havy IbnN Yaqzan*. São Paulo: Perspectiva: FAPESP, 2002.

*PROFESSOR francês é decapitado na rua após mostrar charges de Maomé em aula.* Folha de São Paulo. São Paulo. 16.10.2020. Disponível em <Professor francês é decapitado na rua após mostrar charges de Maomé em aula - 16/10/2020 - Mundo - Folha (uol.com.br)>. Acesso em 21.03.2023.

RUBENSTEIN, J. *Cannibals and crusaders.* French Historical Studies 31, no. 4 (2008): 525–52. Disponível em < doi:10.1215/00161071-2008-005.> Acesso em 21.03.2023

SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente.* Trad. de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SCHACHT, Joseph. *An introduction to Islamic Law.* Oxford: Oxford University Press. 1982.

TALEB, Imam Ali ibn abi. *Nahjul balaghah, o método da eloquência.* Trad. de Samir El-Hayek. 2.ed. São Paulo: Centro Islâmico do Brasil, 2010.

TOREZAN, Z.F; BRITO, F.A. *Sublimação: da construção ao resgate do conceito.* 15 (2). Rio de Janeiro, RJ: Ágora. 2012. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S1516-14982012000200003>. Acesso em 21.03.2023.

**Submissão:** 27.março.2023

**Aprovação:** 13.abr.2023

# PROVEDORES DE APLICAÇÃO E OS DIREITOS AUTORAIS

## *Application service providers and Copyrights*

*Rubia Maria Ferrão de Araújo<sup>1</sup>*

**ÁREA:** Direito Civil. Direitos autorais.

**RESUMO:** Os direitos autorais foram fortemente impactados pelos avanços tecnológicos e pela revolução causada pela Internet, haja vista a facilidade de consumo e reprodução do conteúdo sem a devida contribuição. Neste cenário, se encontra a figura do provedor de aplicação que é quem provê os serviços que são utilizados para cometimento das violações. Diante disso, a pergunta que emerge é qual deve ser a sua responsabilidade frente aos ilícitos perpetrados em seus sites. A Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, embora possa ser aplicável à tutela dos direitos autorais, como, por exemplo, para o trâmite de quebra de sigilo, no tocante à responsabilidade dos provedores pelas violações aos direitos autorais preferiu silenciar, reservando a disciplina da questão a lei futura, conforme artigos 19, §2º, da Lei 12.965/14. Enquanto isso, a questão segue tratada pelo ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei de Direitos Autorais n.º 9.610/98 e o Código Civil, conforme previsto no artigo 31 da referida lei, sendo certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a responsabilidade do provedor de aplicação será secundária, de natureza contributiva ou vicária, dependendo do grau de conhecimento e vantagem financeira que auferiu da conduta ilícita. Os provedores de conexão, por sua vez, não respondem por ilícitos causados por terceiros a partir do uso de seus serviços de conexão à Internet, nos moldes do artigo 18, do Marco Civil. Por fim, demonstrou-se importantes paradigmas

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Advogada e Professora atuante em Direito Digital e Proteção de Dados Pessoais. Endereço eletrônico: rubia@pffa.com.br.

da jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade civil do provedor pelos ilícitos causados por terceiros a partir dos seus serviços.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provedor de aplicação; provedor de conexão à internet; marco civil da internet; direitos autorais; responsabilidade.

**ABSTRACT:** Copyrights were strongly impacted by technological advances and for the revolution caused by the Internet, considered the ease of consumption and reproduction of the content without the proper contribution. In this scenario, there is the figure of the application service provider, who provides the services used to commit the violations. Thus, the main question is what its liability about the unlawful acts should be perpetrated on its websites. 12.965/2014 Act, known as Brazilian Internet Law, although it may be applied to copyright protection, such as the procedures for breach of secrecy, when it regards to application service providers liability for copyright infringement, it preferred to be silent, reserving the discipline of the matter to a future law, according to articles 19, §2º, 12.965/14 Act. Meanwhile, the matter is protected by Copyright Law – 9.610/98 Act – and the Civil Code, in accordance with article 31 of the law, although the jurisprudence of the Superior Court of Justice has established that the liability of the application service provider will be secondary, with contributory or vicarious nature, depending on its awareness and financial advantage earned from the illegal acts. The Internet service providers (ISP) are not liable for illegal acts caused by third parties by using their internet connection services, in accordance with article 18 of 12.965/14 Act. Finally, it was demonstrated Brazilian important decisions about application service provider liability for illegal acts caused by third parties by using their services.

**KEYWORDS:** Application Service Provider (Asp), Internet Service Providers (Isp), 12.965/14 Act – Brazilian Internet Law, Copyright, Liability

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A tutela dos direitos autorais no Brasil. 2. O provedor de aplicação e os direitos autorais. 2.1. O Marco Civil da Internet – Lei 12.965/14. 2.2. Exclusão do direito autoral da disciplina da respon-

sabilidade do provedor de aplicação por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, no âmbito do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14 – Art. 19, §2º e art. 31). 2.3. Paralelo entre a Responsabilidade do provedor no Marco Civil da Internet e no Direito Autoral. Conclusão. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A era digital trouxe grandes impactos para as obras intelectuais, notadamente em razão das novas formas de criação, acesso e até mesmo pela dispensa da existência física de um corpo mecânico para comunicação ao público.

Com isso, novos desafios surgiram para a devida proteção dos direitos dos autores, os quais, não raro, passaram a ver suas obras estampadas nos mais variados tipos de *sites*, sem a devida contraprestação financeira. E pior, muitas vezes, sem ter elementos para a pronta identificação do infrator, considerando que grande parte das condutas ilícitas perpetradas na rede ocorrem sob o manto de um aparente anonimato.

Nesse cenário, surge a figura das empresas responsáveis por referidos *sites*, chamadas de “provedores de aplicação” pela Lei 12.965/14, popularmente conhecida como “Marco Civil da Internet”, as quais, embora não sejam responsáveis diretas pela inserção de conteúdos ilícitos em suas páginas, certamente se beneficiam pela exploração indevida por terceiros de materiais protegidos por direitos autorais, além de serem as únicas que detêm mecanismos para fazer cessar as violações de forma imediata e proporcionar a identificação dos responsáveis pelas violações.

Ocorre que a referida lei, o Marco Civil da Internet, acabou por não contemplar a tutela dos direitos de autor e conexos, no tocante à responsabilidade civil dos provedores de aplicação, reservando essa disciplina a lei futura específica que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. Assim, se buscará demonstrar como a questão tem sido tratada, principalmente perante as Cortes brasileiras, com base nas leis vigentes.

## 1. A TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Os direitos autorais<sup>2</sup> são amplamente protegidos pelo ordenamento jurídico vigente, tanto no âmbito constitucional, como no infraconstitucional e, ainda, como fruto dos tratados dos quais o país é signatário.

A Constituição Federal garante ao autor o direito exclusivo de utilizar as suas obras e, ainda, assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas, assim como o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas, nos termos do artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII.

No âmbito infraconstitucional, a consolidação dos direitos autorais é realizada pela Lei nº 9.610, pelo Código Civil, Código de Processo Civil e por inúmeras leis específicas que também tutelam os direitos de autor, assim como os Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Por outro lado, a violação de direitos autorais pode, igualmente, configurar crime contra a propriedade imaterial, caso se enquadre no tipo penal previsto no artigo 184, do Código Penal, o que autoriza a propositura de ação penal, nos termos do artigo 186, do mesmo diploma.

José de Oliveira Ascensão ao propor a equação do tema alerta que “A boa compreensão do Direito Autoral passa pela determinação do seu fundamento. (...) Há em comum a ideia difusa de se procurar algo que justifique a atribuição de direitos intelectuais exclusivos sobre obras literárias ou artísticas.”<sup>3</sup> Contudo, nesse processo, verifica-se a utilização de argumentos diversos de natureza jurídica e não jurídica.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Direito de Autor é “um ramo de Direito privado, com autonomia científica, que tutela as criações intelectuais, dotadas de certa originalidade, exteriorizadas em suporte tangível ou intangível, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências, abrangendo direitos morais, ligados à personalidade do autor, e direitos patrimoniais relativos à exploração econômica da obra.” (CHINELLATO. Direito de Autor e Direitos da Personalidade: Reflexões à Luz do Código Civil. p. 25).

<sup>3</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do Direito Autoral como Direito Exclusivo. p. 21.

<sup>4</sup> “Pode-se lançar mão de critérios não jurídicos. Por exemplo, está agora na moda – na sequência doutra moda, que é a da análise econômica do Direito – procurar a justificação do direito autorial em critérios econômicos. Assim, faz-se a análise custos/benefícios, para determinar se os resultados dos direitos exclusivos compensam os custos econômico-sociais que estes acarretam. Pode fazer-se a análise política ou de política legislativa, perguntando por exemplo se é politicamente correto onerar toda a sociedade com um monopólio estabelecido em proveito de alguns. Ou a análise filosófica, particularmente ética, pesquisando se há bases para atribuir ou recusar ao autor ou até a terceiros um domínio sobre a obra, que se traduz em restrições à liberdade de atuação de todos os outros membros da sociedade.” (op. cit. p.21).

A definição do fundamento da discussão é um ponto importante, pois se adotado o viés jurídico, com base nas leis vigentes, dúvidas não existem de que o autor precisa ser protegido, inclusive no âmbito da Internet, como esclarece Manoel J. Pereira dos Santos: “a Internet não é um espaço onde os conteúdos postados tornam-se de domínio público ou onde criações de terceiros podem ser usadas livremente.”<sup>5</sup>

Logo, resta evidente que o ordenamento jurídico pátrio é farto o suficiente para conferir a mais ampla proteção ao autor, inclusive no tocante às novas tecnologias e na Internet.

## 2. O PROVEDOR DE APLICAÇÃO E OS DIREITOS AUTORAIS

No cenário atual se observa a “desmaterialização” da propriedade, visto que o modelo de riqueza não se limita mais apenas aos bens corpóreos, mas também abrange os incorpóreos, fenômeno esse que também se tornou perceptível no âmbito das criações intelectuais, o que potencializou a consciência sobre a distinção entre os bens imateriais representados pelo corpo místico (*corpus mysticum*) e o suporte consistente no corpo mecânico (*corpus mechanicum*). Tanto que, a partir do século XX, a expressão de obras intelectuais passou a ser realizada por meios intangíveis.

Redes sociais, *blogs*, *sites*, aplicativos de comunicação, redes *peer-to-peer*, *streaming*, conteúdos *on demand* são termos que fazem parte do dia a dia da vida contemporânea. Nos ambientes *online*, circulam, diariamente, grandes volumes de obras protegidas pelos direitos autorais: livros, artigos, músicas, filmes, fotografias, programas de computador, dentre outras. Contudo, uma parte considerável do conteúdo que é reproduzido na Internet não conta com a autorização do autor ou do titular dos direitos.

Nesse aspecto, não se pode esquecer que a defesa do autor prestigia os direitos de personalidade e garante a sobrevivência, a continuidade e o desenvolvimento do patrimônio cultural da humanidade, sob pena de restar verificada a inquietante reflexão de Bernard Edelman, no sentido de que “Mercado e tecnologia irão, talvez, assinalar a morte do Direito de autor e com ele, a morte da cultura que ele expressava”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de Autor, Direito de Informação e Internet. p. 276.

<sup>6</sup> Bernard Edelman *apud* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direito de Autor e Direitos da Personalidade: Reflexões à Luz do Código Civil. p. 12.

Essas reflexões são importantes para balizar a disciplina dos direitos autorais, pois é realmente questionável o progresso às custas do autor-trabalhador, parte hipossuficiente frente aos grandes impérios constituídos pelas empresas de tecnologia.<sup>7</sup>

Somem-se a isso as próprias dificuldades inerentes à internet, frente às discussões atreladas ao Direito e à soberania.<sup>8</sup>

Portanto, certamente, é necessário buscar um equilíbrio para esta equação entre Direito de Autor e liberdade informação, procedendo-se a uma adaptação legislativa que se adeque à nova realidade.

## **2.1 O Marco Civil da Internet - Lei 12.965/14**

A Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Sob os pilares principais da liberdade de expressão, privacidade e neutralidade, o Marco Civil da Internet preencheu importantes lacunas na legislação existente, principalmente ao assegurar o direito de se buscar a identificação de usuários que cometem ilícitos na rede, já que foi imposta a obrigação de guarda aos provedores dos registros eletrônicos necessários para tanto. Porém, referidos dados estão protegidos por sigilo, de forma que só podem ser obtidos por ordem judicial cível ou criminal.

---

<sup>7</sup> “A sociedade de informação e a comunicação via internet, que tantos benefícios trazem aos usuários, importam, por outro lado, estado de alerta dos titulares de direitos autorais, pela simplicidade e rapidez com que as obras são divulgadas, pela dificuldade de impedir ou restringir acessos não consentidos a elas e pelo errado entendimento no sentido de que a internet é repositório gratuito de obras culturais, artísticas e científicas. (...) Consideramos uma missão passar para a geração atual e, por meio dela, para a futura, a ótica do Direito autoral como a do trabalhador-autor, que deriva da criação intelectual o seu trabalho, o qual não pode ser utilizado por terceiros, sem a correspondente remuneração, salvo por autorização expressa quanto à gratuidade.” (op. cit., p.19-20).

<sup>8</sup> “Há dificuldades regulatórias decorrentes de alguns fatores: a) a relação entre direito nacional e direito estrangeiro, e mesmo direito internacional, esfacelada pela violação que se opera sobrepondo-se à ideia de fronteiras físicas ou geopolíticas entre Estados-nação; b) transferência imediata de dados, independente de qualquer requisito formal, anuência do autor ou mediação e/ou conhecimento de instituições ou terceiros, facilitando violações, mas ampliando o horizonte de acessibilidade ao conhecimento, aos dados e às informações; c) diminuição sensível do nível de controle dos dados, da esfera da privacidade e da capacidade de controle da informação pelo autor ou possuidor de direitos sobre a propriedade intelectual.” (BITTAR, Carlos Alberto. 1939-1997. Direito de autor. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6539-6/>)

Antes do Marco Civil da Internet, as empresas que pertenciam a este ecossistema da Internet eram nominadas como provedor de acesso, provedor de conteúdo, provedor de hospedagem, provedor de conta de e-mail, provedor de notícias, *blogs* etc. Porém, no Marco Civil da Internet, referidos personagens foram resumidos às figuras dos provedores de “conexão à Internet” e de “aplicações de Internet”<sup>9</sup>.

Os provedores de conexão à Internet são aqueles que conferem os elementos necessários para que o usuário possa acessar à Internet. Os provedores de aplicação, por sua vez, são aqueles que propiciam os conteúdos, plataformas e serviços na Internet, como *sites*, *blogs*, redes sociais, e-mails, aplicativos, dentre outros.

Os provedores de aplicação e de conexão exercem um importante papel nesta sociedade da informação, o que torna necessária a observância da função social inerente às suas atividades, notadamente porque é comum que seus serviços sejam utilizados para práticas ilícitas e até mesmo criminosas, na maioria das vezes de forma anônima, já que o usuário responsável por tais práticas ilícitas não fornece elementos para sua pronta identificação, tornando necessário que tais provedores adotem as providências necessárias para registrar os dados que permitirão à devida identificação dos infratores quando acionados para tanto.

Embora referida lei tenha sido um marco importante para a disciplina da Internet no Brasil, também foi alvo de muitas críticas.

A primeira crítica está relacionada à responsabilidade civil do provedor de aplicação por condutas ilícitas dos usuários de seus serviços (terceiros).

Antes do Marco Civil da Internet, a doutrina e jurisprudência apontavam para a responsabilidade civil consubstanciada no chamado *notice and take down*, isto é, se o provedor, após notificado acerca de ilicitude de conteúdo de terceiros em seus serviços, deixasse de removê-lo, passava a responder de forma solidária com o infrator pelo conteúdo infringente, independentemente do tipo de direito violado (direitos autorais, privacidade, honra, imagem, propriedade industrial etc.).

Entretanto, a partir do Marco Civil da Internet, a regra passou a ser a de não responsabilização do provedor por ato de terceiros (usuários de seus serviços), nos termos do artigo 19, da Lei 12.965/14, a qual só é excepcionada pela inércia no cumprimento de ordens judiciais e nos casos envolvendo violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos

---

<sup>9</sup> Conceitos no artigo 5º, incisos V e VII, da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet).

sexuais de caráter privado, consoante artigo 21 do mesmo diploma, o qual incorporou a regra do *notice and take down*.

