

# REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 37

Nº 1 - Nov.2022/Abr.2023



Nelson Hungria Hoffbauer  
Ministro do STF



EMARF

The logo for EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal) features a stylized graphic of three curved lines above the acronym 'EMARF' in a bold, sans-serif font.



**REVISTA  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 37  
Nov.22/Abr.23

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da  
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.  
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2022 - volume 37, n. 1  
(nov.22/abr.23)

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

---

**Diretoria da EMARF  
(2021-2023)**

**Diretor-Geral**

Desembargador Federal Marcus Abraham

**Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

**Diretor de Estágios**

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

**Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

**Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Marcello Granado

**EQUIPE DA EMARF**

Dalmo Rufino de Santana - Assessor Executivo

**Rio de Janeiro**

Albertina Maria Anastácio

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

**Espírito Santo**

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

---



---

## Conselho Editorial

### Membros Natos

Diretor-Geral da EMARF (2021-2023)

- **Marcus Abraham**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF (2021-2023)

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

### Membros Convidados

- **André Ricardo Cruz Fontes**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
  - **Reis Friede**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
  - **Marcelo Pereira da Silva**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-



---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente**

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

### **Vice-Presidente**

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

### **Corregedor Regional**

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

### **Membros**

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

---



---

# SUMÁRIO

---

APRESENTAÇÃO .....	11
OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: OS CASOS DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN) .....	13
Albertina Maria Anastácio	
MARCO CIVIL DA INTERNET - NEUTRALIDADE DE REDE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	45
Alexandre Pontieri	
PARTICULARIDADES DA TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE.....	63
André R. C. Fontes	
TESTEMUNHO ESCRITO .....	75
Cássio Benvenuto de Castro	
A PRESCRIÇÃO E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS AUTORAIS. UMA VISÃO PROCESSUAL DAS INFRAÇÕES NA INTERNET .....	99
Émilie Neves Maciel	
REGULAMENTAÇÃO DAS MARCAS DE POSIÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS PARA DEPÓSITO DE UMA MARCA NÃO TRADICIONAL.....	141
Giovanna Rocha	
PAPEL DA MEDIAÇÃO EM EMPRESAS FAMILIARES.....	177
José Aristóbulo Caldas Fiquene Barbosa	
A FILOSOFIA HABERMASIANA E O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E DO NASCITURO .....	209
Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Rocha e Thiago Rodrigues-Pereira	
A AUTONOMIA DO INTÉRPRETE À LUZ DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS .....	233
Luiz Felipe Bastos	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O JUSPOSITIVISMO .....	253
Reis Friede	

*Sumário*

---

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EPISTEMOLOGIA DE THOMAS KUHN E A INSERÇÃO DA TECNOLOGIA NO PODER JUDICIÁRIO COMO APORTE PARA DIZER O DIREITO .....283

Simone Souza

A CONVERGÊNCIA DE OPORTUNIDADES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES PARA O SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO.....297

Tháís Marçal e Caio Lopes de Macêdo

---

# APRESENTAÇÃO

---

A Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF lança a presente edição, o Volume 37, mantendo o compromisso de trazer questões atuais e relevantes para o debate jurídico e fomentar o conhecimento.

Os artigos que compõem esta edição exploram os mais diversos assuntos nas áreas do Direito Constitucional, Tributário, Administrativo, Civil e Processual Civil. As produções acadêmicas apresentadas trazem conteúdo alinhado à realidade contemporânea, contribuindo para importantes reflexões sobre os assuntos aqui abordados e para o aprimoramento da prestação jurisdicional. Destacam-se, entre os artigos presentes neste volume, os que abordam a internet e a liberdade de expressão, a prescrição nos casos de violação de direitos autorais na internet e a convergência entre a nova Lei de Licitações e o Marco do Saneamento Básico.

Registro os agradecimentos aos autores dos trabalhos contidos nesta edição, pela valiosa contribuição ao debate jurídico e por propiciar aos nossos leitores contato com trabalhos de alto nível e qualidade.

**Marcus Abraham**

Desembargador Federal  
Diretor-Geral da EMARF



---

# *OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: OS CASOS DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN)*

---

*Albertina Maria Anastácio<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo apresentar uma análise sobre as responsabilidades tributárias dos sócios e administradores em uma sociedade empresária. É cediço que hoje, existem um grande número de execuções fiscais que não conseguiram obter êxitos na satisfação da dívida tributária, seja porque não se consegue alcançar os sócios e os administradores, seja porque o patrimônio aparece como inexistente. Assim, as execuções fiscais ficam com uma aparente banalização e levam à descrença na própria Justiça, com extensão à Fazenda Pública. Nesse condão, torna-se mister alcançar uma compreensão sistêmica e fundamentada de toda a problemática sobre a responsabilização dos sócios e administradores, seja de forma ordinária, quando se tratar de uma gestão regular da sociedade empresária, ou mesmo, irregular, quando muitas vezes, o magistrado precisa desconsiderar a pessoa jurídica para buscar os sócios, devendo esses responder pelas condutas, inclusive, irregulares.

**Palavras-chave:** Obrigação Tributária – Casos de Responsabilidade Tributária – Execução Fiscal – Cooperação da Fazenda Nacional

**TAX OBLIGATION: CASES OF solidary responsibilities IN THE NATIONAL TAX CODE (CTN)**

**Abstract:** The present study aims to present an analysis of the tax responsibilities of

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Assistente de Desembargador Federal do TRF da 2ª. Região.

partners and administrators in a business company. It is well known that today, there are a large number of tax executions that have not been successful in satisfying the tax debt, either because it is not possible to reach the partners and administrators, or because the patrimony appears to be non-existent. Thus, tax executions are apparently trivialized and lead to disbelief in Justice itself, with extension to the Public Finance. In this context, it becomes necessary to achieve a systemic and well-founded understanding of the whole problem regarding the accountability of partners and administrators, either in an ordinary way, when it comes to a regular management of the business company, or even, irregularly, when often, the magistrate needs to disregard the legal entity to seek the partners, who must answer for the conduct, including irregular ones.

**Keywords:** Tax Obligation – Cases of tax responsibility – Tax Execution – National Finance Cooperation.

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo hodierno apresenta, no campo das rela es jurídicas empresariais, uma complexidade maior, ante a amplitude dos conceitos jurídicos na área empresarial. Nessa toada, por exemplo, existem os *holdings*, compostos por grupos de sociedades empresárias, o que se constituem em verdadeiros desafios para os magistrados, servent rios da Justiça, procuradores da Fazenda Pública, dentre outros, quando no exercício de suas fun es judicantes ou administrativas, precisam por exemplo, ir além de uma simula o tributária para alcançar o sócio da sociedade empresária, nos casos de responsabilidade tributária e assim, buscar através da dissimula o tributária, alcançar a incidência tributária.

A presente pesquisa tem por escopo investigar a temática sobre os casos de responsabilidade solidária do Código Tributário Nacional (CTN) e os seus impactos nas esferas judicial e extrajudicial. Para tal, o texto traz   baila, algumas questões atuais sobre a processualística civil, pertinentes   área tributária. Em princípio, há uma tentativa de confrontar o tema segundo a doutrina nacional e a estrangeira. Este texto abarca também pequenos comentários aos dispositivos legais pertinentes ao Título II, do Livro Segundo do CTN, que abrange toda a matéria sobre a obriga o tributária.

Além de tratar das disposi es gerais da obriga o tributária, este ensaio desenvolve os seguintes t picos: fato gerador, sujeito ativo, sujeito passivo, solidariedade, capacidade tributária, domicílio tributário, responsabilidade

tributária (responsabilidade dos sucessores, de terceiros e por infrações) e, por fim, alguns tópicos modernos são trazidos ao diálogo tributário, tais como, a análise econômica do direito tributário; a elisão e a evasão fiscal; o abuso de forma, o abuso de direito e a fraude à lei; a simulação e a dissimulação tributária; a economia legítima do tributo; a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Por fim, o artigo culmina a reflexão, por meio da perspectiva da Fazenda Nacional em seu trabalho administrativo e judicial, no dia a dia, em que o Fisco busca aperfeiçoar o seu trabalho como ente de cooperação com a Justiça Federal, estreitando ainda mais os seus laços, pelo meio do compromisso integrativo com a Justiça brasileira.

Neste ensaio, inexistente pretensão de se dissipar todas as dúvidas, mas tem como meta não só a discussão da temática, como também permitir ao leitor um estudo resumido do direito tributário, quanto à obrigação tributária, levando-o a sopesar sobre alguns pontos controvertidos da matéria.

## 2. O PODER DE TRIBUTAR E AS SUAS LIMITAÇÕES

É cediço que o poder tributante do Estado é decorrente de seu poder de império. Mas, esse monopólio estatal de tributar não é absoluto ou ilimitado, conforme lição de Ricardo Lobo Torres, que pode ser observada adiante:

O monopólio do poder fiscal exercido pelo Estado, com a extinção da fiscalidade periférica da Igreja e da nobreza, não é absoluto ou ilimitado. O poder tributário, pela sua extrema contundência e pela aptidão para destruir a liberdade e a propriedade, surge limitadamente no espaço deixado pela autolimitação da liberdade e pelo consentimento no pacto constitucional. Em outras palavras, o tributo não limita a liberdade nem se autolimita, *senão que pela liberdade é limitado*, tendo em vista que apenas a representação e o consentimento lhe legitimam a imposição (TORRES, 1991, p. 127).

### 2.1. Incidência, Não Incidência, Imunidade e Isenção

Nesse sentido, considerando que o poder tributante apresenta limitações, cumpre analisar algumas vertentes quanto a essas limitações tributantes do Estado.

### 2.1.1. Incidência e Não Incidência Tributárias

A incidência de um tributo pode ser verificada, quando o fato ocorrido se enquadra no modelo previsto, abstratamente, pela lei, qual seja, na hipótese de incidência do tributo legalmente definida. Se o fato ocorrer fora desse campo, a hipótese será de não incidência, pelo que se depreende no Gráfico 1, adiante:

Gráfico 1: Incidência e Não Incidência Tributárias



Fonte: Elaboração própria.

### 2.1.2. Imunidade

A imunidade é de origem constitucional. O contribuinte não paga o tributo porque assim está determinado na Carta *Magna*. Ou suprime o fato gerador – comércio de livros, jornais etc-, ou remove o sujeito passivo da área da incidência. As instituições de educação ou assistência social não podem ser sujeitos passivos de impostos. Em outras palavras, a imunidade caracteriza a não incidência determinada pela Constituição da República, conforme se pode denotar no Gráfico 2, a seguir:

Gráfico 2: Imunidade



Fonte: Elaboração própria.

É mister salientar que a imunidade é concernente a competência, enquanto que a isenção atua no plano da incidência, conforme se pode verificar, a seguir.

### 2.1.3. Isenção

A isenção resulta de lei federal, estadual ou municipal. Os órgãos juriferantes (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) têm as funções de legislar, fazer política e fiscalizar o Executivo (função tríplice), dentro de sua competência definida na Constituição da República. Diz-se função juriferante, por ter uma amplitude em sua extensão, à medida que não será apenas uma função legiferante, mas será uma lei que irá dizer um direito, ainda que em tese.

Isentar alguém de um determinado tributo é dispensá-lo da obrigação tributária. O contribuinte é afastado por lei da hipótese de incidência. Há incidência, ocorre o fato gerador, mas o legislador determina a inexistência do débito tributário, consoante exposição gráfica adiante:

Gráfico 3: Isenção Tributária



Fonte: Elaboração própria.

Pode ser observada que a isenção de um tributo está prevista numa lei que excepciona uma determinada situação fática do campo de incidência. Neste caso, há incidência do tributo, a lei o excepciona, na forma de isenção.

Braghetta (2020) leciona sobre essa relação tributária do Estado, entre o poder de tributar e o poder de isentar, conforme texto infratranscrito:

Em Direito Tributário podemos encontrar aqui a rela o entre o poder de tributar e o poder de isentar: aquele com capacidade para exigir o conteúdo de espécies tributárias tem o condão de, vislumbrando condi es necessárias, promover a isen o (BRAGHETTA, 2020, p. 100).

Rubens Gomes de Sousa (1954) já lembrava que isentar   "dispensar o pagamento de um tributo devido" (SOUSA, 1954, p. 75). Dessa feita, existe uma lei que tributa um fato, determinando, assim, o fato gerador do tributo e existe outra lei que excepciona uma situa o fática de sua tributa o.

### 3. OBRIGA O TRIBUTÁRIA

A defini o de obriga o tributária   distinta em alguns países. Segundo alguns dos maiores mestres jurídicos, como Berliri, La Garza, dentre outros, a obriga o tributária   aquela que no direito tributário brasileiro   chamada de principal; eles não consideram a obriga o tributária acessória como tal.

La Garza (2008) afirma que a obriga o tributária   uma obriga o *ex lege*, pois seu pressuposto   um fato previsto dentro da norma jurídica. Esse autor classifica a obriga o em três tipos: as obriga es voluntárias oriundas da vontade do sujeito em produzi-las; as obriga es legais ou *ex lege* (como o nome diz, resultadas de força de lei); e, por último, as obriga es meramente legais, que são aquelas não associadas a nenhum fato jurídico específico. Como lembra o próprio autor, estas últimas não existem no direito tributário mexicano (LA GARZA, 2008).

Os doutrinadores brasileiros não discutem sobre a teoria da unicidade da obriga o tributária, uma vez que esta teoria descarta a legisla o tributária nacional.

Uma das mais perfeitas defini es brasileiras de obriga o nos   revelada por Rubens Gomes de Sousa (1954):

  o poder jurídico por força do qual uma pessoa (sujeito ativo) pode exigir de outra (sujeito passivo) uma presta o positiva ou negativa (objeto da obriga o), em virtude de uma circunstância reconhecida pelo direito como produzindo aquele efeito (causa da obriga o) (Ibid, p. 47).

O Código Tributário Nacional (CTN), no bojo da reda o do caput do art. 113, determina que a obriga o tributária pode ser principal ou acessória. A principal seria o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, que nasce com

a ocorrência do fato gerador e extingue-se juntamente com o crédito tributário. Por sua vez, a acessória consiste em prestações positivas ou negativas, previstas na legislação que a cria, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Mas a acessória, não sendo cumprida, converte-se em principal quanto a pena pecuniária, que a sanciona, consoante redação do §3º, do art. 113, do CTN.

#### 4. FATO GERADOR

No direito tributário brasileiro, a expressão usada é “fato gerador”, que é a mesma na França (“fait générateur”). Para os alemães, o termo é “steuertatbestand” (suporte fático), exceto para Glumensteins, que o designa como “steurobejekt” (objeto do imposto). Os italianos denominam como “fattiespecie tributaria” (situação de base ou pressuposto de fato).

Gaston Jèze, jurista francês, é um dos percussores sobre a terminologia de “fato gerador”, na doutrina nacional, a partir de seu estudo sobre o fato gerador do imposto e sobre o tema, esclarece que o fato gerador tem um papel central: “Para a criação do crédito de tal importância, a título de *tal* imposto, contra *tal* contribuinte, o fato gerador do imposto ocupa o lugar central”. (JÈZE, 1945, p. 51). Nesse seguimento, Jèze apregoa o seguinte conceito para fato gerador:

“[...] é a reunião, em um indivíduo determinado, de todas as condições enumeradas pela lei orgânica desse imposto para que os agentes do lançamento exerçam sua competência (obrigatória) de decidir que esse indivíduo é devedor, perante o fisco, de tal importância em dinheiro, a título de tal imposto. Em consequência, para cada indivíduo, o *fato gerador* do imposto a que está ele sujeito precede à criação da dívida desse imposto em benefício do fisco contra aquele indivíduo” (Ibid, p. 52).

Nesse prisma, Jèze apresenta a sua crítica severa à terminologia de “fato gerador”, consoantes palavras infracitadas:

[...] se pode criticar a expressão *fato gerador do imposto*. Ela deixa crer que o indivíduo se tornou, *ipso facto*, devedor do imposto, que ele tenha sido colocado de *pleno direito* na situação jurídica *individual* de devedor. Seria isso um erro. O indivíduo preencheu, apenas, *todas* as condições exigidas pela lei para que a administração possa considerá-lo devedor de *tal* quantia a título de *tal* imposto, criar para *tal* pessoa a situação jurídica *individual* de devedor de *tal* quantia.

O *fato gerador* do imposto não criou, pois, a dívida individual de tal imposto, como parece indicá-lo o termo *gerador*.

A expressão é, além disso, incorreta, porque faz supor que há um único fato gerador do imposto. Praticamente, muitíssimas vezes, há um *conjunto* de fatos, e é a *reunião* deles que constitui o fato gerador do imposto.