A segunda crítica, na época, estava relacionada à fixação de curto prazo de guarda dos registros eletrônicos e dados cadastrais dos usuários dos serviços dos provedores, já que a recomendação do Comitê Gestor Internet Brasil (CGI.br) era de guarda por 03 (três) anos<sup>10</sup> e, no Marco Civil da Internet, fixou-se o prazo de guarda em 01 (um) ano para o provedor de conexão e de apenas 06 (seis) meses para o provedor de aplicação, nos termos do *caput* dos artigos 13 e 15, da Lei 12.965/14.

Dentre outras críticas realizadas, merece destaque a lacuna quanto à responsabilidade civil dos provedores em matéria de direitos autorais, visto que se perdeu uma ótima oportunidade para já disciplinar a questão e gerar segurança jurídica, afinal, a Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98) é anterior à real popularização da Internet, de forma que, embora contemple direitos e deveres que podem ser aplicados ao ambiente virtual, ainda que não esteja assim mencionado de forma expressa, a Lei de Direitos Autorais é omissa em relação ao papel que se espera dos provedores quanto ao combate de violações nesse âmbito, assim como em relação às hipóteses em que deveriam indenizar os autores pelo uso indevido de suas obras.

Sobre o tema de direitos autorais, porém, o Marco Civil da Internet se limitou a estabelecer no §2º, do artigo 19, no tocante à responsabilidade civil do provedor, que: “A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

Embora seja indiscutível que a Internet é uma fonte riquíssima de cultura e de acesso à informação, não há dúvidas de que o autor e suas obras também precisam ser protegidos no âmbito digital, sendo certo que achar um equilíbrio para essa equação é um grande desafio nos tempos atuais, especialmente frente à falta de previsões legais específicas.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, confira-se: “3.2 Manutenção de Dados de Conexão. Os serviços de telefonia e transmissão de dados mantêm por um prazo de cinco anos os dados de conexões e chamadas realizadas por seus clientes para fins judiciais, inexistindo procedimento semelhante na Internet brasileira. Recomendação: Os provedores de acesso devem passar a manter, por um prazo mínimo de três anos, os dados de conexão e comunicação realizadas por seus equipamentos (identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada)”. Disponível em <https://www.cgi.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/> - Acesso em 02.04.23.

## **2.2. Exclusão do direito autoral da disciplina da responsabilidade do provedor de aplicação por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, no âmbito do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14 – Art. 19, §2º e art. 31)**

A liberdade de expressão ganhou um papel de destaque no Marco Civil da Internet, de forma que, em seu nome, foi atenuada a responsabilidade dos provedores (vide *caput* do artigo 19, da Lei 12.965/14).

Contudo, importante destacar que a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), no artigo 2º, inciso II, estabelece que a disciplina do uso da internet no Brasil também tem como fundamento os *direitos humanos*, sendo certo que, não raro, a liberdade de expressão entra em choque com direitos dessa ordem, inclusive os direitos autorais.

Nessa linha, não se pode tornar a liberdade de expressão um direito absoluto, razão pela qual o controle de violações de direitos por parte do Judiciário não pode ser confundido com censura. Vale pontuar que, em razão de um trauma histórico, muitas vezes se invoca, de forma equivocada, a incidência de suposta proibição de censura, o que não se pode admitir, sob pena de se cancelar a vulneração de outros direitos que guardam o mesmo patamar jurídico de proteção que é conferido à liberdade de expressão.

Quanto ao assunto, Antonio Carlos Morato ensina que “De fato, após a aprovação da Constituição da República em 1988, o termo censura adquiriu um único sentido, o de proibição injustificável – execrável em todos os sentidos – e símbolo de um período de arbítrio no qual as manifestações artísticas eram coibidas e qualquer criatividade inexistia.”<sup>11</sup>. Ainda, acrescenta que: “(...) deve existir o distanciamento histórico necessário para que deixe de existir a identificação imediata de qualquer tipo de medida *por meio do Estado* e não *originada do Estado* (como ocorria na Censura centrada no Poder Executivo e destinada assegurar o regime político no Poder) deixe de ser considerada invasiva, pois o Poder Judiciário não censura e sim efetiva respeito à ordem constitucional existente por meio de suas decisões.”<sup>12</sup>

Assim, em prol da liberdade de expressão e a fim de se evitar a censura, geralmente, desobrigou-se o provedor de promover a remoção de conteúdos ilícitos por meio de notificação extrajudicial do ofendido, nos termos do artigo 19, da Lei 12.965/14.

<sup>11</sup> MORATO, Antonio Carlos. Limitações aos Direitos Autorais na Obra Audiovisual. p. 249.

<sup>12</sup> op. cit., p. 256.

Reitere-se que a isenção de responsabilidade dos provedores de aplicação, no tocante à remoção de conteúdos na Internet, tem por finalidade assegurar a liberdade de expressão que foi eleita como fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil, nos moldes do artigo 2º da Lei 12.965/2014.

Contudo, é preciso ter em mente que a liberdade de expressão e os direitos autorais contam com o mesmo nível jurídico de proteção, visto que ambos são elencados como direitos e garantias fundamentais.<sup>13</sup>

Por outro lado, não há que se falar em liberdade de expressão quando há anonimato, conforme prevê o artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, o qual é corroborado pelo artigo 3º, inciso I, da Lei 12.965/14. Além disso, o artigo 2º da Lei 12.965/14 também traz os direitos humanos (inciso II) e a finalidade social da rede (inciso VI) como fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil.

Diante disso, nada impede que o provedor de aplicação continue procedendo à remoção extrajudicial de conteúdos violadores da lei, de seus Termos de Uso e que estejam desassociados do exercício regular do direito à liberdade de expressão, principalmente quando o anonimato é utilizado como manto para ofender direitos de terceiros.

Noutras palavras, considerando que diversas condutas que acontecem na rede não se enquadram na garantia da liberdade expressão, os provedores de aplicação não só podem como devem agir, diligentemente, na remoção de conteúdos que violem direitos de terceiros, ainda mais quando preveem em suas políticas condutas que podem autorizar tal remoção extrajudicial, não só para evitarem a propositura de ações judiciais desnecessárias, mas principalmente para que atendam e respeitem a função social de suas atividades, nos moldes do Marco Civil da Internet, do Código Civil e da própria Constituição Federal.

A Internet não é e nem nunca foi uma terra sem leis. A Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o Código Penal, a Lei de Direitos Autorais, Lei de Software, a Lei de Propriedade Industrial, a Lei de Interceptações e, mais recentemente, a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, dentre outras normas, são suficientes para tutelar grande parte das condutas ilícitas que ocorriam e ainda ocorrem na rede.

---

<sup>13</sup> “No nosso modo de ver, não há hierarquia entre liberdade de expressão e direito de autor, devendo se aplicar em cada caso concreto, o princípio da proporcionalidade. Essa deve ser a interpretação da ênfase dada a liberdade de expressão nos vários artigos que compõem a Lei n. 12.965, de 2014.” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e direito autoral (...). p. 325.)

Entretanto, para que não pairassem dúvidas quanto à proteção à liberdade de expressão, ao sigilo das comunicações, à privacidade, livre iniciativa, consumidor, livre concorrência, dentre outros direitos, o Marco Civil da Internet reafirmou que tais direitos também são garantidos no âmbito da Internet, sem, contudo, excluir os demais direitos e garantias, conforme expressamente previsto no parágrafo único do artigo 3º, do referido diploma.

Justamente em razão disso, o fato de os direitos autorais não terem sido expressamente mencionados nesta lei específica não lhes retira a proteção hoje existente, até porque são considerados *direitos humanos*, conforme artigo 27, item 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, o que atrai a proteção do Marco Civil da Internet, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei 12.965/14, como apontado retro.

Todavia, a falta de uma previsão específica quanto ao papel dos provedores de aplicação frente às inúmeras violações de direitos autorais que se observa em suas plataformas traz insegurança jurídica, por diversos ângulos, além de deixar o autor da obra à míngua de uma melhor proteção. Assim, em verdade, o legislador perdeu uma ótima oportunidade para tratar, de forma mais detalhada, sobre os direitos autorais, assunto tão relevante no ambiente virtual.

De qualquer forma, em relação ao papel do provedor de aplicação frente às violações aos direitos autorais, como já destacado retro, o Marco Civil reservou a disciplina da matéria para lei futura, que até hoje não chegou, nos termos do §2º, do artigo 19, da Lei 12.965/14.<sup>14</sup>

Em resumo, é possível afirmar que o Marco Civil da Internet pode ser utilizado como fundamento jurídico para proteção aos direitos autorais, exceto no que tange à responsabilidade civil do provedor de aplicação, a qual deverá ser estabelecida sob a ótica das demais leis que tutelam a questão. Nesse ponto, es-

---

<sup>14</sup> “Tal lacuna – acentuamos aqui – derivou do fato de que o anteprojeto incluiu o item 19, dirigido à Presidência da República, no qual havia exclusão expressa do Direito Autoral, no sentido de que haveria posicionamento futuro quanto à matéria, mas a redação final não ficou clara, o que gerou considerável polêmica durante o ano de 2012, em que diversos debates foram realizados acerca dos riscos decorrentes da inexistência de menção equivalente no texto final. (...) No texto final do Parecer do Deputado Federal Alessandro Molon, houve a afirmação de que o texto não versava sobre Direito Autoral e que tal ramo do Direito estaria entre os ‘tópicos mais específicos, que devem por certo ser discutidos pelo Legislativo, mas que demandam um debate focado em princípios, doutrinas e práticas próprias do seu campo temático e que legislações sobre tais temas, idealmente, devem surgir depois de estabelecido um marco civil, para que possam ter completa harmonia com regras mais basilares que garantam os direitos dos cidadãos que utilizam a rede.” (MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais e o Marco Civil na Internet. p. 175-177).

pera-se que a lei futura não represente um retrocesso aos direitos conquistados pelos autores.

### **2.3. Paralelo entre a Responsabilidade do Provedor no Marco Civil da Internet e no Direito Autoral**

A disciplina do uso da internet no Brasil tem por fundamento a finalidade social da rede e por princípio a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos do artigo 2º, inciso V e artigo 3º, inciso VI, respectivamente, ambos da Lei 12.965/14. A doutrina demonstra os impactos trazidos à responsabilidade civil e aos direitos autorais com o desenvolvimento das atividades dos provedores.<sup>15</sup>

Na contramão da teoria do risco criado<sup>16</sup>, o Marco Civil acabou sendo extremamente favorável aos provedores e, conseqüentemente, trazendo maior prejuízo à vítima, notadamente em razão da judicialização de muitos assuntos que, outrora, eram resolvidos extrajudicialmente, o que também foi objeto de críticas.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> “A forma tradicional de responsabilização objetiva por violação aos direitos autorais e aos direitos que lhe são conexos passa a sofrer uma grande mudança com a chegada de novos intermediários no setor do comércio eletrônico, notadamente telecomunicações e computação que buscam obter a condição de ‘irresponsabilidade condicional’. Com esses novos atores, a ideia de que há uma aproximação sem fronteiras entre os autores e o público ganha forças, criando novos modelos de negócios, que podem entrar em choque com formas anteriores de exploração. Além disso, as novas tecnologias ligadas à internet são a ponta do iceberg de uma obsessão em função da proteção das obras órfãs, da instituição de procedimentos de registros, e, recentemente, na França, da digitalização e comercialização de livros indisponíveis por meio de uma gestão coletiva e a modificação do regime de proteção dos jornalistas assalariados para ‘salvar’ os jornais da crise econômica gerada pela internet.” (MATTES, Anita; *et al*, p. 361).

<sup>16</sup> “A quarta era dos direitos, conforme denomina Norberto Bobbio, ou era da técnica, no dizer de Hans Jonas, traz uma responsabilidade diferenciada aos produtores de tecnologia, imputando-lhes indenizar os lesados sem indagação de culpa, bastando a comprovação do nexo causal entre o ato ou fato lesivo e o dano. Prestigia a vítima, parte mais fraca, seguindo a tendência da legislação em vários âmbitos, ao reconhecer expressamente que o menos forte será protegido de modo expresso” (Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: (...). p. 588-589).

<sup>17</sup> “Cumpro salientar uma vez mais que a exclusão da responsabilidade civil de quem exerce atividade de risco (contrariando expressamente o Código Civil em seu art. 927, em seu parágrafo único) e também o próprio Código de Defesa do Consumidor (a Lei no 8.078/90, em seu art. 14) constitui um gravíssimo retrocesso e só atende aos interesses de grandes grupos econômicos vestidos de uma suposta liberdade dos usuários e acarretará a incoerência de ter um sistema de normas jurídicas que responsabilizará pequenos empreendedores e deixará impunes provedores que nada mais fazem do que normalmente afirmar que os magistrados nada conhecem sobre Internet e sobre tecnologia.” (MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais e o Marco Civil na Internet. p. 186).

As críticas seguem no sentido de que “os juristas ou juízes podem ser levados a imaginar, no furor dessa revolução [causada pela Internet], que toda a construção anterior da responsabilidade objetiva deveria ser alterada para facilitar esses novos modelos de negócios”<sup>18</sup>.

Feitas essas considerações, importante consignar que, no Marco Civil da Internet, a responsabilidade do provedor de aplicação quanto ao conteúdo de terceiros (seus usuários) é subjetiva e a responsabilidade do provedor de conexão – aquele que provê o acesso à rede – foi completamente afastada, nos termos do artigo 18.

Isso porque a atividade do provedor de conexão se assemelha às das operadoras de telefonia, de forma que condenar referidas empresas por ilícitos ocorridos pelo acesso que proporcionaram à rede poderia se assemelhar à uma eventual condenação da operadora de telefonia por “trotos” realizados por seus usuários, a partir do uso da linha telefônica.

Note que, nos termos do artigo destacado retro, o provedor de conexão não responde pelo conteúdo gerado por terceiros, mas detém a responsabilidade por sua identificação, sob pena de responder pelos danos causados em razão do descumprimento de obrigação legal de guarda dos registros de conexão, visto que tal ato pode prejudicar a identificação de ofensores na Internet.

Válido destacar que já estão começando a emergir questões polêmicas como a possibilidade jurídica de se acionar o provedor de conexão para providências relacionadas a atos de pirataria. Isso porque o provedor de conexão, analisando o fluxo dos pacotes de dados que trafegam em sua rede, teria condições de verificar aqueles que estão relacionados, por exemplo, a pirataria de TV por assinatura, também conhecida como *cardsharing*, o que lhes permitiria evitar o compartilhamento das chaves pertencentes aos serviços de TV por assinatura e, conseqüentemente, evitar a proliferação efetiva da pirataria em larga escala. Contudo, referida polêmica ainda não foi enfrentada por nossas cortes.

Por outro lado, como visto, no que tange à responsabilidade dos provedores de aplicação, houve uma modificação no entendimento que já estava consolidado na jurisprudência consubstanciado no chamado *notice and take down*, ou seja, se após notificado pela vítima sobre uma conduta ilícita, o provedor de aplicação mantivesse o conteúdo ilícito ativo, passava a responder civilmente em conjunto com o infrator.

---

<sup>18</sup> MATTES, Anita; *et al.* p. 361.

O sistema norte-americano se vale do chamado *notice and take down*, pelo qual se o provedor, após notificado sobre uma violação de direitos autorais, deixar de remover o conteúdo que viole direitos autorais diligentemente, passa a responder em conjunto com o infrator, como explica a doutrina.<sup>19</sup>

Embora este instituto do *notice and take down* também receba críticas de alguns doutrinadores brasileiros, uma vez que transfere para a vítima o ônus de monitorar ilicitudes na rede, fato é que, por vezes, é complicado atribuir ao provedor a missão de saber exatamente se um conteúdo é ilícito ou não, principalmente considerando as limitações aos direitos do autor previstas no ordenamento, em especial nos artigos 46 a 48, da Lei 9.610/98, sem prejuízo de outros usos justos (*fair uses*), reconhecidos pela doutrina e jurisprudência.