É uma das críticas mais graves que se poderia formular contra os estudos doutrinários e as decisões da justiça. Ai se chama fato gerador do imposto a um único fato, aquele que o autor ou o tribunal considera como condição *principal* (não porém única) para que uma dívida individual de imposto possa ser criada a cargo de uma pessoa.

Na esteira desse pensamento, deve ser ressaltado que, malgrado diversos tributaristas nacionais, adotarem a expressão “fato gerador”, em suas variadas obras (Amilcar de Araújo Falcão, Rubens Gomes de Sousa, Ruy Barbosa Nogueira, Gilberto de Ilchoa Canto, Antônio Roberto Sampaio Dória, José Geraldo Ataliba e outros), a doutrina brasileira apresenta diversas críticas à expressão “fato gerador”.

Alfredo Augusto Becker (2018) afirma que “o “fato gerador” nada gera, a não ser confusão intelectual” (BECKER, 2018, p. 288). E esse autor propõe “hipótese de incidência” para designar a discussão legal e “hipótese de incidência realizada”, para o acontecimento concreto. (BECKER, 2018).

#### 4.1. Conceito de Fato Gerador

Segundo Falcão (1994), “fato gerador” é o “fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado” (FALCÃO, 1994, p. 2).

É mister que o fato gerador resulte de previsão legal, constituindo um fato e não um ato negocial ou um negócio jurídico para o direito tributário e represente o pressuposto de fato para o nascimento da obrigação tributária principal. Sem essa previsão ou definição em lei, não haverá fato gerador; e sim, um fato da vida comum, ou um fato econômico, ou mesmo um fato relevante para outros ramos do direito, pois será um fato irrelevante para o direito tributário.

Em sua essência, o fato gerador é um fato econômico ao qual o direito concede um realce jurídico. O fato gerador tem a natureza de um fato jurídico,

ou melhor, de um fato econômico juridicamente relevante, devendo, por isso mesmo, assim ser interpretado.

Falcão (1994) confirma esta perspectiva doutrinária quando se refere ao fato gerador: “trata-se de um ato jurídico de acentuada e prioritária consistência econômica.” (Ibid, p. 48).

Conforme esclarecimentos anteriores, quando ocorre o fato gerador, diz-se que houve a incidência do tributo. Não ocorrendo o mesmo, não houve incidência tributária, considerando que a relação tributária não foi estabelecida; o que gera o campo da não incidência. A obrigação tributária surge com o fato gerador; e não com o lançamento, que se refere à exigibilidade do pagamento do tributo.

Por oportuno, cumpre explicitar, através da Tabela 1, a composição do fato gerador, de acordo com alguns juristas brasileiros, a seguir:

Tabela 1: Composição do Fato Gerador

JURISTAS	FATO GERADOR
Ruy Barbosa Nogueira	O fato gerador do tributo é composto pelo elemento objetivo (situação descrita em lei) e pelos aspectos subjetivo (sujeitos ativo e passivo), espacial (lugar); temporal (momento) e quantitativo (base de cálculo e alíquota).
Geraldo Ataliba	A hipótese de incidência tributária é pelos aspectos material (descrição de um fato gerador e da sua base impositiva), pessoal (sujeitos ativo e passivo), temporal e espacial, provocando a incidência do mandamento legal de se pagar o tributo (alíquota, como elemento de quantificação da obrigação tributária).
Paulo Barros de Carvalho	A regra-matriz de incidência tributária é composta por um antecedente – informado pelos critérios material, espacial e temporal – e por um conseqüente normativo – informado por critérios pessoal e quantitativo.

Fonte: Elaboração própria. Adaptação de Brazuna, 2021, p. 166.

## 4.2. Classificação do Fato Gerador

O fato gerador pode ser um fato simples ou um fato complexo. No primeiro caso, é um fato isolado e único; já no segundo, ocorre um conjunto de fatos.

O segundo critério para se determinar o efeito do fato gerador sobre a obrigação tributária é o da ocorrência do tempo, podendo ser instantâneo ou complexo.

O fato gerador é instantâneo quando ocorre num determinado tempo e cada vez que aparece dá lugar a uma relação obrigacional tributária autônoma, como por exemplo, o imposto de importação (à cada entrada de produto estrangeiro no território nacional corresponde ao aparecimento de uma obrigação tributária).

Complexivo ou periódico (*fattispecie continuative*), segundo Vanoni, é aquele que se apresenta no decorrer de um lapso de tempo. Neste caso, como o fato gerador ocorre depois do decurso de certo lapso de tempo, a legislação que se aplica, em regra, é a vigente ao tempo em que se completou o fato gerador, pouco importando que diversa tenha sido a legislação vigente durante o período determinado, como ocorre com o imposto de renda, no regime de declaração, pois só se considera devido após o ano ou o período-base.

Quanto à causalidade jurídica, o fato gerador pode ser típico ou complementar/acessório. O típico (*fattispecie típica*) é aquele que é o pressuposto para o surgimento da obrigação tributária. Acontece que tal efeito se modificará devido a fatores externos, ou melhor dizendo, devido à presença de outro fato auxiliar, também chamado de *fatto agiuntivo*. Isto acontece, por exemplo, no caso do destino de bens em matéria de imposto de importação. O fato gerador complementar ou acessório, por si só, não gera a obrigação tributária, sendo necessário para tanto a existência do fato gerador típico. Cumpre esclarecer que a especialização do efeito jurídico, como por exemplo, a isenção tributária, depende de tal fato gerador, complementar ou acessório.

Quanto ao fato gerador, além do princípio da legalidade, é mister observar a sua economicidade, portanto a respectiva capacidade contributiva do sujeito passivo, conforme dispõe a Constituição da República, em seu § 1º, do art. 145, como também afirmar que o efeito jurídico do fato gerador é o nascimento da obrigação tributária. Mas, considera-se também como causa jurídica desta, a determinação no tempo, ou seja, a data do nascimento da obrigação fiscal. Na prática, isto acontece pela subordinação à lei tributária vigente nessa data, não

retroagindo, salvo disposição expressa, às leis que posteriores à mesma majorem ou reduzam o *quantum debeatur* ou alíquota do tributo.

O art. 116, do CTN declara que ocorre o fato gerador sempre que for definido como situação jurídica, no instante que esta se encontrar constituída. Por sua vez, o art. 117, do mesmo Diploma legal, concede a solução para a condição suspensiva e para a resolutiva aos casos de atos e negócios sujeitos a cláusulas condicionais. O CTN só considera consumado o fato, no momento em que se observa o esperado evento previsto, porém incerto – a condição suspensiva.

Todavia, na cláusula resolutiva, o negócio está perfeito e acabado desde a ocasião estabelecida pelas partes e permanece válido enquanto a condição estiver pendente, ou seja, um acontecimento incerto, mas possível e previsto.

Para o direito tributário, a cláusula resolutória é irrelevante, pois não importa para o Fisco, a pendência do fato, nem o proíbe de arrecadar o tributo estabelecido pelo ato jurídico ou pelo negócio em que aquela condição foi inserida.

Pelo art. 118, do CTN, fica esclarecido que a obrigação tributária independe da validade ou invalidade jurídica. O fato gerador ocorre e não desaparece mesmo que o ato jurídico seja nulo ou anulável, nem mesmo, concede ao contribuinte, o direito de requerer a repetição do tributo, com fundamento na nulidade ou anulabilidade do ato jurídico.

## 5. SUJEITO ATIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Sujeito ativo é a entidade tributante e, segundo o art. 119, do CTN, o titular dessa competência é a pessoa jurídica de direito público. Nessa linha de raciocínio, Ataliba (1992) apregoa o seguinte ensinamento:

Se os tributos vinculados têm por hipótese de incidência uma atuação estatal, a pessoa que exerça essa atuação (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, Sociedades Mistas e empresas Públicas) será seu titular – e, sem consequência, sujeito ativo (ATALIBA, 1992, p. 76).

No art. 120, o CTN regula a situação fiscal transitória de cada pessoa de direito público, inaugurada enquanto não é elaborada e entre em vigor a referida legislação tributária. Será sub-rogada nos direitos da outra até que a sua vigore.

## 6. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

O CTN diferencia o sujeito passivo da obrigação principal do sujeito passivo da obrigação acessória. De acordo com o art. 121, o primeiro é aquele obrigado a pagar tributo ou pena pecuniária, seja este contribuinte ou responsável. O contribuinte tem relação direta com o fato gerador (ex.: o importador e o exportador de mercadorias). E o responsável é escolhido pela lei, passando a ser envolvido na obrigação, embora não sendo o contribuinte.

Paulo de Barros Carvalho apregoa o seguinte conceito para sujeito passivo:

Sujeito passivo da relação jurídica tributária é a pessoa – sujeita de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insusceptível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais. Este elemento do vínculo ganha foros de determinação, igualmente com o procedimento subsuntivo que a ocorrência do fato propicia. (CARVALHO, 2021, p. 207).

Braghetta (2020) ressalta a característica do sujeito passivo da obrigação tributária, em ser mais fraco na relação jurídica tributária, a saber:

Se tenho dentro da relação jurídica tributária, de um lado sujeito ativo, de outro sujeito passivo, fundamentalmente, em situação mais fraca na relação, já que as questões são previamente impostas para que num momento posterior, já analisada a imposição, pretender questioná-la de forma a conseguir decisão administrativa ou judicial capaz de reverter algo em que foi persistentemente investigado o patrimônio do contribuinte, *latu sensu* (Ibid, p. 103).

Funucchi (1966) apresenta a dicotomia da sujeição passiva: direta e indireta, *in verbis*:

O sujeito passivo será contribuinte quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador” (inciso I, do § único, do art. 121, do CTN). Existe, neste caso, uma sujeição passiva direta. Diz-se que o sujeito passivo é “responsável quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Esta é uma sujeição passiva indireta (FANUCCHI, 1966, p. 245).

### **6.1. Sujeição Passiva Direta: O Contribuinte**

O contribuinte é considerado o sujeito passivo direto da obrigação tributária, em virtude de realizar o verbo do fato gerador, sendo analisada a sua capacidade contributiva, bem como, as possíveis isenções tributárias, que possa a ter direito.

### **6.2. Sujeição Passiva Indireta**

A sujeição passiva indireta poderá ser (i) o responsável solidário. (ii) o responsável por sucessão; (iii) o responsável por terceiro, como também, (iv) o substituto tributário.

#### **6.2.1. Responsável Solidário**

O responsável solidário irá participar da obrigação tributária, ao lado do contribuinte originário.

#### **6.2.2. Responsável por Sucessão**

Por seu turno, o responsável por sucessão irá substituir o contribuinte originário, na forma dos arts. 130, 131, 132, e 133, do CTN.

#### **6.2.3. Responsável por Terceiros**

O responsável por terceiros poderá ser o responsável subsidiário ao contribuinte ou de forma exclusiva.

#### **6.2.4. Substituto Tributário**

Nessa hipótese, o substituto tributário irá assumir a posição do contribuinte na relação jurídica tributária, excluindo, por consequência, o contribuição dessa relação processual.

### **6.2.5. Responsável dos sócios da Sociedade Empresária**

Nas hipóteses em que ficar comprovado que os sócios agiram, de forma irregular, com excesso de mandato ou não for possível executar o patrimônio da empresa, ou por já estar comprometido com outras dívidas ou for inferior à dívida total da Fazenda Pública, os sócios-administradores irão responder pelas obrigações assumidas, podendo ser redirecionada a execução fiscal para os mesmos.

## **7. CAPACIDADE TRIBUTÁRIA**

Em consonância com o direito tributário, a capacidade tributária não acompanha a capacidade civil para assumir direitos e obrigações, pois é irrelevante para o Fisco, se o contribuinte é capaz ou não para os atos da vida civil..

Para o direito tributário, só importa o aspecto econômico, sendo irrelevante a capacidade civil do sujeito passivo, conforme art. 126 do CTN. O Fisco tributa rendas provenientes de atividades ilícitas, como o jogo do bicho, a prostituição etc, não se verificando a procedência da renda ou se importando se o contribuinte é menor, louco e o que mais se ofereça. Ocorrido o fato gerador, ninguém se escusa da obrigação tributária. Se um cirurgião-dentista clinicou, mesmo estando impossibilitado de fazê-lo, estando sujeito a pena de interdição pelo Conselho Regional de Odontologia, pagará os impostos de renda ou pela prestação de serviço, pois ao Fisco não importa a capacidade civil do contribuinte e sim, o aspecto econômico.

No que tange às pessoas jurídicas, é irrelevante para a Fazenda Pública, se a empresa está regular ou não, para fins de capacidade tributária.

## **8. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO**

Domicílio é o lugar onde a pessoa fixa sua residência com ânimo definitivo ou tem o seu centro de atividades ou sede delas ou seu estabelecimento. O CTN, em seu art. 127 trata da matéria, admitindo que o contribuinte ou responsável possa escolher o seu domicílio fiscal. Contudo, se não houver eleição do mesmo, a referida lei nacional estabelece as regras aplicáveis, a fim de solucionar tal omissão.

Com isso, observa-se a possibilidade das pessoas jurídicas ou firmas individuais possuírem a pluralidade de domicílios tributários, bastando que possuam mais de um estabelecimento. Porém, esta regra não é rígida, pois até mesmo para a pessoa física a lei nacional permite que, perante um mesmo sujeito ativo, possa ter um domicílio tributário, quanto a um determinado tributo, o que não acontece com relação a outro, podendo até possuir diversos outros domicílios tributários, face a este outro tributo. Há independência de um em relação aos demais, haja vista que são tributos distintos.

O domicílio tributário será a residência habitual da pessoa natural e se a mesma for incerta ou desconhecida, será o centro habitual de suas atividades. Para as pessoas jurídicas, considerar-se-á, o lugar de sua sede ou, em relação aos atos ou fatos geradores da obrigação tributária, o de cada estabelecimento da empresa.

Quando não couber a aplicação das regras do artigo tributário da lei federal, em comento, será considerado domicílio, o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos geradores da obrigação.

A mesma lei federal reserva o direito da autoridade administrativa recusar o domicílio indicado pelo obrigado que, voluntariamente ou não, signifique impossibilidade, dificuldade ou protelação dos atos tributários de arrecadação e fiscalização. Mas para isso, o tal ato administrativo da autoridade fiscal precisa ser fundamentado.

## 9. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

O art. 128, do CTN atribui à terceira pessoa a responsabilidade pelo crédito tributário. De acordo com Henrique Mello (2020), trata-se de importantes limites e não exatamente um rol, conforme palavras, *in verbis*:

Não se trata, no entanto, de simples abertura do rol, mas sobretudo, de importantes limites. Eventual nova hipótese de responsabilidade tributária: i) deve ser atribuída por lei; ii) deve estar expressamente prevista nessa lei; iii) deve prever sujeito passivo vinculado à prática do fato jurídico tributário; iv) pode ser pessoal e exclusiva do responsável; v) pode ser subsidiária (“supletiva”) para aquele que pratica o fato jurídico tributário (MELLO, 2020, p. 165).

Desde que não tenha relação pessoal e direta com o fato gerador e seja determinado por lei, pois não se trata de contribuinte, qualquer um poderá ser esta terceira pessoa. Deve ser ressaltada, a existência de uma “brecha” para várias especulações, pois a Constituição da República não determina o sujeito passivo das exações, cuja competência legislativa pertença às pessoas políticas.

Nessa linha de entendimento, verifica-se que, para cada tributo, a autoridade legislativa escolhe um sujeito que tenha relação direta e pessoal com o fato gerador, para ser o contribuinte do referido tributo. Ocorre que há outras pessoas que, de forma indireta, participaram do fato descrito. Entre elas, o legislador irá optar, em ordem, para ser então o responsável pelo crédito tributário, junto à Fazenda Pública. Eis aí o responsável trazido à relação tributária, embora ligado ao acontecimento de forma superficial, indireta.

Pode-se, assim, afirmar que o contribuinte surge com a realização do fato gerador e o responsável com a ocorrência do pressuposto previsto na lei. Há momentos, porém, que o legislador vai à procura de uma pessoa totalmente estranha ao fato gerador para fazer dele o responsável. Mas a obrigação tributária só se estabelece quando o sujeito passivo se integrar com o fato gerador, direta ou indiretamente.

Baleeiro (1993) assinala o que ele chamou de “confusão grosseira”, quanto à temática, adiante:

Confusão grosseira entre contribuinte e responsável ocorreu no Decreto-lei 401/1968: batizou de contribuinte o devedor dos juros quando os remete ao credor deles no estrangeiro. O mutuário, ao remete os juros, fez uma despesa ao invés de auferir uma disponibilidade. Poderia ser considerado responsável, jamais contribuinte. (Vide debate no R. E. 71.708, RTJ, 66/140. (BALEEIRO, 1993, p. 423)

## **9.1. Classificação da Responsabilidade Tributária**

A responsabilidade tributária apresenta uma classificação tetrapartida, consoante gráfico 4, a seguir:

Gráfico 4: Classificação da Responsabilidade Tributária



Fonte: Elaboração própria. Adaptação de ABRAHAM, 2022, pp. 220-221.