Quanto ao assunto, o doutrinador Antonio Jeová Santos bem retrata um verdadeiro dilema do provedor: “baixar a página imediatamente ou carregar a pecha de que é censurador”. Ainda, muito bem traz as dificuldades inerentes ao tema: “Nem sempre o funcionário do provedor que terá de verificar o conteúdo da página estará habilitado para saber se aquele conteúdo é nobre ou ofensivo a uma determinada classe de profissionais, por exemplo. O outro lado é que não pode o prestador de serviço informático ficar em situação olímpica, de total irresponsabilidade pelo que ocorre nas entranhas de seus computadores que permitem a criação e propagação da página.”<sup>20</sup>

Atualmente, no Marco Civil da Internet, sob o fundamento de proteção à liberdade de expressão, o chamado *notice and take down* só se manteve em relação a materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, conforme se infere do artigo 21, da Lei 12.965/14, visto que, em relação aos demais conteúdos, apenas após ordem judicial específica é que o provedor está obrigado à remoção, sob pena de responder civilmente pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, nos termos do artigo 19 do mesmo diploma.

---

<sup>19</sup> “O DMCA eliminou, para os ISPs, a direct infringement claim, por meio da qual não é necessário que o autor prove algo sobre o conhecimento do réu, direito ou habilidade de controlar, ou interesse financeiro para imputar a sua responsabilidade. Assim, naquele país, o que antes era tratado *common law*, por força da legislação estatutária, atribui a responsabilidade aos ISPs somente por meio da *secondary liability* ou *contributory infringement doctrine*, que exigem que, para que um ISP seja responsabilizado, o mesmo deva razoavelmente conhecer o ilícito e contribuir para a sua ocorrência.” (MATTEI, Anita; *et al.* p. 367).

<sup>20</sup> SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral na Internet. p. 146.

Contudo, não parece acertada a escolha do legislador, visto que alguns direitos que com a liberdade de expressão podem colidir, se vulnerados, podem ser irreparáveis.<sup>21</sup>

Aparentemente, a escolha do legislador quanto à prevalência da liberdade de expressão vulnera o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal), não parecendo adequado terem sido desconsideradas as demais vítimas de conteúdos impróprios na Internet, as quais, se não lograrem a remoção extrajudicial, deverão arcar com os ônus de um processo para ter seus direitos assegurados, ainda que tenha sido feito a ressalva quanto à possibilidade de utilização dos Juizados Especiais (vide artigo 19, §3º, da Lei 12.965/14).

Com isso, verifica-se uma clara mudança no eixo de responsabilidade, a qual pode inclusive implicar na inviabilidade de reparação da vítima, dada as peculiaridades da própria rede, marcada pelo cometimento de ilicitudes de forma anônima, razão pela qual o ofensor pode vir a não ser identificado, o que deixa de prestigiar a parte hipossuficiente da relação.

Outra interpretação possível do artigo 19, da Lei 12.965/2014, seria no sentido de que o provedor poderia ser responsabilizado, por sua negligência, ao deixar de remover o conteúdo apontado como ilícito em notificação extrajudicial, em situação em que não se está diante de exercício da liberdade de expressão, já que o dispositivo retro frisa este conceito ao estatuir “Com o intuito de assegurar a *liberdade de expressão e impedir a censura*, o provedor de aplicações de internet somente será responsabilizado...”.

Nesse aspecto, existem diversas condutas ilícitas que nada se relacionam com exercício da liberdade de expressão, como é o caso de reprodução integral de obras intelectuais para fins de pirataria, criação de perfis falsos, uso indevido de marcas e nomes, dentre outros.

Vale recordar que, no tocante aos direitos autorais, a Lei 12.965/14 expressou a inaplicabilidade do disposto no artigo 19 ao tema, reservando para lei

---

<sup>21</sup> “[...] A Lei n. 12.965, ao enfatizar em demasia em vários artigos a liberdade de expressão, parece presumir que o direito à informação é irrestrito e não pode encontrar óbices. Embora de grande relevância, não é ilimitado, devendo ser ponderado quando em colisão com direitos fundamentais ou direitos de personalidade, em que pese a polêmica de tal distinção e nos quais se incluem direitos autorais. A ofensa à vida privada, à intimidade ou ao segredo, bem como à imagem-atributo ou imagem-retrato da pessoa, pela delicadeza e irreversibilidade do dano, merece cuidado por parte dos veiculadores de notícias, assim como também os conteúdos que possam conter violações a bens da personalidade.” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e direito autoral: (...). p. 323).

futura a disciplina da responsabilidade do provedor de aplicação, a qual deverá respeitar a liberdade expressão, conforme artigo 31 do mesmo diploma.

De qualquer forma, quando a lei for omissa, compete ao magistrado decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Assim, a disciplina da responsabilidade do provedor de aplicação, por violações a direitos autorais realizadas por terceiros (seus usuários) se dará com base, principalmente, na Lei 9.610/98 e Código Civil, sendo certo que as sanções civis decorrentes dos usos ilícitos de obras estão previstas nos artigos 102 e seguintes da Lei de Direitos Autorais.

No caso de violações de direitos autorais não incidirá a responsabilidade objetiva, em razão da ausência de disposição legal específica nesse sentido.

O artigo 104, da Lei 9.610/98, estabelece hipóteses de responsabilidade solidária, o que é diferente de responsabilidade objetiva, de modo que a responsabilidade civil por violações de direitos autorais é fundada na culpa e, portanto, é subjetiva<sup>22</sup>. Entretanto, cumpre informar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao tratar de caso que se enquadrava no artigo 104, da Lei 9.610/98, acabou aplicando a responsabilidade objetiva.<sup>23</sup>

Carlos Alberto Bittar ensina que “A solidariedade é a regra, no momento de apuração da autoria da contrafação ou violação do direito autoral, o que desincumbe o autor de ser rastreador do movimento da pirataria ou da infração ao direito de autor, conforme dispõe o art. 104 (...)”<sup>24</sup>.

Especificamente quanto à figura do provedor, a responsabilidade civil vai ser estabelecida em função do tipo de atividade que exerce e grau de conhecimento e de controle sobre o conteúdo.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> “Por não se presumir a responsabilidade civil objetiva que deve resultar claramente da lei, sustentamos que a norteadora da Lei 9610/98 - Lei de direitos autorais - é subjetiva, fundada na culpa. Nem se poderá deduzir que ao tratar de solidariedade no artigo 104 a lei agasalhe a responsabilidade objetiva. Solidariedade e responsabilidade objetiva são conceitos absolutamente distintos. Aquela também não se presume: resulta da lei ou da vontade das partes. (...)” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. p. 325/326).

<sup>23</sup> STJ, REsp 1123456/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 03/12/2010.

<sup>24</sup> BITTAR, Carlos Alberto. 1939-1997. Direito de autor. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6539-6/>.

<sup>25</sup> “No caso dos direitos autorais, não temos uma responsabilização objetiva, como salientou Manoel J. Pereira dos Santos, ao citar a orientação de nossos tribunais fundado na Lei no 9.610/98, assim como sob a égide da lei anterior, mas o próprio autor – em suas conclusões – também salientou que ainda que não exista ‘como regra uma responsabilidade objetiva do provedor pela

Embora devesse o autor estar desincumbido de rastrear o movimento de pirataria, no tocante à Internet, se estabeleceu o dever de a vítima indicar precisamente o conteúdo infrator, conforme parágrafo único, do artigo 21, da Lei 12.965/14, devendo a ordem judicial, igualmente, contemplar a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material, consoante §1º, do artigo 19, do mesmo diploma.

A localização do conteúdo infringente se faz por meio da indicação da URL<sup>26</sup>, sendo certo que a jurisprudência está se consolidando no sentido de ser necessária a indicação dessa informação nas ações que envolvam conteúdos na Internet.<sup>27</sup>

Contudo, há críticas no sentido de que esta imposição à vítima de monitorar os conteúdos que lhe são infringentes “estimula um jogo de Tom e Jerry”, como foi muito bem explanado pelo Ministro Antonio Herman Benjamin, no Recurso Especial n.º 1117633/RO.

Uma forma de evitar a reincidência de violações na internet é realizando a identificação do ofensor, por meio das medidas de quebra de sigilo em face dos provedores, visto que a prática demonstra que, uma vez identificado o ofensor e alvo de medidas repressivas, no âmbito cível e criminal, a vítima deixa de ser seu alvo. Contudo, essas medidas são custosas e, inequivocamente, oneram as vítimas.

Assim, em matéria de direitos autorais, é preciso desenvolver tecnologias que possibilitem não apenas o *take down* (remoção do conteúdo), mas também o chamado *stay down*, ou seja, é necessário que o conteúdo apontado como infrator não seja novamente reinserido na rede após sua remoção.<sup>28</sup>

---

violação de direitos intelectuais na rede, sendo sua responsabilidade determinada em primeiro lugar, em função do tipo de atividade que exerce e, em segundo lugar, em razão do grau de conhecimento e de controle que o provedor tem em relação ao conteúdo’, caberia refletir que ‘nos casos em que a atividade do provedor é da natureza de veículo de comunicação, a responsabilidade objetiva pode ser reconhecida como forma de assegurar que a vítima não fique desamparada.’ (MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais (...). p. 184-185).

<sup>26</sup> “URL - É a sigla para *Universal Relative Link*, e na prática é o endereço que nos permite acessar determinado site ou serviço”. Glossário da Internet disponível em <http://www.safernet.org.br/site/prevencao/glossarios/internet>. Acesso em 02.04.23.

<sup>27</sup> STJ, REsp 1629255/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 25/08/2017.

<sup>28</sup> “Em outras palavras, o que esses casos revelam é a discussão atual e bastante relevante do sistema do stay down e não meramente do sistema do take down, obtido pela notificação extrajudicial. O sistema do stay down exigiria que, uma vez recebida a primeira notificação, o provedor teria o dever de tornar indisponível todo e eventual upload de conteúdo idêntico ilícito, com base em todos os passos razoáveis disponíveis, sem a necessidade de outra notificação concomitante, em hipóteses ostensivas de violações, uma vez que, como visto, existem tecnologias disponíveis para tanto. (...) Essa obrigação iria inverter o ônus de monitoramento, uma vez que é o provedor, o detentor da tecnologia e das medidas técnicas, o mais apto a realizar a vigilância, socializando os danos causados à vítima. (...)” (MATTEI, Anita; et al. p. 427-428).

Quanto às tecnologias disponíveis para detecção automática de conteúdos violadores de direitos autorais, é possível mencionar a *marca d'água* que “constitui um sistema de atestação invisível de imagens digitalizadas ou arquivos de áudio, permanecendo reconhecível ainda que os mesmos arquivos tenham passado por vários processos de conversão”<sup>29</sup>; o *metadata* “dados de dados, usados para o propósito de categorização”; e a *impressão digital (fingerprinting)* que são códigos inseridos em arquivos como áudio, vídeo ou textos para gerar uma impressão digital única passível de ser cruzada com um banco de dados de trabalhos protegidos, permitindo a identificação e remoção de conteúdos idênticos<sup>30</sup>.

Tudo isso apenas demonstra que é possível estabelecer procedimentos mais efetivos para a detecção e combate de violações a direitos autorais, o que, certamente, passa pela figura do provedor que é quem está no “controle da máquina” e, portanto, detém uma posição privilegiada para reprimir condutas ilícitas.

Retomando a análise quanto a responsabilidade do provedor frente às violações de direitos autorais, como dito alhures, é necessário que seja avaliado o tipo de atividade que exerce, ou seja, se o fomento à violação de direitos autorais é parte de seu negócio ou se isso acontece de forma acidental.

Sobre o tema, o C. Superior Tribunal de Justiça, em relação a violações de direitos autorais ocorridas na antiga rede social “ORKUT”, provida pela empresa GOOGLE, baseou-se nos institutos relacionados à *responsabilidade vicária* e à *responsabilidade contributiva* para afastar a responsabilidade civil, as quais foram assim definidas:“(…) Reconhece-se a responsabilidade contributiva do provedor de internet, no cenário de violação de propriedade intelectual, nas hipóteses em que há intencional induzimento ou encorajamento para que terceiros cometam diretamente ato ilícito. A responsabilidade vicária tem lugar nos casos em que há lucratividade com ilícitos praticados por outrem e o beneficiado se nega a exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo.”<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> op. cit. p. 413.

<sup>30</sup> Há, ainda, o Copyright Alert System: “(...) acordo que nasceu em 2011 entre os titulares dos direitos autorais e os provedores de serviços de internet, uma tentativa de a ordem privada suprir a deficiência da legislação e a morosidade dos legisladores, por meio de um sistema de resposta gradual. De acordo com esse sistema de resposta gradual, sendo um dos seus representantes mais ostensivos a HADOPI, na França, os titulares informariam os endereços IP de infratores reincidentes e os provedores tomariam medidas graduais contra esses usuários, o que poderia culminar com a redução de conexão à internet, bloqueio de sites ou até mesmo terminação do serviço. O acordo foi assinado pela Disney, Paramount, Warner Brothers, Universal, MPAA, RIAA, AT&T, Verizon, Time Warner, entre outros.” (op. cit. p. 413 e 414)

31 STJ, REsp 1512647/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 05/08/2015.

Assim, no caso destacado retro, afastou-se a responsabilidade do provedor, com base no entendimento central de que a estrutura da rede social “ORKUT” “não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas.”<sup>32</sup>

Diferentemente deste caso, é possível mencionar as operações da Polícia Federal conhecidas como “Barba Negra”<sup>33</sup>, que desarticularam uma organização especializada na prática de crimes contra os direitos autorais pela Internet. Referidas operações culminaram na derrubada do *site* “Mega Filmes HD” e outros a ele vinculados, os quais eram conhecidos por permitir a pirataria de obras audiovisuais como filmes, documentários, séries de TV, shows, dentre outros. Nesses casos, seria possível verificar a responsabilidade contributiva do provedor de aplicações responsável pela plataforma.

Situação semelhante ocorreu com o *site* “Minhateca”<sup>34</sup>, que oferecia serviços de armazenamento e compartilhamento de arquivos virtualmente, o qual foi congelado por decisão da 37ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo/SP, em uma ação movida pela Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), em trâmite sob o n.º 1124958-76.2016.8.26.0100, justamente por promover a violação de direitos autorais.

Outro julgado importante para a disciplina dos direitos autorais é o que reconheceu a natureza de “execução pública” e, conseqüentemente, o dever de recolhimento de direitos autorais para o ECAD, em razão das novas tecnologias de *streaming*, *simulcasting* e *webcasting*, no âmbito do REsp 1559264/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, do C. Superior Tribunal de Justiça.

A partir daí, é possível afirmar que, em matéria de direitos autorais, atualmente, a responsabilidade civil do provedor de aplicação deverá ser analisada no caso concreto, pois dependerá da aferição do papel do provedor frente às violações de direitos autorais, ou seja, se isso é ou não parte de suas atividades, se forneceu os dados necessário à identificação e se agiu diligentemente na remoção de conteúdos ilícitos.

---

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> “PF deflagra operação contra sites de pirataria”. Disponível em <https://istoe.com.br/pf-deflagra-operacao-contra-sites-de-pirataria/> - Acesso em 03.04.23.

<sup>34</sup> “Site ‘Minhateca’ tem endereço congelado e fica inacessível após ação por pirataria”. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/post/2018/05/23/site-minhateca-tem-endereco-congelado-e-fica-inacessivel-apos-acao-por-pirataria.ghtml> - Acesso em 03.04.23.

## CONCLUSÃO

Sem dúvidas, a internet revolucionou o direito e demandou maior atenção dos juristas quanto aos reflexos causados na vida das pessoas, além da forma de interpretação das leis vigentes.

Seguramente, a questão atinente aos direitos autorais merece atenção do legislador, principalmente no espaço virtual, em que se mostra tão difícil controlar situações violadoras de direitos autorais.

Diferentes tipos de serviços na internet podem se chocar com a proteção aos direitos de autor, sendo que, não raro, o intuito de violar direitos autorais é objetivo central da página, enquanto, em outras situações, a violação ocorre acidentalmente, muito embora gere lucros ao provedor responsável.

No tocante ao provedor de aplicação, sob o fundamento de proteção à liberdade de expressão, o Marco Civil da Internet acabou optando por limitar sua responsabilidade às hipóteses previstas nos artigos 19 e 21, ambos da Lei 12.965/14, ou seja, (i) descumprimento de ordem judicial determinando a remoção de conteúdos ilícitos, assim como (ii) negligência na remoção extrajudicial de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, sem autorização, após notificação extrajudicial por parte do ofendido; e (iii) outras hipóteses previstas no ordenamento, como as questões atinentes a pedofilia.

O Marco Civil da Internet acabou optando por não tratar da responsabilidade civil do provedor em matéria de direitos autorais, reservando tal disciplina a lei futura que deverá respeitar a liberdade de expressão. Contudo, até os dias atuais, referida lei ainda não veio. De qualquer forma, a Lei de Direitos Autorais, a Lei de Software, o Código Civil, o Código de Processo Civil, Código Penal e Tratados assinados pelo país constituem arcabouço legal para a disciplina da questão.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em matéria de responsabilidade civil do provedor de aplicação, tem considerado os institutos da responsabilidade secundária, a qual se subdivide em vicária e contributiva.

Contudo, a sociedade ficou complexa. Os avanços tecnológicos vulneraram e ainda vulneram em demasia os direitos autorais. É preciso incentivar a continuidade das criações intelectuais.

Assim, necessária a vinda de um novo regramento que tem a difícil missão de equilibrar de um lado a proteção aos autores e, de outro, o acesso à informação, a liberdade de manifestação de pensamento e as atividades dos provedores.

A resposta a essa equação pode talvez ser obtida por meio da tecnologia, visto que é possível que o próprio provedor implemente medidas que façam o rastreo e bloqueio automático de conteúdos que reproduzam indevidamente fonogramas e obras audiovisuais, por exemplo. Transferir para o autor, vítima do uso e reprodução indevida de suas obras, o dever de monitorar e adotar as medidas legais de repressão e combate à contrafação, em um cenário marcado pelo anonimato e por contrafatores que, dificilmente, terão patrimônio para reparar os danos causados, parece não ser a solução mais justa, até porque os provedores de aplicação costumam se beneficiar, ainda que indiretamente, dos atos de seus usuários, já que é comum a veiculação de anúncios em páginas marcadas por violações de direitos autorais.

Em conclusão, espera-se que a nova lei que disciplinará os direitos autorais no âmbito da Internet não represente um retrocesso aos direitos garantidos ao autor, a fim de que a atividade artística, científica e intelectual continue sendo desempenhada e fomentada, para cumprir o seu importante papel de contribuir para a formação do patrimônio histórico e cultural.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Fundamento do Direito Autoral como Direito Exclusivo**. In: Direito autoral/ Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur, José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série GVlaw: propriedade intelectual/Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur, coordenadores). p. 19-57.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O “Marco Civil da Internet”, a Comparação de Direitos e o Futuro**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). Direito e internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 541/556.

BITTAR, Carlos Alberto. **A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. 1939-1997. **Direito de autor**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. Os **Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direito de Autor e Direitos da Personalidade: Reflexões à Luz do Código Civil**. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 321/339.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. **As novas formas de expressão das obras intelectuais nas tecnologias digitais e de comunicação e os direitos autorais**. In: NETTO, José Carlos Costa (Coord. geral); EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle; CARASSO, Larissa Andréa (Coord. Nacional). MATES, Anitta; PONTES, Leonardo Machado (Coord. Internacional). *Direito Autoral Atual* – Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 45/54.

HIRATA, Alessandro. **Internetrecht: Aspectos de Direito Comparado Alemão**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 609/618.

MATTES, Anita; GALO, Jaqueline San; PONTES, Leonardo Machado. **Responsabilidade Civil dos Provedores** (Posfácio). In: NETTO, José Carlos Costa (Coord. geral); EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle; CARASSO, Larissa Andréa (Coord. Nacional). MATTES, Anita; PONTES, Leonardo Machado (Coord. Internacional). *Direito Autoral Atual* – Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 360/429.

MELLO, Roberto Corrêa de. **O regime legal do Brasil: diferenças entre “direito de autor e copyright”**. In: NETTO, José Carlos Costa (Coord. geral); EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle; CARASSO, Larissa Andréa (Coord. Nacional). MATTES, Anita; PONTES, Leonardo Machado (Coord. Internacional). *Direito Autoral Atual* – Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 155/161.

MORATO, Antonio Carlos. **Limitações aos Direitos Autorais na Obra Audiovisual**. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

MORATO, Antonio Carlos. **Os direitos autorais e o Marco Civil na Internet**. In: PAESANI, Liliana Minard (Coord.). *O direito na sociedade da informação III: a evolução do direito digital*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 175-192.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na Internet**. São Paulo: Ed. Método, 2001.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito de Autor, Direito de Informação e Internet**. In: Direito autoral/ Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur, José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série GVlaw: propriedade intelectual / Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur, coordenadores). p. 247-280.

**Submissão:** 03. abril.2023

**Aprovação:** 20. abril.2023

# A CAPITALIZAÇÃO DAS *STARTUPS* NO VALE DA MORTE VIA *VESTING AGREEMENT*

## *The capitalization of startups in Death Valley through Vesting Agreement*

Maria Eugênia Reis Finkelstein <sup>1</sup>

Isabela Porto de Almeida <sup>2</sup>

**ÁREA:** Direito Comercial. Startups. Contrato de *Vesting Agreement*.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo abordar a utilização do contrato de *Vesting* (*Vesting Agreement*) para a capitalização de *startups* no chamado “Vale da Morte” - momento inicial e definitivo para que a empresa prospere no mercado.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Startups* – Capitalização – Vale da Morte – Investimento em *Startup* – Financiamento de *Startup* – *Vesting Agreement*

**ABSTRACT:** This article aims to address the use of the *Vesting Agreement* for the capitalization of *startups* in the so-called “Death Valley” - initial and definitive moment for the company to prosper in the market.

**KEYWORDS:** *Startups* – Capitalization – Death Valley – *Startup* Investment – *Startup* Financing – *Vesting Agreement*

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada do Instituto de Empresa de Madrid, Espanha e da Universidad de Castilla La Mancha (Albacete, Espanha). [eugenia@finkelstein.com.br](mailto:eugenia@finkelstein.com.br)

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. [isabela@finkelstein.com.br](mailto:isabela@finkelstein.com.br)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ciclo de Vida. 3. Financiamento no “Vale da Morte”. 4. Vesting Agreement. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As *startups* surgiram para revolucionar o sistema empresarial tradicional. Buscam a inovação em diversos ramos de atuação, desenvolvendo um modelo de negócio escalável e de alto potencial econômico<sup>3</sup>, também marcado por sua rapidez e agilidade.

De acordo com KIRSCHNER E CÂMARA (2018), as *startups* são empresas em fase inicial que possuem um modelo de negócio inovador, escalável e repetível, com foco em soluções tecnológicas<sup>4</sup>.

Impulsionado pelo ambiente tecnológico e pelas facilidades promovidas pela Internet, o empreendedorismo através das *startups* já ganhou notoriedade no mercado. Sua dinâmica é muito peculiar e está intimamente associada à promoção de ideias e a sua aplicação em verdadeira forma de tentativa e erro – e assim as criações surgem e desaparecem com toda a agilidade característica dessas empresas.

Por isso, é dito que uma *startup* compreende uma “instituição humana projetada para criar um novo produto ou serviço sob condições de extrema incerteza”<sup>5</sup>.

Ocorre que, a fim de viabilizar os testes e o funcionamento propriamente dito da empresa, é necessário estruturá-la e capitalizá-la.

## 2. CICLO DE VIDA

É comum que a criação de uma *startup* promissora esteja vinculada aos passos mais elementares intrínsecos ao seu desenvolvimento. Tais passos são intimamente relacionados às diferentes formas de capitalização, de modo que sejam adequadas para cada fase de maturação das empresas.

---

<sup>3</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa para Startups & Scale-ups**. São Paulo: IBGC, 2019. P. 7

<sup>4</sup> KIRSCHNER, F. M.; CÂMARA, D. T. **Startups: Da ideia ao lançamento**. São Paulo: Novatec, 2018.

<sup>5</sup> RIES, Eric. **The Lean Startup: How today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful business**. S.l: Crown Business, 2011.

Segundo Martins e Marchiori (2019), o ciclo de vida das startups é composto por quatro etapas: ideiação, validação, crescimento e maturidade, sendo que cada uma delas apresenta desafios específicos<sup>6</sup>.

A concepção da *startup* se mostra como o primeiro passo de todo o seu desenvolvimento, momento em que a oportunidade é identificada e se desenvolve a solução apresentada para a necessidade que os idealizadores visam suprir através da nova organização.

Em seguida, a sua viabilidade continua sendo estudada na fase de gestação, agora através da elaboração de estudos e protótipos, por exemplo. Costuma ser neste momento que os próximos passos são traçados e quando os maiores investimentos são captados.

A prova do funcionamento da *startup* ocorre após seu nascimento, seguido ou não de sua validação. É quando se verifica a demanda do mercado em relação ao produto oferecido, após seu lançamento.

Finalmente, o decorrer do processo leva ao crescimento ou término da empresa, averiguando-se o potencial de crescimento da atividade a que se destina.

### **3.FINANCIAMENTO NO “VALE DA MORTE”**

A forma de capitalização ou *funding* das *startups* dependerá de seu modelo de negócio e de sua fase de desenvolvimento. Até que o seu potencial seja demonstrado e o modelo de negócio validado pelo mercado (após o seu efetivo nascimento) as *startups* são consideradas no “Vale da Morte”. Isso porque as empresas ainda estão em uma fase de desenvolvimento e aprovação, contando com pouca ou nenhuma receita.

Ou seja, sem que ainda ocorra a aferição de lucro, todas as medidas tomadas pelo empreendedor nesse estágio costumam implicar na utilização do dinheiro em caixa. Nessa fase, o financiamento costuma ser do menor valor necessário para a entrada desta empresa no mercado, que se dá pelo desenvolvimento dos produtos e da equipe inicial, bem como a captação dos primeiros clientes da empresa, quando popularmente ainda se diz estar “no negativo”.

A situação é revertida com as primeiras vendas, aumento da escala de atuação e a expansão da estrutura da empresa através de lucros iniciais e receitas crescentes.

---

<sup>6</sup> MARTINS, J. A. L.; MARCHIORI, M. L. **Empreendedorismo e startups: Desenvolvimento de negócios inovadores**. São Paulo: Saraiva, 2019.

De acordo com CHRISTENSEN, acadêmico de gestão de negócios da *Harvard Business School*:

“Quando as empresas investem em inovações disruptivas, elas enfrentam um desafio importante: os produtos e tecnologias não podem ser desenvolvidos de uma só vez. Eles são construídos ao longo do tempo, em um processo iterativo e interativo. Para serem bem-sucedidas, as empresas precisam atravessar o que eu chamo de “vale da morte”. Esse vale é a lacuna que existe entre a criação de um produto e sua entrada no mercado.”<sup>7</sup>

Dadas as características mencionadas, a aplicação de valores pelos investidores em *startups* no Vale da Morte é considerada de alto risco, porque é muito comum que esse tipo de empresa encerre as suas atividades de forma abrupta. No entanto, caso o negócio prospere, o retorno do investimento realizado também será proporcional ao risco inicialmente assumido.

#### 4. VESTING AGREEMENT

O chamado *Vesting Agreement* é uma forma de atrair e manter colaboradores de uma empresa a partir da expectativa de valorização futura do negócio e da contribuição daquela pessoa para o seu faturamento.

Através do acordo **é fornecida ao colaborador** a possibilidade de participação na empresa, sem que seja necessária uma contribuição pecuniária direta. Segundo Rocha (2019, p. 57):

“O vesting agreement é uma ferramenta essencial para alinhar os interesses dos fundadores de uma startup com os investidores, permitindo que estes últimos recebam uma parcela do capital da empresa ao longo do tempo, condicionada ao cumprimento de determinadas metas e prazos”.<sup>8</sup>

O contrato de *vesting* visa oferecer uma contraprestação aos serviços de um colaborador, como uma forma de retenção de talentos pelas *startups*, especial-

---

<sup>7</sup> CHRISTENSEN, Clayton M. **O Dilema da Inovação: Quando as Novas Tecnologias Levam Empresas ao Fracasso**. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 117.

<sup>8</sup> ROCHA, Fábio. **Direito das startups: uma abordagem prática**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 57.

mente em fase de validação (no “Vale da Morte”), momento em que não costuma existir abundância de recursos.

Logo, a distribuição de ações ou de sua possibilidade de compra, configura uma forma de recompensa por um trabalho que já foi ou que ainda será desenvolvido, seja a curto ou a longo prazo. Se trata de um bom método para o engajamento e comprometimento por parte daqueles que compõe a estrutura da empresa.

Além de tornar a empresa multidisciplinar a partir do recrutamento de bons profissionais, que podem contribuir de diversas maneiras para o crescimento do negócio, o contrato de *vesting* se mostra eficiente, moderno e tecnológico e reforça o espírito inovador das *startups*.

A ideia reside em atrelar metas pessoais dos investidores aos objetivos coletivos da empresa, retendo talentos na estruturação da empresa, garantindo o comprometimento dos fundadores com a empresa, além de motivá-los a trabalhar de forma árdua e tomar decisões que colaborem para o aumento do valor da empresa<sup>9</sup>.

Para Oliveira (2020, p. 97), “o vesting agreement pode ser uma forma de diluir o risco do investimento em uma startup, pois permite que os investidores recebam um retorno proporcional ao cumprimento de metas e prazos estabelecidos, o que incentiva o alinhamento de interesses entre fundadores e investidores”<sup>10</sup>.

Contudo, a forma de investimento não deve ser franqueada a qualquer colaborador de forma indiscriminada, sendo recomendado que haja um alinhamento entre os valores pessoais do possível investidor e da sociedade.

Difere, portanto, das opções de ações, que viabilizam a aquisição de participação societária por colaboradores de empresas após período determinado e por um valor também pré-estabelecido, reguladas pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76<sup>11</sup>).

<sup>9</sup> FERREIRA, Juliana; SILVA, Thiago; REZENDE, Vinícius. **Investimento em startups: como negociar com investidores e proteger seu negócio**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 25.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Rafael. **Empreendedorismo e Inovação: Desafios e Tendências**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 97.

<sup>11</sup> Lei nº 6.404/76: “**Art. 168.** O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária. (...) § 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.”

Apesar da semelhança, as opções de ações viabilizam a aquisição de participação societária em um período e com um valor determinado, que costuma ser inferior ao praticado no mercado e são destinadas exclusivamente à algumas categorias de colaboradores e estão restritas às sociedades anônimas.

Em seu turno, o *vesting agreement* não possui regulamentação ou delimitação específica, podendo ser ofertado em qualquer tipo de organização e para quaisquer colaboradores, sendo bem mais atrativo para empresas como as *startups*, que são inovadoras e escaláveis.

Nesse sentido, deve ser sopesado o risco de se utilizar deste instrumento que ainda carece de regulamentação específica no Brasil. Alguns pontos de atenção dizem respeito a possibilidade de judicialização para o reconhecimento de vínculo empregatício por colaboradores ou, ainda, litígios societários que discutam sobre a forma ou porcentagem de participação na empresa.

Para dar segurança jurídica às partes, o acordo precisa ser muito bem redigido, minimizando o risco de possíveis divergências. Logo, algumas cláusulas-chave devem ser observadas ao elaborar um bom contrato de *vesting*, tais como:

- \* Cláusulas de *good leaver* e *bad leaver*: compreende uma forma de benefício àqueles acionistas que deixarem a empresa com um bom relacionamento, cumprimento os deveres contratuais estabelecidos, em comparação aos acionistas que também deixarem a empresa, mas que tiveres desrespeitado algum termo contratual. Essas cláusulas *têm como objetivo alinhar os interesses dos sócios e evitar disputas na saída de um membro da empresa* (DANTAS; VASCONCELOS, 2020, p. 87)<sup>12</sup>;
- \* Cláusula de aceleração: dispõe sobre a possibilidade de aquisição de ações pelo colaborador em questão de forma mais rápida em determinadas circunstâncias, tal como negócios de compra e venda ou alterações substanciais no quadro societário;
- \* Cláusula de *lock-up*: cria uma limitação através de um período no qual os sócios não poderão alienar as suas ações, gerando um cenário de estabilidade na administração da empresa;

---

<sup>12</sup> DANTAS, F. C.; VASCONCELOS, F. C. **Manual de direito empresarial: Sociedades empresárias e operações societárias**. São Paulo: Juspodivm, 2020.