### 9.1.1. Responsabilidade por Solidariedade

O art. 264, do Código Civil/2002 estabelece que: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

No direito tributário, a solidariedade é sempre passiva e resulta de lei, pois não pode nascer da vontade das partes, nem ser presumida. Então, afirma-se que em todo caso que existir uma pluralidade de sujeitos passivos e uma só obrigação, estará configurada a solidariedade. No campo tributário, quando essa hipótese ocorrer, a regra geral será a solidariedade passiva tributária, diversamente do direito privado, salvo disposição de lei em contrário. Deve ser salientado, ainda, que existe uma presunção de solidariedade no direito tributário. Desse modo, mesmo que a lei não disponha expressamente, toda dívida que envolva mais de uma pessoa, será solidária.

Carvalho (2021), quanto a esse tema, apregoa os seguintes ensinamentos:

Em estreita síntese, quero deixar consignado que solidariedade mesmo haverá, tão somente, na circunstância de existir uma, e somente uma, relação obrigacional, em que dois ou mais sujeitos de direito se encontrem jungidos a satisfazer a integridade da prestação tributária. Ali, onde nos depararmos com duas relações, entretecidas por preceitos de lei, para se obter a segurança do adimplemento prestacional de uma delas, não teremos, a bem do rigor jurídico, o laço de solidariedade que prende os sujeitos passivos” (Ibid, p. 213).

Diz o parágrafo único, do art. 124, do CTN, que “a solidariedade não comporta benefício de ordem”, ou seja, da mesma forma que ocorre no Código Civil brasileiro, não existe benefício de ordem. Assim, pode-se cobrar de qualquer um dos coobrigados ou de todos, o cumprimento de determinada obrigação tributária. O poder tributante do Estado pode escolher o devedor que lhe convenha, mas estão impedidos os devedores indicados no art. 124, do CTN, de exigir que o credor venha realizar a cobrança tributária, primeiro deste ou daquele devedor.

Mello (2020), por sua vez, reforça a redação do art. 125, do CTN e esclarece que nos casos de solidariedade passiva, seja a extinção do crédito tributário ou até mesmo as interrupções do prazo prescricional de um dos devedores solidários, a todos os demais se aproveitam, como pode ser observado adiante:

Contribuintes em situação de solidariedade são, todos ao mesmo tempo, obrigados a adimplir seus débitos tributários, sendo certo que a extinção do crédito tributário obtida por qualquer um deles aproveitará aos demais, assim como as interrupções do prazo de prescrição.

Possuem, todos eles, portanto, o dever de adimplir a obrigação principal via pagamento de débito próprio. Débito titularizado por vários contribuintes, todos eles sujeitos a agressão patrimonial (Ibid, p. 162).

O CTN não explicita em que casos se manifesta o interesse comum, nem mesmo diz qual é a sua consistência. Por analogia, seriam todos os que de uma forma ou outra são envolvidos na constituição do fato gerador. Acontece que a lei, baseada no poder de império do Estado, pode estender a solidariedade a terceiros, mesmo que estes não tenham interesse comum.

O débito tributário pode ser fracionado. Com isso, se houver isenção ou remissão para um ou alguns dos devedores, automaticamente só restará para

os demais sujeitos passivo, o saldo apenas, ao invés da obrigação por inteiro. A isenção ou remissão não é geral, haja vista que possui caráter pessoal. Contudo, o resto do crédito tributário precisa ser extinto, neste caso, pelo seu pagamento; não importando para os demais devedores solidários, as parcelas isentas ou remissas, podendo, como já foi esclarecido, anteriormente, o respectivo saldo devedor ser cobrado de *qualquer um* dos outros devedores ou de todos os não isentos e não remissos conjuntamente, ficando a decisão à escolha do Fisco.

Uma outra pessoa, ligada ao fato gerador da obrigação tributária, pode ser responsabilizada, por lei (e só por lei), a efetuar o pagamento de determinado tributo, no lugar do contribuinte, que é excluído, ou então o responsável age de forma supletiva ao cumprimento total ou parcial da obrigação tributária. Vale dizer: "A" é o contribuinte de determinado tributo e a lei determina que "B" seja o responsável pelo pagamento do tributo. Se "A" não fizer o recolhimento do tributo, ao Fisco, ou se o fizer apenas quanto a uma parte do mesmo, "B" será convocado a efetuar o referido pagamento, a fim de se extinguir o crédito tributário.

A diferença da substituição de responsabilidade está na caracterização do sujeito passivo, pois na substituição o sujeito passivo é direto, haja vista que a lei elege um outro contribuinte em substituição ao primeiro (e não um responsável), enquanto que na responsabilidade, o eleito por lei é um sujeito passivo indireto, ou seja, um responsável (e não um contribuinte). Obviamente, esta transferência de responsabilidade ou até mesmo a substituição não diz respeito a quem seja imune ou isento do tributo.

### 9.1.2. Responsabilidade por Sucessão

De acordo com o CTN, a responsabilidade por sucessão aplica-se à data dos atos nela referidos, quanto aos que estejam em curso ou aqueles que porventura apareçam no futuro, desde que relativos a obrigações surgidas até aquela data. Nesse prisma, o fato gerador da obrigação tributária precisa ter ocorrido até a data da referida sucessão, para ter validade.

Então, a responsabilidade de terceiros por sucessão do contribuinte tanto pode ocorrer quanto às obrigações tributárias pré-existentes, quanto àquelas a surgir posteriormente, desde que o fato gerador da respectiva obrigação tributária preencha o requisito já mencionado.

Quanto à responsabilidade dos adquirentes de imóveis, o CTN, em seu art. 130, que o sujeito passivo em substituição ao anterior, torna-se o novo proprietário, foreiro ou posseiro. Ou seja, o adquirente se responsabiliza pelas quitações tributárias relativas ao imóvel alienado, devidas ao Fisco, pelo alienante.

Conforme determina o parágrafo único do mesmo artigo, o arrematante escapa sempre que a transmissão do imóvel ocorrer por venda em hasta pública, pois a sub-rogação ocorre entre o preço depositado, passando o bem livre ao domínio do arrematante.

O art. 131, do CTN arrola todos os casos expressos de responsabilidade pessoal. No inciso I, este artigo estende a quaisquer bens adquiridos ou remidos, a regra que o art. 130 regulou somente com relação aos imóveis.

O inciso II, do art. 130, do CTN estabelece que o sucessor – herdeiro ou legatário - e o cônjuge meeiro são responsáveis pelos tributos devidos pelo *de cujos*, dívida essa que vigora até a data da partilha ou adjudicação, até o limite do quinhão do legado ou da meação. Da mesma forma, determina o inciso III, do mesmo artigo tributário, que há responsabilidade pelo espólio, mas não apenas quanto aos tributos já vencidos, como aqueles que vierem a vencer até a partilha, que o encerra, incluindo também aqueles do *de cujos*, antes da abertura da sucessão.

O dispositivo legal do art. 132, do CTN abrange as modificações jurídicas das empresas antigas que desaparecem juridicamente enraizadas em uma outra, nova. Se houver encampamento, pela empresa controladora, das instalações, fábricas e estabelecimentos, porém conservando a personalidade jurídica da sociedade controlada, fica evidente a absorção da sociedade controlada.

O mesmo artigo abarca, também, os casos em que desaparece a personalidade jurídica das empresas formadoras, como por exemplo, a transformação de uma sociedade, em nome coletivo ou por quotas de responsabilidade, em uma sociedade anônima. A continuação da atividade da empresa extinta responderá o ativo ou o cabedal por todas as suas obrigações tributárias, junto à Fazenda Pública.

É o que se observa também no parágrafo único, do mesmo artigo. A regra legal objetiva somente a segurança na Fazenda Pública, quanto à arrecadação da receita tributária. Por isso é que há uma extensão, observando o patrimônio até de terceiro, recém-transferido.