- \* Cláusula de desempenho: indicada para aumentar a efetividade na dinâmica empresarial, deve listar com grande nível de detalhe os objetivos que devem ser atingidos pelo colaborador, bem como as formas de avaliação quanto ao atingimento de tais metas;
- \* Cláusula de *Cliff*: discorre sobre um período mínimo em que o colaborador deve permanecer na sociedade para que, então, possa ter direito à participação societária. Figura, em termos gerais, como um período de carência<sup>13</sup> que antecede o momento em que a transferência das ações possa começar a ocorrer de forma gradual;
- \* Cláusulas de resolução contratual: se trata de um ponto que requer muita atenção, pois deve dispor acerca do término contratual, especialmente tendo em vista todas as possibilidades de desligamento do colaborador, alterações na estrutura empresarial etc. Além de hipóteses de encerramento contratual, a cláusula deve também dispor sobre o que ocorrerá em relação à participação societária.

Já em relação aos dados envolvidos na transação, estes costumam ter uma boa proteção, especialmente pelo envolvimento e o interesse em ambas as partes de que o negócio prospere da melhor forma possível.

A duração do contrato será estabelecida de acordo com o interesse das partes, mas costuma ter um período destinado ao *Cliff* (avaliação do futuro sócio), seguido da transferência gradual de participação societária.

Por sua vez, a transferência da participação na empresa também está ligada às cláusulas de aceleração e desempenho. Deve ser redigida com um grande nível de detalhes, explorando as possibilidades e as condições relacionadas aos prazos e metas.

## 5.CONCLUSÃO

As *startups* se diferenciam das demais formas de empresas justamente por sua articulação, busca por eficiência e por resultados assertivos. Utilizar-se de

<sup>13</sup> KIRSCHNER, F. M. **Guia de startups: Como empreender com sucesso em empresas inovadoras**. São Paulo: Évora, 2016.

um contrato de *vesting* implica em valorizar metas coletivas, unificando e fortalecendo a atuação dos colaboradores em prol do crescimento da empresa.

Em qualquer organização empresarial o investimento financeiro e intelectual se mostra muito importante e isso é ainda mais forte em empresas em estágio inicial, como as *startups* no Vale da Morte – que visam a adequação de seu modelo de negócio e bons investimentos para validação das ideias e seu lançamento no mercado.

É comum que a maioria das *startups* não saia desta posição, sendo evidente, portanto, o motivo pelo qual é dito se tratar de um investimento de alto risco, pois não costuma haver garantia de seu retorno.

Tendo em vista que *startups* em validação possuem recursos limitados, o *vesting* é peça chave para atrair e reter talentos e se mostra eficaz e seguro para maiores retornos financeiros.

Investimentos bem planejados podem ser rapidamente validados pelo mercado, impulsionando o crescimento da *startup* e trazendo grandes benefícios aos investidores. Em um mercado que se atualiza em velocidade cada vez maior, é indispensável conhecer as tendências legais e contratuais.

## 6.REFERÊNCIAS

CHRISTENSEN, Clayton M. **O Dilema da Inovação: Quando as Novas Tecnologias Levam Empresas ao Fracasso**. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 117.

DANTAS, F. C.; VASCONCELOS, F. C. **Manual de direito empresarial: Sociedades empresárias e operações societárias**. São Paulo: Juspodivm, 2020.

FERREIRA, Juliana; SILVA, Thiago; REZENDE, Vinícius. **Investimento em startups: como negociar com investidores e proteger seu negócio**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 25.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa para Startups & Scale-ups**. São Paulo: IBGC, 2019. P. 7

KIRSCHNER, F. M. **Guia de startups: Como empreender com sucesso em empresas inovadoras.** São Paulo: Évora, 2016.

KIRSCHNER, F. M.; CÂMARA, D. T. **Startups: Da ideia ao lançamento.** São Paulo: Novatec, 2018.

MARTINS, J. A. L.; MARCHIORI, M. L. **Empreendedorismo e startups: Desenvolvimento de negócios inovadores.** São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Rafael. **Empreendedorismo e Inovação: Desafios e Tendências.** São Paulo: Atlas, 2020, p. 97.

RIES, Eric. **The Lean Startup: How today's entrepreneurs use continuous innovation to creat radically successful business.** S.l: Crown Business, 2011.

ROCHA, Fábio. **Direito das startups: uma abordagem prática.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 57.

**Submissão:** 04.abril.2023

**Aprovação:** 10.abril.2023



# O PARADIGMA SISTÊMICO COMO FUNDAMENTAL PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO ECOLÓGICO

## *The systemic paradigm as fundamental for understanding Ecological Law*

Nicolau Cardoso Neto<sup>1</sup>

Luiza Sens Weise<sup>2</sup>

**ÁREA:** Direito Ambiental. Filosofia do Direito.

**RESUMO:** A história da ciência demonstra uma sucessão de alterações de paradigmas, diante da necessidade de solução de novos problemas que desafiam a compreensão de mundo e trazem períodos de crise. Desde a Revolução Científica dos séculos XVI e XVII, o paradigma dominante no âmbito do Direito é o cartesiano, porém, a crise multifacetada da relação do ser humano com a natureza, da mudança para o paradigma sistêmico. O objetivo da pesquisa é compreender o processo de mudança de paradigma na perspectiva de Thomas Kuhn, destacando as fases da pré-ciência, ciência normal, crise e revolução científica; bem como contrapor os paradigmas cartesiano e sistêmico para que seja possível a construção de um Direito Ecológico. Para o desenvolvimento desta pesquisa, será utili-

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Mestrado em Direito Público e Constitucionalismo (PPGD-FURB) e dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Blumenau (SC/Brasil). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade de Blumenau - FURB, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Ambiental pela Fundação Boiteux - UFSC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Sanitárias, Agropecuárias e Ambientais, linha Políticas de Saúde para populações humanas e de animais. Advogado. E-mail: ncardoso@furb.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9463-0673> ; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9877056120236239>

<sup>2</sup> Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD-FURB, Pós-Graduada em Direito Público (UCAM), Bacharel em Direito (FURB). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. E-mail: weiseluiza@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9317-6309> ; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2422754427570234>

zado o procedimento metodológico de revisão bibliográfica de doutrinas e artigos científicos para coleta de dados. Já o procedimento de análise dos dados será o método sistêmico, pois referido método considera a dinamicidade das relações. Com a pesquisa percebeu-se que a concepção de dominação da natureza é paradigma social e cultural, e que há a capacidade de adaptação do modo de vida da sociedade voltado ao benefício ecológico, desde que haja a mudança do paradigma cartesiano para o paradigma sistêmico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Paradigma sistêmico. Direito Ecológico. Revoluções Científicas. Teoria Sistêmica. Paradigma.

**ABSTRACT:** The history of science demonstrates a succession of paradigm changes, given the need to solve new problems that challenge the understanding of the world and bring periods of crisis. Since the Scientific Revolution of the 16th and 17th centuries, the dominant paradigm in the field of Law has been the Cartesian one, however, the multifaceted crisis in the relationship between human beings and nature, from the change to the systemic paradigm. The objective of the research is to understand the paradigm shift process from Thomas Kuhn's perspective, highlighting the phases of pre-science, normal science, crisis, and scientific revolution; as well as opposing the Cartesian and systemic paradigms so that the construction of an Ecological Law is possible. For the development of this research, the methodological procedure of bibliographic review of doctrines and scientific articles will be used for data collection. The procedure for analyzing the data will be the systemic method, as this method considers the dynamics of relationships. With the research it was noticed that the conception of domination of nature is a social and cultural paradigm, and that there is the capacity to adapt the society's way of life aimed at the ecological benefit, if there is a change from the Cartesian paradigm to the systemic paradigm.

**KEYWORDS:** Systemic paradigm. Ecological Law. Scientific Revolutions. Systemic Theory. Paradigm.

**SUMÁRIO:** Introdução, A compreensão sobre os paradigmas e as revoluções científicas de acordo com Thomas Kuhn, O paradigma sistêmico como fundamento de um direito ecológico, Considerações Finais, Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A história da ciência demonstra uma sucessão de alterações de paradigmas, consequência da evolução do pensamento científico, na medida em que precisavam encontrar soluções para problemas que estes padrões eram insuficientes para resolver.

A partir das revoluções científicas da era moderna, a ciência cartesiana mecanicista tomou forma, e iniciou-se um processo cultural de separação dos diversos conhecimentos existentes em especialidades. A excessiva separação prejudicou a visão do todo e resultou na dicotomia entre a natureza e a sociedade, que perdura até os dias de hoje.

Sendo assim, o objetivo deste estudo é compreender de que forma acontece a mudança de paradigmas na sociedade, conforme Thomas Kuhn; bem como destacar a necessidade, diante da crise multifacetada da relação do ser humano com a natureza, da mudança para o paradigma sistêmico<sup>3</sup>, a fim de construir um direito ecológico, de acordo com Capra e Mattei<sup>4</sup>.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, será utilizado o procedimento metodológico de revisão bibliográfica de doutrinas e artigos científicos para coleta de dados. Já o procedimento de análise dos dados será o método sistêmico, pois referido método considera a dinamicidade das relações entre os elementos presentes no sistema, e novos, que são introduzidos conforme alterações no ambiente, proporcionando a visão do todo.<sup>5</sup> Dessa forma, em um primeiro momento a teoria da estrutura das revoluções científicas de Thomas Kuhn será destacada, para no segundo tópico, trazer o contraponto entre o paradigma mecanicista e o sistêmico, com vistas à construção de um direito ecológico.

---

<sup>3</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida:** Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014.

<sup>4</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica:** o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

<sup>5</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida:** Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014.

## 2. A COMPREENSÃO SOBRE OS PARADIGMAS E AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS DE ACORDO COM THOMAS KUHN

Diante da complexidade dos problemas enfrentados na atualidade, é fundamental compreender de que forma surge um novo paradigma, e qual a influência deste na visão compartilhada de mundo de uma comunidade. A história da ciência demonstra uma sucessão de alterações de paradigmas, consequência da evolução do pensamento científico, na medida em que precisavam encontrar soluções para problemas que estes anteriores eram insuficientes para resolver.<sup>6</sup> Dessa forma, uma mudança de paradigma segue as fases da pré-ciência, ciência normal, crise e revolução científica, delineadas a seguir.

Durante a pré-ciência, ou período pré-paradigmático, não há um paradigma dominante, por isso sua característica principal são os “debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos – embora esses debates sirvam mais para definir escolas do que para produzir um acordo”<sup>7</sup>. Importante ressaltar que os debates não desaparecem nas outras fases, mas são mais latentes durante as fases da pré-ciência, crise e revolução.

A fase da ciência normal é marcada pela consolidação de um paradigma dominante, que predomina nos manuais científicos e proporciona os fundamentos para a prática da ciência.<sup>8</sup> Embora seja difícil atingir um consenso na pesquisa científica, a ciência normal representa o período de estabilidade em que ocorre “a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada”<sup>9</sup>.

A ciência normal é responsável por solucionar os quebra-cabeças, que são uma “categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade”<sup>10</sup> na sua resolução. Os quebra-cabeças possuem a característica de serem possíveis de resolver com as regras e procedimentos do

---

<sup>6</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 77-78.

<sup>7</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 121-122.

<sup>8</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 71.

<sup>9</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 72.

<sup>10</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 105.

paradigma dominante, pois “esses são os únicos problemas que a comunidade admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver”.<sup>11</sup>

Aqui se vislumbra o risco de se utilizar de um paradigma para “afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não são redutíveis à forma de quebra-cabeças”<sup>12</sup> e assim atrasar o surgimento de um novo paradigma, negando o estado de crise. Por outro lado, é preciso reconhecer que a tradição do conhecimento científico se apoia na solidez do paradigma, a fim de garantir que “os cientistas não sejam perturbados sem razão”, mas apenas quando houver um novo paradigma que afetará profundamente os conhecimentos existentes.<sup>13</sup>

O estado de crise, por sua vez, caracteriza-se pela insegurança oriunda do fracasso da ciência normal na resolução de quebra-cabeças, que se mostraram superiores ao paradigma existente.<sup>14</sup> A diferença fundamental entre a ciência normal e a ciência em estado de crise é a percepção do quebra-cabeça como uma peça-chave para a mudança. Nesse período, é necessário encontrar um novo paradigma apto a resolver o problema posto, pois “rejeitar um paradigma sem simultaneamente substituí-lo por outro e rejeitar a própria ciência”.<sup>15</sup>

O papel da crise é justamente esse período de instabilidade e competição entre novos paradigmas, pois sem ela um novo não consegue surgir e ser aceito pela comunidade. Interessante destacar que, ao longo da história da ciência, soluções que surgiram previamente a uma crise de paradigma foram rejeitadas ou mesmo ignoradas; para depois serem finalmente aceitas quando a crise do paradigma dominante surgiu.<sup>16</sup> Assim, quando um paradigma novo é aceito pela comunidade, a transição deste é denominada de revolução científica.<sup>17</sup>

Percebe-se um paralelo entre a revolução política e a científica, uma vez que ambas surgem a partir de um sentimento crescente de insatisfação, a primeira

<sup>11</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 106.

<sup>12</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 106-107.

<sup>13</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 143.

<sup>14</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 147.

<sup>15</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 162.

<sup>16</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 156.

<sup>17</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 175.

em relação às instituições e a segunda em relação a um paradigma, o que motiva subdivisões na comunidade, buscando por uma solução.<sup>18</sup> Assim, diante da nova percepção eleita no período da revolução científica, é necessário que o cientista reedifique sua visão, para que o novo paradigma possa efetivamente funcionar. Essa transição é facilitada quando os cientistas focam sua atenção em problemas que provocam crises e quando são mais jovens, pois nesse caso estão comprometidos menos profundamente com a concepção de mundo do paradigma anterior.<sup>19</sup>

Embora algumas vezes seja necessária uma geração para que a mudança se realize, as comunidades científicas seguidamente têm sido convertidas a novos paradigmas. Além disso, essas conversões não ocorrem apesar de os cientistas serem humanos, mas exatamente porque eles o são. Embora alguns cientistas, especialmente os mais velhos e mais experientes, possam resistir indefinidamente, a maioria deles pode ser atingida de uma maneira ou de outra.<sup>20</sup>

A aceitação do novo paradigma envolve a demonstração de que este é capaz de solucionar “os problemas que conduziram o antigo paradigma a uma crise”, bem como permitir “a predição de fenômenos totalmente insuspeitados pela prática orientada pelo paradigma anterior”<sup>21</sup>. Nesse sentido, um paradigma “é um modelo ou padrão aceito, mas não apenas isso”<sup>22</sup>. Embora seja um conceito polissêmico, na obra de Kuhn o termo paradigma possui dois sentidos: o sociológico e o de alterações passadas dotadas de natureza exemplar.<sup>23</sup>

No sentido sociológico, o paradigma é entendido como “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada”. Já no sentido de alterações passadas dotadas de natureza exemplar, o paradigma é compreendido como “as soluções concretas de quebra-

---

<sup>18</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 178.

<sup>19</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 241.

<sup>20</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 251.

<sup>21</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 252-254.

<sup>22</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 87.

<sup>23</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 280.

-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”.<sup>24</sup>

Para efeitos deste estudo, o sentido sociológico do paradigma é de especial interesse. Ao considerar o paradigma como sendo um conjunto de “crenças, valores e técnicas” partilhados pela comunidade, seja ela científica ou não, o conceito de paradigma se torna essencial para o Direito. Mesmo que Kuhn observe que para os campos da medicina, da tecnologia e do direito, a situação da mudança de paradigmas se daria de uma forma um tanto diferente das ciências naturais, em razão de serem áreas em que o propósito de atuação é atender a uma demanda social externa<sup>25</sup>, a noção de paradigma no sentido sociológico auxilia o direito na compreensão da resistência na aceitação da mudança de paradigma para a resolução dos problemas, provocada pela tradição.

No âmbito do direito, percebe-se que historicamente, especialmente a partir da Revolução Científica dos séculos XVI e XVII, o paradigma dominante é o cartesiano.<sup>26</sup> Sendo assim, no próximo item será destacado o paradigma cartesiano em contraponto com o paradigma sistêmico, diante da necessidade, a partir da crise provocada pela relação de dominação da sociedade com a natureza, da alteração da visão de mundo cartesiana para a visão sistêmica em rede.<sup>27</sup>

### **3 O PARADIGMA SISTÊMICO COMO FUNDAMENTO DE UM DIREITO ECOLÓGICO**

Historicamente, sabe-se que a partir da Revolução Científica dos séculos XVI e XVII houve a consolidação da concepção cartesiana e linear de conhecimento, a ciência mecanicista<sup>28</sup>, na qual o Direito constituiu-se como um “instrumento

<sup>24</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 280.

<sup>25</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p. 82-83.

<sup>26</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 19 e p.30.

<sup>27</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. São Paulo: Cultrix, 2014.

<sup>28</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.30.

da dominação humana sobre a natureza”<sup>29</sup>, contribuindo para a ilusão de separação entre natureza e comunidade humana.

A visão que as comunidades tinham, de se adaptar à natureza, gradualmente foi substituída pela concepção de dominação de seus recursos, de seu relevo, como se a humanidade pudesse realmente controlá-la, “libertando’ os humanos de suas vinculações ecológicas”<sup>30</sup>.

A sedimentação do paradigma mecanicista na estrutura social pode ser compreendida a partir da descrição de suas características em contraponto com as características do paradigma sistêmico. A primeira característica é a alteração de visão das partes para a visão do todo, pois um sistema é composto das interações entre seus componentes, ou seja, “as propriedades sistêmicas são destruídas quando um sistema é dissecado, física ou conceitualmente, em elementos isolados”<sup>31</sup>. Seguindo esse raciocínio, o pensamento sistêmico é intrinsecamente multidisciplinar, já que todos os seres estão conectados em alguma medida.<sup>32</sup>

Enquanto a compreensão cartesiana dissecava cada elemento a ser estudado em partes menores, para a visão sistêmica os objetos são elementos secundários, o mais importante é estabelecer as relações entre esses elementos, seus padrões de comportamento.<sup>33</sup> Observar esses padrões implica no mapeamento dessas relações, sua compreensão em redes<sup>34</sup>. Nesse sentido, para o pensamento sistêmico as quantidades não são tão fundamentais quanto à compreensão das qualidades das relações mapeadas.<sup>35</sup>

O mapeamento dos padrões de relações, mais do que estruturar um sistema, mostra a dinâmica dos processos interativos entre os elementos do sistema, pois as formas vivas são muito mais do que padrões.<sup>36</sup> Assim, percebe-se

---

<sup>29</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica**: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.32.

<sup>30</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica**: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.32.

<sup>31</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.113.

<sup>32</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.113.

<sup>33</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.113.

<sup>34</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.114.

<sup>35</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.114.

<sup>36</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.114-115.

que conceber a realidade como uma “rede inseparável de relações” implica em alterar a visão humana da natureza, bem como do conhecimento científico, incorporando a epistemologia na descrição dos estudos.<sup>37</sup>

O processo de construção do conhecimento é parte fundamental da pesquisa, e compreender que “a dimensão subjetiva está sempre implícita na prática da ciência não significa [...] desistir do rigor científico”<sup>38</sup>, justamente porque todo conhecimento é produzido num contexto de tempo e lugar, e validado intersubjetivamente pelos cientistas. Percebe-se então que nunca houve certezas, mas sim conhecimentos limitados e aproximados, pois nessa dinâmica complexa de relações existentes em redes em diferentes níveis, o todo absoluto nunca será esgotado, o que deve ser entendido como motivação para a ciência.<sup>39</sup>

Ainda, é preciso salientar que mudar do paradigma mecanicista para o sistêmico não significa abandonar completamente o primeiro. A visão em partes fracionadas é útil para compreensão de cada parte presente no todo, “a ênfase nas relações, nas qualidades e nos processos não significa que os objetos, as quantidades e as estruturas não são mais importantes”<sup>40</sup>, ao contrário, deve-se buscar a interação entre as formas de visualização, e não eliminar ou desconsiderar o conhecimento existente até então<sup>41</sup>.

Em um contexto mundial em que surgem novos problemas, que envolvem múltiplos fatores, é necessária uma concepção que abarque essa complexidade, pois enxergar as situações conforme o pensamento cartesiano já não é suficiente.<sup>42</sup> Essa mudança envolve enxergar o ambiente e as atividades humanas como partes de um todo, como redes dentro de redes, que interagem e se influenciam mutuamente. O conhecimento científico tradicional hierarquizou as relações naturais para melhor compreendê-las, mas “na natureza, não existe ‘acima’ ou ‘abaixo’, e não há hierarquias. Há apenas redes dentro de outras redes”<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.115.

<sup>38</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.115.

<sup>39</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.116.

<sup>40</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.112.

<sup>41</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.114.

<sup>42</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica**: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.13.

<sup>43</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.98-99.

A partir dessa nova perspectiva, percebe-se a questão ambiental como parte central de todos os outros problemas, uma vez que as condições ambientais influenciam a economia, a política, a qualidade de vida das pessoas. Dessa forma, “o grande desafio do nosso tempo é o de construir e nutrir comunidades e sociedades sustentáveis”<sup>44</sup>. Sendo assim, é possível considerar a crise global como uma crise de percepção, que “deriva do fato de que a maioria das pessoas em nossa sociedade, e especialmente nossas grandes instituições sociais, concorda com os conceitos de uma visão de mundo ultrapassada” em contraponto a um mundo complexo e globalizado.<sup>45</sup>

Mas como fazer isso se a ideia amplamente difundida nas sociedades contemporâneas é a de que a natureza apenas serve à humanidade, como se o ser humano não fosse parte dela, tendo a humanidade uma concepção enraizada no ideal urbano, individualista e consumista.<sup>46</sup> A maioria das pessoas vive sem saber ou se importar com a deterioração ambiental, pois falta a noção de pertencimento a este ambiente, de conectividade à natureza<sup>47</sup>, nesse sentido, é necessário que existam ações voltadas à Educação Ambiental em todos os níveis de ensino, em todos os espaços sociais possíveis, com vistas à transformação social pela cidadania<sup>48</sup>.

A questão do afastamento da comunidade em relação ao sistema jurídico faz com que a própria noção de cidadania fique prejudicada, pois as pessoas não têm a noção do todo, ficam restritas com a sua ideia individual, preocupadas apenas em manter seu conforto e bem-estar pessoal e de suas famílias. A “Revolução Ecojurídica”<sup>49</sup> se constitui em reconhecer a conexão de todos os problemas (ambientais, políticos, econômicos, sociais), e contribuir com soluções, interdependentes e multidisciplinares, como os próprios problemas, pois “as soluções sistêmicas geralmente resolvem vários problemas ao mesmo tempo”<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas.** São Paulo: Cultrix, 2014, p.434.

<sup>45</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas.** São Paulo: Cultrix, 2014, p.448.

<sup>46</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.194.

<sup>47</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.195.

<sup>48</sup> JACOBI, Pedro. **Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade.** Cadernos de Pesquisa, n. 118, p. 193, 2003. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742003000100008&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742003000100008&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>49</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

<sup>50</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.225-226.

Nessa perspectiva, o Direito deve ser entendido e aplicado como sendo “algo além da linearidade e da hierarquização das competências jurídicas definidas por meio de suas normas”<sup>51</sup>.

Porém, sabe-se da dificuldade de gerenciamento dos sistemas sociais, pois, diferente do que acontece na natureza, em que a diversidade de espécies favorece o equilíbrio, para o social, a diversidade étnica e cultural, apesar de poder desempenhar o mesmo papel, na prática muitas vezes torna-se “uma fonte de preconceitos e de atrito”<sup>52</sup>. Embora pareça especialmente difícil notar que o contexto de significado social não é imutável, é fundamental perceber que “em vez de serem naturais, o Estado e o mercado são apenas produtos culturais”<sup>53</sup>.

Apesar de as fronteiras culturais terem sido criadas e não serem simplesmente produto de relações naturais de causa e efeito, o significado transmitido entre as gerações dificulta a percepção da possibilidade de mudança. Essa noção de mutabilidade dos sistemas sociais “apresenta um caminho que pode nos afastar da destruição e nos conduzir a uma ação humana generativa e sustentável do ponto de vista ecológico”<sup>54</sup>. É importante ressaltar que para criar essas inovações ecológicas que possibilitam a criação de comunidades sustentáveis não se deve partir do zero, mas sim aprender com as sociedades que perduraram por séculos.<sup>55</sup> Assim, uma comunidade humana sustentável “terá que ser planejada de maneira tal que os seus estilos de vida, tecnologias e instituições sociais respeitem, apoiem e cooperem com a capacidade inerente da natureza de manter a vida”<sup>56</sup>.

Para isso, é necessário compreender como funcionam as dinâmicas da natureza, e importar mecanismos naturais para construir novas tecnologias mais limpas e eficientes:

---

<sup>51</sup> CARDOSO NETO, Nicolau. Água com qualidade para o consumo humano: Normas e sobreposição de competências entre o Direito Ambiental e o Direito de Saúde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.406.

<sup>52</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.439.

<sup>53</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica**: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.37.

<sup>54</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica**: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.37.

<sup>55</sup> CAPRA, Fritjof. Prefácio. In: STONE, Michael K.; BARLOW, Zenobia (Orgs.). **Alfabetização Ecológica**: a educação das crianças para um mundo sustentável. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 13.

<sup>56</sup> CAPRA, Fritjof. Prefácio. In: STONE, Michael K.; BARLOW, Zenobia (Orgs.). **Alfabetização Ecológica**: a educação das crianças para um mundo sustentável. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 13.

Como os ecossistemas se organizaram para sustentar os processos vitais básicos através de bilhões de anos de evolução? Como eles podem prosperar com uma abundância de energia e sem desperdício? Como a natureza manufatura superfícies (como as conchas de moluscos) que são mais duras do que a cerâmica produzida pela nossa alta tecnologia e fios de seda (fiados pelas aranhas) que são cinco vezes mais resistentes do que aço? E como esses prodigiosos materiais são produzidos silenciosamente, a temperaturas ambiente e sem quaisquer efeitos tóxicos?<sup>57</sup>

As questões destacadas acima são exemplos de como as sociedades podem pensar conforme a natureza, buscando se desenvolver de forma sustentável. Importante aqui ressaltar o que se entende por sustentabilidade, pois é necessário ir além do tradicional conceito de atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem às suas.<sup>58</sup> É preciso compreender a evolução histórica do conceito de sustentabilidade<sup>59</sup> e trazer a multidimensionalidade da sustentabilidade, nas dimensões ambiental, econômica, social, ética e jurídico-política.<sup>60</sup> Além disso, é necessário associar às dimensões aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030<sup>61</sup>, o que torna o conceito mais palpável e norteia sua efetivação.

Nesse sentido, é necessária “uma mudança no paradigma jurídico inspirada pelo reconhecimento dos princípios básicos da ecologia e pelo novo pensamento sistêmico da ciência contemporânea”<sup>62</sup>. Essa nova ordem jurídica ainda não foi delineada de forma explícita, mas essencialmente sabe-se que deve ser fruto

---

<sup>57</sup> CAPRA, Fritjof. Prefácio. In: STONE, Michael K.; BARLOW, Zenobia (Orgs.). **Alfabetização Ecológica: a educação das crianças para um mundo sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 13.

<sup>58</sup> CMMAD. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p.46.

<sup>59</sup> CARDOSO NETO, Nicolau; WEISE, Luiza Sens. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 como consequência da evolução histórica do conceito de Desenvolvimento Sustentável. In: VASCONSELOS, Adaylson Wagner Souza de. **Direito: uma autêntica e genuína ciência autônoma**. Ponta Grossa: Atena, 2021. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-ebook/4470#:~:text=Publicado%20em%2004%20de%20outubro,mais%20vastas%20quest%C3%B5es%20da%20sociedade>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>60</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.65.

<sup>61</sup> BRASIL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>62</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.38.

da participação cidadã consciente<sup>63</sup>. É necessário que aconteça a “transformação, no século XXI, do *homo economicus* em *homo ecologicus*”<sup>64</sup>.

A Revolução Ecojurídica vem contribuir para a reformulação do ordenamento jurídico a fim de considerar a manutenção do equilíbrio ecológico como essencial, para além do mero recurso econômico. A construção de soluções criativas, sistêmicas, a inovação baseada na natureza, como ressaltado anteriormente, deve ser incentivada nessa mudança de paradigma, em que enxergar a rede de relações existentes é imprescindível para a sua efetivação.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou, a partir da noção de paradigmas proposta na teoria de Thomas Kuhn (2018)<sup>65</sup>, o paradigma sistêmico como essencial para a compreensão de um direito ecológico<sup>66</sup>. Dessa forma, primeiramente foram destacadas as fases de construção e desconstrução de paradigmas; quais sejam, a pré-ciência, em que há amplo debate para escolher o primeiro paradigma dominante; a ciência normal, que se constitui em um período relativamente estável de resolução de quebra-cabeças a partir do paradigma dominante; a crise, que é quando o paradigma dominante se mostra insuficiente e é necessário amplo estudo e debate para a escolha de um novo paradigma; e a revolução científica, que é quando o novo paradigma surge e revoluciona o conhecimento até então produzido.

Mudanças climáticas; escassez de recursos vitais como a água; ou externalidades provocadas pelo excesso de chuvas; além do surgimento de novas doenças, com potencial para novas pandemias; têm contribuído para um sentimento de incompreensão e desamparo que é característico de um período de crise de um paradigma.<sup>67</sup> O direito, como ciência em que o propósito de atuação é aten-

---

<sup>63</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.14.

<sup>64</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.216.

<sup>65</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018.

<sup>66</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

<sup>67</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018.

der a uma demanda social externa<sup>68</sup>, está inserido nessa crise de percepção do mundo a partir do paradigma cartesiano, dominante desde a Era Moderna.<sup>69</sup>

Nesse contexto, é possível perceber que o estado e o mercado são produtos culturais<sup>70</sup>, e que é preciso que a noção de mutabilidade e adaptabilidade seja trazida para os sistemas sociais, por mais que o significado transmitido entre as gerações dificulte essa percepção.<sup>71</sup> A capacidade de adaptação do modo de vida da sociedade, caracterizado pela dominação da natureza, para um modo de vida sustentável, envolve necessariamente a mudança do paradigma cartesiano para o paradigma sistêmico, em que seja possível enxergar novas soluções, a partir do resgate da ecologia, da educação ambiental voltada à cidadania, e da multidimensionalidade da sustentabilidade voltada à prática.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

CAPRA, Fritjof. Prefácio. In: STONE, Michael K.; BARLOW, Zenobia (Orgs.). **Alfabetização Ecológica: a educação das crianças para um mundo sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 13-15.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. São Paulo: Cultrix, 2014.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

---

<sup>68</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018, p.82-83.

<sup>69</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

<sup>70</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.37.

<sup>71</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p.37.

CARDOSO NETO, Nicolau. *Água com qualidade para o consumo humano: Normas e sobreposição de competências entre o Direito Ambiental e o Direito de Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARDOSO NETO, Nicolau; WEISE, Luiza Sens. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 como consequência da evolução histórica do conceito de Desenvolvimento Sustentável. In: VASCONSELOS, Adailson Wagner Souza de. **Direito: uma autêntica e genuína ciência autônoma**. Ponta Grossa: Atena, 2021. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-ebook/4470#:~:text=Publicado%20em%2004%20de%20outubro,mais%20vastas%20quest%C3%B5es%20da%20sociedade>. Acesso em: 14 abr. 2023.

CMMAD. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JACOBI, Pedro. **Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade**. Cadernos de Pesquisa, n. 118, p. 189-205, 2003. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742003000100008&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742003000100008&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 14 abr. 2023.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 4 reimpr. 13 ed. São Paulo: Perspectiva: 2018.

**Submissão:** 16. abril.23

**Aprovação:** 24. abril.23



# OS EFEITOS CONCRETOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA N. 450 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO PELA ADPF N. 501 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*The concrete effects of the declaration of unconstitutionality of Precedent no. 450 of the Superior Labor Court by Federal Supreme Court Reference on Violation of a Fundamental Principle (Reference) No. 501*

*André Araújo Molina<sup>1</sup>*

*Fernanda Amabile Marinho de Souza Gomes<sup>2</sup>*

**ÁREA:** Direito do Trabalho. Férias em dobro.

**RESUMO:** O presente artigo analisa os efeitos concretos da inconstitucionalidade da interpretação estampada na Súmula n. 450 do Tribunal Superior do Trabalho, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 501. A partir da análise da natureza jurídica da ação de arguição de preceito fundamental, buscou-se compreender a sua classificação como precedente obrigatório e, com isto, as consequências da decisão para a jurisdição trabalhista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de constitucionalidade- Férias - Súmula 450 TST - ADPF 501 STF

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da UFMT. Pós-Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Doutor em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela UFMT. Titular da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Titular da Academia Mato-Grossense de Direito (AMD). Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região.