A lei tributária, então, cria duas espécies de responsabilidade de sucessores: uma exclusiva ou integral, quando o sucedido cessar a atividade econômica que exercia, e outra subsidiária, oposta à primeira, prosseguindo o alienante na exploração, ou se dentro de 6 (seis) meses iniciar outra atividade econômica, no ramo ou não do negócio. Dessa feita, a Fazenda Pública cobrará diretamente os débitos anteriores à alienação ao adquirente, de forma integral, na primeira hipótese, e o fará de forma subsidiária no segundo caso. Mas a cobrança é feita ao alienante, podendo o Fisco cobrar os débitos fiscais do adquirente quando o outro for insolvente, ou tornar-se totalmente impraticável a referida cobrança. É mister consignar que, aparentemente, não é esta a intenção do alienado, o alienante poderá ser chamado administrativa ou juridicamente, respondendo, mesmo sem exercer nenhuma atividade, por todo o montante devido ao Erário.

### 9.1.3. Responsabilidade por Transferência para Terceiros

A transferência tributária se manifesta de três formas: por solidariedade, por sucessão e por responsabilidade.

Existe, portanto, o contribuinte de direito (“solvens”) e o contribuinte de fato. O primeiro diz respeito à pessoa, diretamente, obrigada ao pagamento do tributo, pela incidência do fato gerador.

O segundo refere-se à pessoa sobre quem recai o tributo, é quem vai efetivamente realizar o pagamento do tributo. No caso do ICMS, por exemplo, o contribuinte de direito é o comerciante que realiza o fato gerador, promovendo a saída da mercadoria e seu estabelecimento e o contribuinte de fato é o comprador ou consumidor final do referido bem, sobre quem, na realidade, recai o pagamento do tributo.

Torres (1993) acentua a responsabilidade tributária, pela participação indireta da ocorrência do fato gerador, *in verbis*:

(...) responsável è a pessoa que, não participando diretamente da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, embora a ela esteja vinculada, realiza o pressuposto legal da própria responsabilidade, ou o seu fato gerador (“haftungstatbestand”) (TORRES, 1993, p. 211).

O art. 134, do CTN responsabiliza solidariamente com o contribuinte várias categorias de pessoas. Há responsabilidade solidária dos pais, tutores e curadores por seus filhos, tutelados e curatelados, respectivamente; dos sócios, no caso de liquida o de sociedades de pessoas; e quanto aos demais citados pelo dispositivo legal referem-se somente a tributos oriundos de atos realizados em razão do ofício. Este pagamento tributário incluir  não somente o tributo propriamente dito, mas também juros de mora e multa, nos casos de atraso no cumprimento da referida obriga o tributária.

A reda o do art. 135, do CTN disciplina a responsabilidade tributária, no que tange ao excesso de poderes ou infra o contratual. Nesse grupo, estão includidos também, além das pessoas enumeradas no art. 134, os mandat rios, prepostos e empregados, assim como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. E o que mais importa   que neste artigo estas pessoas tornam-se responsáveis no lugar do contribuinte (responsabilidade por substitui o), enquanto que no artigo anterior há apenas solidariedade.

#### **9.1.4. Responsabilidade por Substitui o**

A responsabilidade tributária por substitui o, consoantes comentários anteriores ocorre quando a própria lei tributária substitui o sujeito passivo direto por outro indireto, passando este a ser o único devedor, assumindo o polo negativo da obriga o tributária. Por seu turno, a transferência ocorre quando a própria legisla o tributária designa como sujeito passivo outra pessoa, por transferência, haja vista que recebeu vantagem econômica com a realiza o do ato ou negócio.

Carvalho (2021) leciona sobre a amplitude do papel do substituto tributário, que alcança inclusive a via administrativa, conforme texto infracitado:

[...] Enquanto nas outras hipóteses permanece a responsabilidade supletiva do contribuinte, aqui o substituto absorve totalmente o *debitum*, assumindo, na plenitude, os deveres de sujeito passivo, quer os pertinentes   presta o patrimonial, quer os que dizem respeito aos expedientes de caráter instrumental, que a lei costuma chamar de "obriga es acessórias". Paralelamente, os direitos porventura advindos do nascimento da obriga o ingressam no patrimônio jurídico do substituto, que poderá defender suas prerrogativas, administrativa

ou judicialmente, formulando impugnações ou recursos, bem como deduzindo suas pretensões em juízo para, sobre elas, obter a prestação jurisdicional do Estado. (Ibid, p. 217)

#### **9.1.5. Responsabilidade por Infrações**

A responsabilidade por infrações independe da intenção do agente ou do responsável, o que difere no direito penal. O art. 136, do CTN regula essa matéria e em suas expressões finais determina que, para o Fisco, os efeitos ou não do ato praticado em pequeno grau são os mesmos da infração consumada, tendo em vista a ocorrência do pressuposto fático legal. Porém, fundado na equidade (inciso IV, do art. 108, do CTN), os Tribunais, inclusive o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) têm anulado multas, ao observar a notoriedade da boa-fé do contribuinte. Precedentes.

O art. 137, do Diploma Legal, em comento determina os casos em que a responsabilidade do agente é pessoal. É mister consignar que diante do abuso do mandato, o agente não se responsabiliza só pelo crédito tributário, mas também pelas infrações que venha a cometer, com dolo específico e que se enquadrem como crimes ou contravenções penais (inciso I).

Todavia, se o devedor deixa de pagar o tributo ao Fisco, ficando comprovado o dolo específico (intuito de fraude), incidirá também, além do crédito tributário, uma multa específica, de caráter moratório, embora a mesma só se aplique ao agente, não sendo estendida para o seu substituto legal (inciso II).

Inversamente, ocorre, em conformidade com o inciso III, do mesmo artigo, quando acontecer abuso, com dolo específico, em prejuízo aos representados, o contribuinte do tributo não sofrerá nenhuma ação da Fazenda Pública, que agirá contra o responsável do mesmo; o que denota justiça.

Por seu turno, a redação ínsita no art. 138, do CTN regula a exclusão da responsabilidade pela denúncia espontânea. Para tanto, é necessário que o contribuinte ou responsável denuncie espontaneamente a infração, como também, se for o caso, efetue o pagamento do crédito tributário, conforme determina o mesmo artigo. Mas para que ocorra a referida exclusão, é necessário que a autodenúncia se realize anteriormente a qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização fazendária, na forma do parágrafo único, do mesmo art. 138, do CTN.

## **10. INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO**

No início do século XX, com o desenvolvimento do direito tributário na Alemanha, surgiu a teoria da considera o econômica da norma tributária. Com o fim da 1<sup>a</sup>. Grande Guerra era preciso na Alemanha, buscar por “portas de saída” para a crise econômica. Assim, o Código Tributário alemão de 1919 adotou essa teoria, tendo o jurista alemão Enno Becker elaborado o seu anteprojeto.

Os juristas discutem a aplicabilidade da considera o econômica do direito tributário, por se tratar de área de direito público e os institutos, conceitos e formas da economia, a serem utilizados por essa teoria, são pertinentes ao direito privado.

Heinrich Beisse defendeu, na Alemanha, a interpreta o econômica do direito tributário, através do método de interpreta o teleológico, quando ao interpretar a lei tributária seria necessário integrar os conhecimentos jurídicos com o alcance de conteúdo da área econômica.

## **11. A ECONOMIA LEGÍTIMA DO TRIBUTO, A ELISÃO ILÍCITA E A EVASÃO FISCAL**

O contribuinte realiza o seu planejamento tributário, com o fito de reduzir, de forma lícita, o pagamento de sua agenda tributária, através de critérios objetivos, cálculos contábeis, estudos econômicos, mas sob os parâmetros legais.   o caminho menos oneroso para o contribuinte realizar suas atividades econ micas, administrar seu patrimônio, rendas ou empresas. (ABRAHAM, 2022).

Nesse giro, o contribuinte, diante de dois caminhos lícitos poderá optar por aquele que seja totalmente menos oneroso, não precisando de se justificar sua op o com nenhuma outra razão, que não a sua liberdade de escolha (AMARO, 2021). Assim, existem caminhos lícitos e ilícitos para evitar ou reduzir a incidência tributária. Haverá legitima economia do imposto quando o caminho for lícito. Luciano Amaro (2021) esclarece, ainda, que: “se, na tentativa de encontrar um percurso livre de ônus fiscais, o indivíduo adota um roteiro ilegal ou fiscalmente inoperante, diz-se que ele praticou uma evasão ilegal (ou evasão *tout court*)” (Ibid. p. 258).