<sup>2</sup> Especialista em Direito do Trabalho. Diretora da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 15ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 15ª Região.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the concrete effects of the unconstitutionality of the interpretation stamped in Precedent n. 450 of the Superior Labor Court, declared by the Federal Supreme Court, in the judgment of Reference on Violation of a Fundamental Principle (Reference) No. 501. From the analysis of the legal nature of the fundamental precept argument action, it was sought to understand its classification as a mandatory precedent and, with this, the consequences of the decision for the labor jurisdiction.

**KEYWORDS:** Constitutional review – Vacation – Precedent 450 TST – Reference 501 STF

**SUMÁRIO:** 1. Introdução, 2. Natureza jurídica e efeitos da declaração de inconstitucionalidade via ADPF, 3. A decisão da ADPF n. 501 como precedente obrigatório na jurisdição trabalhista, 4. Conclusões

## **1 - INTRODUÇÃO**

Sol, paz, cochiladas no meio do dia, conhecer lugares novos, passar um tempo especial com a família ou simplesmente organizar pendências que não se encaixam no cotidiano durante o trabalho. Ah, as férias...quem já não se pegou planejando-as e esperando por elas?

As férias foram consagradas como objeto de desejo e, muitas vezes, são uma das metas motivadoras dos trabalhadores durante o período de ano que as antecede, bem por isso ganhou firme preocupação dos ordenamentos jurídicos: internacional, constitucional e legal.

Associadas à diversão, relaxamento e recomposição da saúde física e mental, possuem particular importância no ramo especializado do Direito do Trabalho, ante seu caráter protetivo da saúde e segurança dos trabalhadores, o que se evidencia por inúmeras pesquisas que comprovam a sua importância para a promoção da saúde, bem-estar e qualidade de vida dos empregados.

No Brasil, as férias tiveram origem no Decreto n. 4.982 de 1925, que garantia o gozo de 15 dias anuais, sem prejuízo das respectivas remunerações, aos empregados dos estabelecimentos comerciais, industriais, bancários, instituições de caridade e beneficência do Distrito Federal e dos Estados, cujo direito foi incorporado à CLT em 1943, com a sua extensão aos trabalhadores

rurais em 1963, aos domésticos em 1972, sendo que no ano de 1977 foi ampliado o gozo para 30 dias.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, no art. 7º, XVII, a todos os trabalhadores, urbanos e rurais, o direito fundamental ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, cuja disciplina ordinária se deu pela recepção dos arts. 129 a 145 da Consolidação das Leis do Trabalho, para os trabalhadores urbanos, além das leis especiais que tratam das demais categorias de trabalhadores.

No âmbito internacional, foi aprovada a Convenção n. 132 da OIT, com ratificação pelo Brasil em 1998 e promulgação por intermédio do Decreto n. 3.197 de 1999, reafirmando o direito às férias anuais remuneradas como um direito humano universalmente consagrado.

A fim de possibilitar um gozo mais efetivo do período de férias, o art. 145 da CLT prevê que o pagamento do período a elas correspondente, acrescido do terço de férias, se dará em até os dois dias que antecedem o início do afastamento<sup>3</sup>. Com o mesmo escopo protetivo, o art. 137 da CLT prevê que, sempre que as férias forem concedidas após o prazo previsto, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração<sup>4</sup>.

A leitura direta e literal dos citados dispositivos proporcionava a interpretação de que a penalidade do pagamento em dobro incidiria apenas em caso de não-concessão de gozo dentro do período concessivo, mas não haveria igual penalidade para o caso de pagamento fora do período legalmente determinado.

Porém, em uma interpretação mais ampliada, com os olhos voltados à preservação do instituto de forma sistêmica, os julgamentos recorrentes do Tribunal Superior do Trabalho (TST)<sup>5</sup> alinharam a interpretação, cristalizada na

<sup>3</sup> Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período. Parágrafo único - O empregado dará quitação do pagamento, com indicação do início e do termo das férias.

<sup>4</sup> Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração. § 1º - Vencido o mencionado prazo sem que o empregador tenha concedido as férias, o empregado poderá ajuizar reclamação pedindo a fixação, por sentença, da época de gozo das mesmas. § 2º - A sentença cominará pena diária de 5% (cinco por cento) do salário-mínimo da região, devida ao empregado até que seja cumprida. § 3º - Cópia da decisão judicial transitada em julgado será remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo.

<sup>5</sup> Por todos: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS. PAGAMENTO ATRASADO. DOBRA INCIDENTE. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de violação do art. 137, caput, da CLT. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS. PAGAMENTO ATRASADO. DOBRA INCIDENTE. As férias têm caráter multidimensional, abrangendo não somente as noções

Súmula n. 450, do ano de 2014, no sentido de que, quando descumprido o prazo de pagamento das férias, ainda que estas tenham sido oportunamente gozadas, o empregado também teria direito ao recebimento dobrado do pagamento equivalente às férias<sup>6</sup>.

Contudo, em 08 de agosto de 2022, no julgamento da ADPF n. 501, o Supremo Tribunal Federal, dando procedência por maioria de votos à arguição, declarou inconstitucional a diretriz da Súmula n. 450 do TST, entendendo que o verbete violava os princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes, isto porque não caberia ao TST alterar a hipótese fática de incidência da lei para alcançar situações nela não contempladas, já que a penalidade celetista sanciona apenas a não-concessão das férias em época própria, mas não seria possível a sua aplicação analógica para se entender que o pagamento a destempo também implicaria no descumprimento normativo.

Diante deste cenário, o artigo tem como focos discutir a natureza jurídica da ADPF, os efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade por esta via especial, a sua classificação como precedente obrigatório, especialmente a definição das consequências da inconstitucionalidade da Súmula n. 450 do TST, declarada pelo STF, na ADPF n. 501, na jurisdição trabalhista.

Ao se reconhecer a decisão da ADPF n. 51 como precedente obrigatório, pretende-se demonstrar que os seus efeitos extravasam a mera hipótese de tratamento da penalidade quanto ao não-pagamento das férias, para expandir as suas razões de decidir para tantas outras situações em que o Tribunal Superior

---

de prazo e de pagamento, como também a ideia de plena disponibilidade para o trabalhador, desconectando-o do ambiente laborativo, de modo a auferir significativo descanso no período de afastamento. Seus objetivos são também múltiplos, de caráter individual, familiar e, até mesmo, comunitário. Para viabilizar o efetivo usufruto das férias, inclusive sob a ótica prática, econômico-financeira, determina a lei que a respectiva remuneração, incluído o terço constitucional, e, se for o caso, o “abono celetista” indenizatório (art. 143, CLT), tudo seja pago antecipadamente, até dois dias “antes do início do respectivo período” (art. 145, CLT). Após longa maturação jurídica, começou a se firmar a jurisprudência no sentido de que a omissão empresarial em antecipar o conjunto dos pagamentos de férias compromete o real usufruto do direito, ensejando a incidência da dobra aventada pelo art. 137 da CLT. Nesta linha decidiu a SBDI-1/TST nos seguintes embargos uniformizadores de jurisprudência: TST-E-RR-286/2002-041-12-00.3, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT 14/08/2009; TST-E-RR-510/2006-006-12-00.3, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 26/06/2009; TST-E-RR-919/2005-006-12-00.9, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 27/03/2009). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (TST – 6ª Turma – RR n. 455840-47.2003.5.12.0039 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 19.03.2010).

<sup>6</sup> FÉRIAS. GOZO NA ÉPOCA PRÓPRIA. PAGAMENTO FORA DO PRAZO. DOBRA DEVIDA. ARTS. 137 E 145 DA CLT. É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal. (Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014).

do Trabalho, valendo-se do mesmo raciocínio ampliativo, criou benefícios sem previsão normativa, por meio das súmulas da sua jurisprudência dominante.

## **2 - NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE VIA ADPF**

O sistema jurídico nacional é fundamentado na premissa da supremacia da Constituição Federal, a partir da qual se desenvolve o mecanismo de controle de constitucionalidade dos demais veículos normativos, para preservar a supremacia da primeira e a sua força normativa vinculante, na efetivação dos direitos fundamentais e na preservação da unidade do ordenamento brasileiro.

Este controle ocorre de modo difuso ou concentrado, sendo o primeiro por intermédio da declaração incidental de inconstitucionalidade em ações individuais, submetidas a qualquer juízo ou tribunal, cuja declaração pode ser objeto de revisão via recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, “b”, da Constituição); já no controle concentrado, a declaração é de competência originária do Supremo (art. 102, I, ‘a”, da Constituição), por meios de ações especiais, cuja decisão produz efeitos *erga omnes* e vinculantes dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Dentre os veículos processuais de controle concentrado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, da Constituição e regulamentada pela Lei n. 9.882/1999, é utilizada quando não estão presentes os requisitos para as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, especialmente para os casos em que se for questionar a legislação ordinária anterior à Constituição ou para atacar os atos de efeitos concretos, mas com pretensão de abstração, como são as súmulas dos tribunais, especialmente em um momento em que os verbetes extrapolaram a tarefa de servir de simples orientação persuasiva, para pretender ostentar eficácia obrigatória ou vinculante, desde a vigência do CPC de 2015.

Cabe a arguição para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental como resultado de ato do Poder Público, dentro deste gênero reconhecendo-se os atos normativos emanados do Poder Legislativo, atos administrativos e decretos regulamentares oriundos do Poder Executivo e os atos abstratos vindos do Poder Judiciário, especialmente as súmulas da jurisprudência, sempre tendo em vista a princípio da subsidiariedade que orienta o cabimento da ADPF (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999), isto é, somente haverá admissibilidade deste

instrumento especial, quanto a lesividade não puder ser corrigida por meio das outras espécies de ações<sup>7</sup>.

Os preceitos fundamentais, que autorizam a ajuizamento da ADPF para a sua garantia, são, segundo Dirley da Cunha Júnior, “toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem pressupostos jurídicos e políticos essenciais.”<sup>8</sup>

A atuação do Supremo tem sido casuística na definição de quais são os dispositivos da Constituição que se consideram como preceitos fundamentais, para autorizar o manejo da ADPF, bem como os dispositivos que assim não são conceituados. Na leitura dos precedentes históricos da Corte, é possível observar que se tem considerado como preceitos fundamentais as previsões do art. 1º ao 4º da CF, os direitos e garantias fundamentais (Título II da CF), os integrantes do conceito de cláusula pétrea (art. 60, § 4º), os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF) e os princípios da atividade econômica (art. 170), além de outros.

A competência para o julgamento da ADPF é originária do Supremo e, conforme o seu regimento interno, afeta ao Plenário da casa. Haverá sorteio de um ministro relator, que apreciará o eventual pedido de liminar, solicitará as informações às autoridades indicadas na inicial como sendo as responsáveis pela prática do ato questionado, colherá parecer do Ministério Público e, ainda, se assim entender, decidir pela ampliação do debate, com a requisição de informações adicionais, designação de perito, marcação de audiência pública, admissão de *amicus curiae* etc.

O quórum para instalação da sessão de julgamento é o mesmo das ações de controle concentrado, com exigência de 2/3 dos ministros presentes (8 ministros) e a decisão será tomada por maioria absoluta dos integrantes da Corte (art. 97 da CF).

O art. 10 da Lei n. 9.882/1999 prevê que, julgada a ADPF, far-se-á a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental tido como violado. A decisão plenária, reforça o § 3º

<sup>7</sup> Neste sentido: STF – Plenário – QO na ADPF n. 3 – DJ 26.03.2001.

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 441.

do artigo referido, terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, sendo irrecorrível e insuscetível de ação rescisória (art. 12).

O principal efeito da decisão da ADPF é a vinculação do próprio Supremo Tribunal em julgamentos futuros, quer sejam efetivados monocraticamente pelos ministros, quer sejam oriundos das suas duas turmas de julgamento. Todavia, o plenário do Supremo e o Poder Legislativo não estão vinculados à decisão, para o futuro, podendo revisitar – e superar – a compreensão anterior.

Assim, a Corte poderá mais tarde mudar o seu entendimento, decidindo ser a mesma lei constitucional, em razão de mudanças do cenário jurídico, político, econômico ou social do país, bem como pode o Poder Legislativo editar novo ato normativo tratando do mesmo tema.

A eficácia contra todos e o efeito vinculante da decisão da ADPF, prevista na lei que a regulamenta, tem relação com o dispositivo do acórdão proferido, cuja visão foi consagrada desde a Lei n. 9.882/1999 até o início do ano de 2016, com a vigência do CPC de 2015.

Isto porque, para além do efeito vinculante *ex lege* da conclusão ou dispositivo do acórdão, as decisões plenárias do Supremo passaram a ser reconhecidas como precedentes judiciais com natureza obrigatória, desde 18 de março de 2016, fato que decorre da compreensão filosófica contemporânea de que a verdade das coisas apenas poderá ser alcançada na intersubjetividade<sup>9</sup>, ou seja, apenas a aplicação das palavras e o uso na linguagem da comunidade é que definirão o seu verdadeiro significado<sup>10</sup>, de modo que as leituras isoladas, pessoais, calcadas na pré-compreensão do interprete<sup>11</sup>, acabam em subjetividade, arbitrariedade, solipsismo e violação da isonomia.

Aplicando esta compreensão ao direito, os juristas começaram a admitir que somente por meio da intersubjetividade, mediada pela tradição, é que se poderia controlar a subjetividade de cada julgador, visando alcançar maior segurança jurídica, para cuja tarefa os precedentes judiciais ganharam especial relevância, inclusive em sistemas jurídicos de origem romano-germânica, como é a tradição do direito brasileiro.

<sup>9</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10 ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

<sup>10</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9 ed. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2014.

<sup>11</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10 ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2015.

Ronald Dworkin defende que o intérprete jurídico deve se comportar como um escritor de romance, que, recebendo o capítulo anterior, deve escrever o seu, em sequência tal que não haja interrupção na cadeia narrativa, resultando o trabalho coletivo íntegro, como se tivesse sido escrito por um único autor, sem ruídos ou quebra do enredo.<sup>12</sup>

Um dos autores deste trabalho, em publicação anterior, defendeu que a obediência aos precedentes resgata a ideia de integridade e de universalização do direito, na medida em que os magistrados não estão livres para interpretar o ordenamento e os fatos da causa, para proferir a melhor solução, como se estivessem a escrever a sua obra individual, mas passam a ter obrigação com a comunidade ao considerar as decisões anteriores em casos semelhantes para a continuidade da tarefa de produzirem a obra conjunta.<sup>13</sup>

Estas ideias não impedem a hermenêutica no processo decisório, porém constroem a interpretação do juiz, para que a decisão seja formada em diálogo com as decisões anteriores, a fim de se lapidar o significado dos conceitos jurídicos, dando-lhes cada vez mais densidade pragmática.

A partir do Código de Processo Civil de 2015, o Brasil se vê às voltas com a adoção destas lições da hermenêutica filosófica e da filosofia do direito, na medida em que o art. 926 exige que os tribunais uniformizem a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente; o art. 927 apresenta um rol de precedentes obrigatórios a serem observados pelos julgadores; o art. 489 exige que os magistrados, de qualquer instância, atentem-se aos precedentes dos tribunais quando do julgamento dos novos casos a eles submetidos, podendo afastar-se dos precedentes obrigatórios nos casos de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), além da supressão pelo modelo de 2015 do antigo princípio do livre convencimento motivado, que estava previsto no CPC revogado.

Em um modelo jurídico em que vicejam os precedentes obrigatórios, para além dos dispositivos dos acórdãos, a comunidade jurídica deve atentar-se ao seu conteúdo, à fundamentação das decisões, cotejando-a juntos aos fatos e argumentos jurídicos desenvolvidos, de sorte a construir o sentido expressado pela decisão, que é o precedente judicial: as suas razões de decidir.

Como um dos autores deste texto já afirmou em outro trabalho:

---

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

<sup>13</sup> MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 296.