Abraham (2022) esclarece que a elisão fiscal pode ser lícita ou ilícita. A elisão fiscal lícita constitui-se no planejamento tributário lícito, sob à égide das normas jurídicas e em linha com os valores constitucionais. Segundo Abraham (2022), ainda, a elisão fiscal ilícita, na sua implementação, abusa das formas e dos meios, pelo que se pode depreender, a seguir:

[...] *elisão fiscal ilícita*, que, na sua implementação, abusa das formas e dos meios, na maioria das vezes manipulados e artificiais, visando apenas atingir seus fins (redução do tributo a pagar), e violando os princípios da igualdade, da capacidade contributiva e do dever fundamental de pagar tributos, além de trazer aspectos concorrenciais negativos por um desequilíbrio competitivo (Ibid, p. 181).

Abraham (2022), citando Hermes Marcelo apresenta o seguinte conceito para evasão fiscal: “[...] toda e qualquer ação ou omissão tendente a elidir, reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação tributária, não importando serem lícitos ou ilícitos os meios utilizados neste processo”<sup>2</sup>.

## 12. PLANEJAMENTOS FISCAIS ABUSIVOS: ABUSO DE FORMA, ABUSO DE DIREITO E FRAUDE À LEI

É cediço que o contribuinte, por ocasião de seu planejamento tributária deverá seguir os ditames legais, malgrado a existência de seu direito de sua auto-organização, mas que não é absoluto, apresentando uma liberdade mitigada, não podendo, dessa forma, abusar destes direitos, por ocasião de seu exercício, em homenagem à função social da propriedade e dos contratos, à ética, à moral e à boa-fé, respeitando, ainda, a vedação expressa do abuso de direito ou de formas, da fraude à lei, da ausência de motivos ou da simulação (ABRAHAM, 2022).

As teorias da prevalência da substância sobre as formas (*substance over form*), bem como, do propósito negocial (*business purpose*) são oriundas dos Estados Unidos da América (EUA) e apresentam como nascedouro, o *leading case* “Gregory v. Helvering” (293, U. S. 465), em que se afozou a formatação do negócio em função da prevalência da substância negocial, onde a Corte norte-americana entendeu que “The courts looks do facts, not to labels” (os tribunais consideram os fatos e não os rótulos) (ABRAHAM, 2022). Nessa senda, as cláusulas do propósito negocial e do abuso de formas foram adotadas em diversos países, inclusive o Brasil.

---

<sup>2</sup> HUCK, Hermes Marcelo. Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 15-30.

Amaro (2021) apregoa que o abuso da forma consiste no formato que o contribuinte escolhe, para fins de celebração de um negócio jurídico, que seria através de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, sob pena de onerosidade, caso viesse adotar a forma clássica, *in verbis*:

O *abuso da forma* consistiria na utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico que, se fosse adotada a forma “normal”, teria um tratamento tributário mais oneroso (Ibid. p. 260).

O mesmo autor identifica que o abuso de direito, embora apresentem confusão como o abuso de forma, são adotados para fins outros, pelo que se observa, a seguir:

Em certa medida confundindo-se com o abuso de forma, o *abuso de direito* traduziria procedimentos que, embora correspondesse a modelos abstratos legalmente previstos, só estariam sendo concretamente adotados para fins outros que não aqueles que normalmente decorreriam de sua prática” (Ibid, p. 260).

Quanto à fraude à lei, o contribuinte se utiliza de uma “norma de cobertura”, com o escopo de não ser alcançado pela incidência de outra norma proibitiva ou imperativa. Amaro (2021) enfatiza que a norma isentiva não afasta a norma de cobertura, e assim, aplicar a norma de incidência do fato *não gerador* do tributo, conforme palavras infracitadas, adiante:

Se a norma de incidência é imperativa, ela se aplicará (necessariamente) sempre que ocorrer o fato gerador. Não há norma de cobertura que permita escamotear, esconder ou mascarar o fato gerador. Porém, se o indivíduo se ampara em norma isentiva (ou se enquadra noutra situação de não incidência, na qual, obviamente, não ocorre o fato gerador), não há fundamento para “afastar” a aplicação da suposta “norma de cobertura” e aplicar a norma de incidência ao fato não gerador do tributo” (Ibid, p. 262).

### 13. SIMULAÇÃO TRIBUTÁRIA

Na subsunção do fato concreto à hipótese legal tributária, é mister observar se a forma reflete o fato concreto. Isto porque não basta a previsão legal para que o contribuinte tenha elisão legal de não pagar o tributo. É preciso verificar se o fato concreto é real e corresponde à hipótese legal tributária para que não fiquemos diante da simulação.

Nos casos de simulação tributária, a Fazenda Pública aplicava os efeitos tributários decorrentes do negócio jurídico realmente realizado, considerando que o contribuinte buscou dissimular a ocorrência do fato gerador, disfarçando o fato que realmente ocorreu. Assim, o Fisco tem o poder-dever da dissimulação, procurando assim, a situação de incidência tributária.

## 14. HOLDING

Nos tempos atuais, cumpre ressaltar que muitas vezes, o quadro societário é composto não apenas de pessoas físicas, mas também de pessoas jurídicas, formando um *holding*. Elaine Cristina de Araújo (2021) apresenta o seguinte conceito de holding:

De forma mais direta, pode ser definida como: uma empresa de participação societária (faz parte do quadro societário de outras empresas), gestora de participações, quer por meio de ações (Sociedades Anônimas), quer por meio de quotas (Sociedade Limitada).

[...]

Seus sócios, geralmente são pessoas físicas que integralizam o capital social com bens e direitos, tendo como retorno legal e lícito, os rendimentos relativos a lucros ou dividendos com isenção do imposto de renda, os juros sobre o capital próprio e o *pro labore*.

Quanto às sócias pessoas jurídicas, estas também possuem o direito aos lucros ou dividendos, juros remuneratórios sobre o capital próprio e a avaliação do investimento.

Basicamente, é uma empresa sócia de uma empresa que como regra geral não realiza nenhuma atividade, apenas contida a outra empresa. (ARAÚJO, 2021, p. 1).

Quanto ao grupo de sociedades, a mesma autora pondera ainda que: “No grupo de sociedades, temos a governança corporativa, contudo, cada sociedade mantém a sua autonomia, a personalidade e o patrimônio, observando o Princípio da Entidade” (Ibid, p. 7). Verifica-se que, na prática fica mais difícil identificar a conduta do sócio, diante de um *holding*, formado por grupo de sociedades, gerando um verdadeiro desafio para a administração tributária, realizar, por exemplo, uma dissimulação tributária e apurar a incidência do fato gerador, além de identificar as condutas dos sócios, dentre outros.

## 15. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A teoria da desconsidera o da pessoa jurídica tem nascedouro na jurisprudência anglo-americana e foi desenvolvida na Alemanha, segundo a qual, diante de fraude ou abuso, a pessoa jurídica   desconsiderada, imputando-se a prática do ato aos sócios da pessoa jurídica.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem firme entendimento de que *“o simples inadimplemento de tributos não pode gerar, por si só, consequências negativas no patrimônio dos sócios”*. (Ac., por maioria, da 1 . Se o do STJ; Proc. REsp 1645281/SP Recurso Especial n . 2016/0321000-3; Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES; data do julgamento: 25/05/2022; in DJe 28/06/2022). Na esteira dessa perspectiva, diante de um quadro empresarial fático, composto por situa es irregulares, a Fazenda Pública deverá provar as irregularidades e assim então, operacionalizar o redirecionamento da execu o fiscal para o sócio-administrador, desde que o nome dos sócios não estejam na CDA, pois nesse caso, o ônus da prova caberá aos sócios, em comento.

## 16. A FAZENDA NACIONAL COMO ENTE DE COOPERA O COM A JUSTIÇA FEDERAL

  cediço que a Receita Federal do Brasil (RFB)   o  rgo federal, com competência para administrar os tributos de competência da União Federal, inclusive os previdenciários, como também, aqueles incidentes sobre o comércio exterior e parte significativa das contribui es sociais do país. Ao lado dessa competência administrativa, a RFB tem o mister de traçar a política tributária brasileira, no combate aos crimes tributários de sonega o fiscal, contrabando, descaminho, contrafa o, pirataria, tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; tráfico internacional de armas de fogo e muni es, lavagem ou ocult o de bens, direitos e valores e demais ilícitos aduaneiros.

A Fazenda Nacional tem se esforçado em estreitar laços com a Justiça Federal, assim, nos últimos tempos, houve uma passagem de um cenário fechado, em rela o   Fazenda Pública para uma postura colaboradora com a Justiça Federal, de forma mais aberta, transparente e atuante.   preciso considerar que não basta apenas dedicar-se   arrecada o tributária, mesmo porque a governança não está nas mãos da RFB. O objetivo da RFB   reduzir a distância entre a arrecada o

efetiva e a potencial, restringindo, assim, a sonegação fiscal, dentre outros ilícitos tributários e aduaneiros.