Um alerta faz-se indispensável: a parte do precedente judicial que vincula não é o dispositivo da decisão subjacente, mas os seus motivos determinantes ou, para a doutrina do *common law*, a *ratio decidendi* ou *holding*. Bem por isso que o precedente judicial, como algo construído a posteriori, não se confunde com a decisão judicial em si, muito menos com a sua ementa, trechos escolhidos de forma aleatória em sua fundamentação, nem mesmo com as eventuais súmulas ou orientações jurisprudenciais que possam ter advindo de uma ou de várias decisões judiciais em algum tema específico submetido ao julgamento dos tribunais.<sup>14</sup>

A construção do precedente requer a análise do quanto decidido no acórdão paradigma, de forma a se entender se os argumentos que compõem as razões de decidir representam a essência de pensamento médio dos julgadores, e que norteará os julgamentos futuros, não se confundindo, portanto, com a ementa do acórdão, o dispositivo ou algum trecho destacado da sua fundamentação.

Os precedentes, a rigor, jamais serão dados pelos tribunais, mas serão construídos de forma compartilhada e discursiva pelos diversos atores jurídicos – doutrina, juízes, advogados, comunidade – que, com o estudo das decisões, contextualizam as nuances fáticas específicas do caso e a argumentação jurídica utilizada, e, a partir delas, extraem o essencial do quanto decidido, as suas razões de decidir (*ratio decidendi*), as quais, funcionando como o verdadeiro precedente, poderão ser replicadas nos casos futuros que apresentarem as mesmas razões, de fato e de direito.

O precedente situa-se em uma segunda camada de linguagem, é uma (meta) linguagem que fala das decisões subjacentes que lhes serviram de objeto, interpretando-as. É por isso que não existe precedente judicial sem que existam as nuances fáticas antecedentes, questões jurídicas e a decisão judicial concreta que as equacionou.

Bem-vistas as coisas, podemos afirmar que os acórdãos proferidos por meio da ADPF, sendo de competência exclusiva do plenário da Suprema Corte, amoldam-se às hipóteses do art. 927, I e V, do CPC, na medida em que a decisão é tomada no contexto de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, bem como tem origem no plenário de um tribunal de vértice, que a todas as demais instâncias subordina, na interpretação das disposições constitucionais.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> MOLINA, André Araújo. Compreensão e aplicação dos precedentes na Justiça do Trabalho. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 6, n. 04, p. 289-332, 2020.

<sup>15</sup> “(...) os órgãos jurisdicionais que se encontram abaixo de outro na pirâmide da hierarquia judiciária estão vinculados, fazendo com que, nesta interpretação, os juízes estejam vinculados aos

Reforça a sua conceituação como precedente obrigatório, que as decisões tomadas no julgamento das arguições de descumprimentos de preceitos fundamentais desafiam o manejo da reclamação constitucional, meio processual que tem por finalidade extirpar do mundo jurídico a decisão judicial ou o ato contrário à decisão do Supremo, na forma do art. 13 da Lei n. 9.882/1999.

Assim, as decisões tomadas em sede de ADPF pelo Plenário do Supremo, para além da eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público quanto ao seu dispositivo, *ex vi legis* do art. 10 da Lei n. 9.882/1999, também se amolda ao conceito de precedente obrigatório, na forma do art. 927, I e V, do CPC, convocando a comunidade jurídica ao estudo detido das suas razões de decidir, para auxiliar na iluminação da interpretação dos casos seguintes que ostentem similares situações fáticas e jurídicas.

Isto quer dizer que a eficácia do precedente (das suas razões de decidir) pode extravasar a pontual hipótese que deu origem ao julgado da ADPF (contida em seu dispositivo), para que o mesmo raciocínio seja aplicado para tantas outras situações próximas e semelhantes que não estão contidas no caso concreto submetido ao controle concentrado do Supremo.

### **3. A DECISÃO DA ADPF N. 501 COMO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO NA JURISDIÇÃO TRABALHISTA**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu o mérito da ADPF n. 501, encerrando o julgamento no dia 08.08.2022, com certidão de julgamento da sessão virtual de 09.08.2022 e a publicação do acórdão no DJE do dia 18.08.2022, a partir de quando iniciou, simultaneamente, os efeitos vinculantes do seu dispositivo (conclusão do acórdão), bem como a fase de estudo integral da decisão (fundamentação), para a coleta dos elementos, de fato e de direito, suficientes para a construção do precedente obrigatório.

Destaca-se do voto, acolhido por maioria, que: “(...) nada obstante seja imprescindível a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, o propósito de proteger o trabalhador não pode exponenciar-se a ponto de originar sanções jurídicas não previstas na legislação vigente, ante a impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo.”

---

plenos ou órgãos especiais tanto do tribunal intermediário do qual fazem parte como também ao pleno do STF e à Corte Especial do STJ.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 339).

Mais à frente, reforça o Supremo que “articula, de longa data, uma clara preocupação de contenção na prestação jurisdicional, resguardando a delicada estrutura política de intervenções desarrazoadas na típica função de outros agentes estatais.”

Tais afirmações denotam a adoção de vinculatividade quanto ao resguardo da separação de Poderes do art. 2º da CF, proscrevendo a possibilidade de os tribunais criarem direitos por mera interpretação extensiva, sem a atividade inovadora do legislador.

Ademais, o julgado reconhece a violação ao princípio da reserva legal, nos seguintes termos: “importa ressaltar que a ausência de um adequado patamar de juridicidade para assentar uma obrigação (entre as quais figura a sanção) evidencia uma situação violadora do princípio da reserva legal.”

Particularmente quanto ao uso da interpretação, que, por analogia, culminou no verbete sumular objeto da inconstitucionalidade, acrescentou o relator:

(...) a técnica integrativa pressupõe a existência de uma lacuna a ser preenchida. No caso, todavia, a própria Consolidação das Leis do Trabalho assentou, no seu art. 153, a penalidade cabível para infrações ao que fora determinado no seu Capítulo IV, dentro do qual se encontra a obrigação de pagar as férias com antecedência de dois dias. Assim, ante a conjugação de um preceito impositivo (art. 145) com outro sancionador (art. 153), não se vislumbra vácuo legal propício à atividade integrativa, por mais louvável que seja a preocupação em concretizar os direitos fundamentais do trabalhador.

Pode-se extrair ainda, como razão de decidir vinculante, a consolidação da interpretação restritiva para a imposição de penalidades, conforme dito: “Ainda que superados os obstáculos relacionados à legalidade e ao emprego da analogia, revela-se igualmente impossível transportar a cominação fixada em determinada hipótese de inadimplemento para uma situação distinta, ante a necessidade de conferir interpretação restritiva a normas sancionadoras”.

Entendendo pela impossibilidade de atuação dos tribunais como legislador positivo, o Supremo julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para declarar inconstitucional a Súmula n. 450 do Tribunal Superior do Trabalho, que sancionava com a quitação em dobro o pagamento em atraso das férias, ainda que tivesse sido oportunizado o gozo no prazo.

A ementa do julgamento da ADPF ficou assim redigida:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. SÚMULA 450 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DE FÉRIAS EM DOBRO QUANDO ULTRAPASSADO O PRAZO DO ART. 145 DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. AUSÊNCIA DE LACUNA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE NORMA SANCIONADORA. OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PROCEDÊNCIA. 1. Os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes públicos. Precedentes. 2. Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, de modo a ampliar o âmbito de incidência de sanção prevista no art. 137 da CLT para alcançar situação diversa, já sancionada por outra norma. 3. Ausência de lacuna justificadora da construção jurisprudencial analógica. Necessidade de interpretação restritiva de normas sancionadoras. Proibição da criação de obrigações não previstas em lei por súmulas e outros enunciados jurisprudenciais editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (CLT, art. 8º, § 2º). 4. Arguição julgada procedente.

Em julgamento por maioria restou acatado o voto do Relator, que concluiu pela ofensa direta à Constituição, por violação à estrita legalidade e à reserva legal, haja vista a ausência de base normativa para a imposição de sanção ao empregador que não adimple o pagamento das férias até a antevéspera do início de gozo destas.

Considerou a Corte Suprema que mesmo na inteligência conjunta dos arts. 137 e 134 da CLT, não há amparo legal para imputar a penalidade também ao descumprimento da previsão do art. 145 da CLT, qual seja, o pagamento das férias até 2 dias antes do início do respectivo período.

Invocando como núcleo axiológico da Constituição o sistema de freios e contrapesos, como mecanismo de controle entre os Poderes da República, e a separação de poderes, afirma o Relator que:

(...) apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de “guerrilhas institucionais”, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos... o próprio Supremo Tribunal Federal articula, de longa data, uma clara preocupação de contenção na prestação jurisdicional, resguardando a delicada estrutura política de intervenções desarrazoadas na típica função de outros agentes estatais.

A declaração de inconstitucionalidade da Súmula n. 450 do TST foi seguida pelo pronunciamento quanto à invalidade das decisões judiciais não transitadas em julgado que, com fundamento no verbete sumular, tenham determinado o pagamento em dobro das férias.

No caso, a modulação dos efeitos preservou a coisa julgada já constituída, confirmando o dever de pagamento proveniente das decisões transitadas em julgado até o dia 08.08.2022, dia imediatamente anterior ao da publicação da certidão de julgamento, ainda que não executadas.

A partir do dia 09.08.2022, todos os magistrados trabalhistas do país, das três instâncias de julgamento, deverão dar atenção ao precedente obrigatório formado no bojo da ADPF n. 501 do Supremo, para rejeitar os pedidos aviados nas ações individuais, que pretendem a obtenção da dobra prevista na inconstitucional Súmula n. 450 do TST.

Ainda que as férias tenham sido concedidas no período anterior, com o pagamento feito fora do prazo, antes da decisão do Supremo, quando ainda vigorava a interpretação estampada na Súmula n. 450 do TST, mesmo assim, ao julgar estes casos, atualmente, os magistrados de qualquer instância deverão dar imediata aplicação ao quanto decidido pelo Supremo, para rejeitar o pedido do autor, quando se tratar da sentença, ou reformar as decisões anteriores, quando se tratar de um julgamento em tribunal de segundo grau ou da instância extraordinária.

Apenas as decisões transitadas em julgado antes de 09.08.2022 é que se consolidarão, estando fora do alcance dos efeitos do novel precedente obrigatório. Nestes casos, não há ocasião de ação rescisória e nem de alegação de inexigibilidade do título executivo (art. 525, §§ 12 e 14, do CPC), devendo os valores reconhecidos serem objeto de execução até os seus trâmites finais.

Para as ações em trâmite, em que os juízes insistirem em aplicar o antigo entendimento da Súmula n. 450 do TST, driblando a decisão vinculante, caberá o manejo da reclamação, além do recurso próprio endoprocessual, antes do seu trânsito em julgado; caso ocorra a hipótese de transitar em julgado alguma decisão nova, em descompasso ao decidido pelo STF, será o caso de alegação da inexigibilidade do título executivo que contrariou a decisão do Supremo Tribunal Federal (art. 525, §§ 12 e 14, do CPC).

Devido à sua natureza de precedente obrigatório, as razões de decidir expostas no bojo da fundamentação do acórdão da ADPF n. 501, em torno do respeito ao princípio da separação dos poderes e da insuscetibilidade de ampliação dos direitos por interpretação, deverão ser aplicadas a todas as outras súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, para além da inconstitucional Súmula n. 450, que, também, com fundamento em idêntico raciocínio, invadiram a esfera de atribuições do Poder Legislativo, p. ex., como é o caso da Súmula n. 291 do TST, do ano de 2011, que, sem base legislativa alguma, criou por mera interpretação uma indenização suplementar para os casos de supressão das horas extras habituais recebidas pelos trabalhadores<sup>16</sup>.

Tantos outros verbetes poderiam ser citados, exemplificativamente.

Porém, o mais decisivo será compreender que as decisões proferidas em sede de ações de controle concentrado do Supremo, como é o caso da ADPF, vinculam para além do caso concreto em debate (dispositivo do julgado – p. ex., penalidade pelo não-pagamento das férias), para alcançar outras situações em que as razões de decidir sejam as mesmas (*ratio decidendi* – fundamentação), na medida em que a sua natureza jurídica é de precedente obrigatório, conforme art. 927, I e V, do CPC, convocando todos os demais magistrados trabalhistas, de todas as instâncias, para velar pela estabilidade, integridade e coerência do sistema judicial (art. 926 do CPC).

---

<sup>16</sup> “HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. IN-DENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.” (Resolução n. 174/2011, DEJT de 27, 30 e 31.05.2011).

## 4. CONCLUSÕES

A decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF n. 501, com publicação da certidão de julgamento em 08.08.2022, tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, *ex vi* do art. 10 da Lei n. 9.882/1999, bem como se amolda ao conceito de precedente obrigatório, conforme o art. 927, I e V, do CPC, de modo que a jurisdição trabalhista deverá dar imediata aplicação, seja para incidir a nova compreensão nas sentenças que ainda serão proferidas sobre o tema do pagamento incorreto das férias, seja para cassar as sentenças e acórdãos que já foram prolatados antes do julgamento da ação paradigma do STF, mas que ainda não transitaram em julgado antes de 09.08.2022.

Apenas as sentenças transitadas em julgado antes de 09.08.2022 é que terão a sua eficácia preservada, e a dobra reconhecida, conforme a Súmula n. 450 do TST, será executada e os valores recebidos normalmente pelos trabalhadores beneficiados.

Devido ao reconhecimento da decisão da ADPF como precedente obrigatório, as suas razões de decidir aplicam-se a tantas outras hipóteses, fora do caso concreto da dobra das férias, sempre que o Tribunal Superior do Trabalho ou os tribunais regionais ampliem direitos por mera interpretação, sem a prévia atividade inovadora do Legislativo, aprovando súmulas que reflitam a invasão dos princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva legal.

## REFERÊNCIAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10 ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10 ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOLINA, André Araújo. Compreensão e aplicação dos precedentes na Justiça do Trabalho. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 6, n. 04, p. 289-332, 2020.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9 ed. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2014.

**Submissão:** 07.abril.23

**Aprovação:** 18.abril.23

# NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA THEMIS

*Seguem abaixo as normas para publicação na REVISTA THEMIS:*

**Inédito:** É necessário que o artigo seja inédito

**Autores/titulação:** Serão aceitos artigos produzidos por autores com titulação acadêmica “*stricto sensu*” (mestres ou doutores). Caso o interessado não possua tal titulação, poderá produzir o artigo em coautoria com algum destes.

**Remessa do artigo para:** paulobaria@fadac.com.br

**Dúvidas:** entre em contato conosco – Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019

## **Regras para elaboração e formatação do artigo:**

1. Título e subtítulo (se houver, devem ser separados por dois pontos): em português e inglês;
2. Área e subárea do Direito;
3. Autor(es) e coautor(es);
4. Qualificação do(s) autor(es) (e coautor(es)) contendo: nome, titulação acadêmica e profissional e e-mail que será divulgado;
5. Resumo em português e inglês (com 100 a 200 palavras cada), contendo o campo de estudo, o objetivo, o método, os resultados e a conclusão;
6. Palavras-chave em português e inglês (5 para cada idioma);
7. Sumário (antes de iniciar o texto);
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas;
9. Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5;
10. Margens esquerda e superior em 3 cm, direita e inferior em 2 cm;
11. Sistema de referências ao final do artigo, seguindo o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;
12. Eventuais figuras e tabelas devem ser inseridas no corpo do texto e não ao final;

13. Notas devem ser inseridas no rodapé da página onde foi citada, em tamanho 10 e fonte Times New Roman;
14. Pequena conclusão (no máximo 300 palavras);
15. Referências bibliográficas utilizadas no artigo;
16. Serão aceitos artigos redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão;
17. As regras para publicação estão disponíveis no site da instituição: [www.revistathemis.com.br](http://www.revistathemis.com.br)

A elaboração do artigo pelo convidado pressupõe exclusiva autoria (ou coautoria) e, com esta remessa, fica já autorizada a publicação do artigo, cujos direitos autorais serão cedidos, neste ato, à Revista Themis, de forma não onerosa.

A publicação do artigo fica ainda condicionada à aprovação irrecorrível do Conselho Editorial da Revista, que decidirá sobre eventuais questões omissas nas regras de publicação, observando-se o art. 23 do Regulamento da Revista.

**Paulo Cesar Baria de Castilho**  
**Editor-Chefe**