Cumpra pontuar, ainda, que a expansão da arrecadação tributária, na curva tributária significa que a RFB é eficaz e que tenha atuado de forma preventiva e auxiliando o contribuinte e não, adotando medidas de “mão pesada”.

Existe a necessidade do comprometimento dos auditores, servidores, procuradores da fazenda nacional, dentre outros, com os objetivos da Receita Federal e o controle aduaneiro.

Hodiernamente, a Fazenda Nacional tem se modernizado; o que viabilizou que a Instituição tenha se fortalecido. A automação e a simplificação de processos; o aperfeiçoamento das formas de interação com os órgãos da Justiça Federal; a celeridade na solução de processos; a diminuição da litigiosidade; o crescimento da segurança jurídica, dentre diversos outros fatores, promoveram o aumento da eficiência e da produtividade da Receita Federal, como ente de cooperação do Poder Judiciário, além de significar mais serviços prestados ao cidadão.

Deve ser esclarecido, por oportuno que o ambiente organizacional da RFB apresenta ferramentas de gestão, com métricas de eficiência e produtividade, com o escopo de aferir os resultados fiscais, além de acompanhar o desempenho. Nesse sentido, a Lei nº. 13.464/2017, de 10 de julho de 2017 instituiu o Programa de Produtividade da RFB, apresentando o Bônus de eficiência e produtividade que introduz o conceito de remuneração por *performance*, desconsiderando, assim, a remuneração fixa independentemente dos resultados alcançados pela RFB. Insta firmar que o mencionado bônus de eficiência apresenta valor variável, em conformidade com a apuração do índice de eficiência institucional, o que contribui para a meta de alcançar maior eficiência para a Instituição.

É mister observar, ainda, que o aperfeiçoamento da RFB apresenta uma evolução exponencial, com racionalização de procedimentos e dos fluxos de trabalho especializado. A RFB, além de sua presença em Brasília e nos Estados, está presente, inclusive, nas fronteiras com helicópteros, lanchas, dentre outros meios, o que viabiliza o processo de crescimento dessa Instituição. A eficiência através de produtividade e qualidade também se verifica no processo de regionalização e especialização da Fazenda Nacional. Isto porque existem equipes regionais especializadas, com foco nos processos de trabalho.

Assim, a RFB, através dos valores de integridade, imparcialidade, profissionalismo e transparência administra o sistema tributário e aduaneiro, contribuindo para o bem-estar econômico e social do país,   luz dos princípios de gestão da eficiência, inova o, valoriza o de pessoas e coopera o, realizando o seu trabalho de administra o tributária e aduaneira, com o fito de alcançar maior engajamento no progresso do país, além da presta o de *serviços de excelência*   sociedade.

Cumpra reproduzir, por oportuno, as palavras do Dr. Flávio José Coelho, Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil, na 7  Região Fiscal, na Palestra "Justiça Federal Conhecendo a Receita Federal do Brasil"<sup>3</sup>: "*Uma administra o tributária forte irá contribuir para o desenvolvimento nacional, assim como uma administra o aduaneira eficiente irá contribuir ao garantir condi oes para uma soberania incontestável*".

## CONCLUSÕES

Os débitos tributários constituem-se numa grande preocupa o para os contribuintes (e os seus responsáveis), posto que quando não são pagos, a cobrança das obriga oes tributárias será realizada através da execu o fiscal, que apresenta um procedimento próprio.

  consenso entre as melhores doutrinas, nacional ou não, que a obriga o tributária   uma obriga o *ex lege*. A doutrina estrangeira que influencia o nascimento da jurisprudência, acentua que o fato gerador possui devida importância no direito tributário de cada país. No direito brasileiro,   possível afirmar que o fato gerador   o dínamo do direito tributário nacional;   o cerne da tributa o.

A Fazenda Pública, diante da dificuldade em recuperar o crédito tributário, estende a sua responsabilidade para os sócios e os administradores, conforme disposi o legal dos art. 134 e 135, do CTN, além de responsabilizar, muitas vezes as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Diante de um quadro de desafios para o Poder Judiciário cumprir a sua missão

---

<sup>3</sup> Fala do Dr. Flávio José Coelho, Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil na 7  Região Fiscal, na Palestra "Justiça Federal Conhecendo a Receita Federal do Brasil", realizada no dia 13 de maio de 2022, realizada pela Escola da Magistratura Federal (EMARF), do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2 . Região.

de realizar a prestação jurisdicional pela satisfação do crédito tributário, torna-se necessária a cooperação da Fazenda Nacional, com a Justiça Federal, para que possa, cada vez mais, estreitar laços rumo à maior eficiência e dessa forma, garantir o desenvolvimento nacional, consoante um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, às balizas do inciso II, do art. 3º, da *Carta Magna*.

## REFERÊNCIAS:

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- ARAÚJO, Elaine Cristina de e ROCHA JÚNIOR, Arlindo Luiz. **Holding: Visão Societária, Contábil e Tributária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021.
- ATALIBA, José Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 7. Ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- BEISSE, Heinrich. **Interpretação: Estudos Tributários (em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa)**. Tradução de Gerd Willi. Rothman e Ruy Barboza Nogueira. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.
- BERLIRI, Antônio. **Princípios de Derecho Tributário**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, v. I. 1964, v. II, 1971.
- BRAGHETTA, Daniela de Andrade. **Relação Jurídica Tributária**. São Paulo: Noeses, 2020.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2022.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 02 mai. 2022.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2022.
- BRAZUNA, José Luís Ribeiro. **Direito Tributário Aplicado**. 2.ed. São Paulo: Almedina, 2021.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 11.

Ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021.

CURI, Bruno. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar: Análise de sua Fundamentalidade ante a Razão Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL DA 2ª. REGIÃO (EMARF). Palestra **“Justiça Federal Conhecendo a Receita Federal do Brasil”**, realizada no dia 13 de maio de 2022. Tribunal Regional Federal da 2ª. Região

FALCÃO, Amílcar. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Resenha Tributária, 1986.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. 9.ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. Disponível em: <<https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/FINANZAS/Derecho-Financiero-Fonrouge-T-II.pdf>>. Acesso em: 10 ju1. 2022.

\_\_\_\_\_. **Doctrina de la Tributación**. Editorial de Derecho Financiero. 2. ed. Ampl. Y actual. Buenos Aires: De Palma, 1970, 2 v., v. 1.

FONSECA, Vinícius Simões Borges Espinheira. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Segurança jurídica e consequencialismo nos limites da norma jurídica**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

FURTADO, Antônio Carlos. **Noções Práticas de Direito Financeiro e Finanças –Direito Tributário**. São Paulo: Juley Livros Ltda, 1991.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. ATLAS. 2013

JÈZE, Gaston. O fato gerador do imposto. **Revista Forense**, n. 104, p. 44. 1945. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8116/6935>>. Acesso em: 27 jun. 2022.

LA GARZA, Sérgio Francisco de. **Derecho Financiero Mexicano**. 28. ed. México: Editorial Porrúa, 2008. Disponível em: <<https://pdfcoffee.com/qdownload/derecho-financiero-mexicano-sergio-francisco-de-la-garza-5-pdf-free.html>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MELLO, Henrique. **Os Terceiros na Sujeição Passiva Tributária e o Alterlançamento**. São Paulo: Noeses, 2020.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S. A., 1954.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

---

# MARCO CIVIL DA INTERNET - NEUTRALIDADE DE REDE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO<sup>1</sup>

---

*Alexandre Pontieri<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a neutralidade de rede (*net neutrality*) e a liberdade de expressão, mais especificamente analisando a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, e que estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O artigo também trará o posicionamento atual do Poder Judiciário brasileiro em relação à liberdade de expressão quando em conflito com a lei federal 12.965/14.

**Palavras-chave:** Neutralidade de Rede; Marco Civil da Internet; Liberdade de Expressão; Liberdade de Expressão na Constituição Federal; Posição do Poder Judiciário sobre a questão da liberdade de expressão na Internet.

**Abstract:** The purpose of this article is to deal with net neutrality and freedom of expression, specifically analyzing Federal Law nº 12.965, of April 23, 2014, known as the Internet Civil text principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil. The article will also bring the current position of the Brazilian Judiciary in relation to freedom of expression when in conflict with federal law 12.965/14.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi entregue originalmente no Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília na Disciplina Direito, Internet e Sociedade do Professor Alexandre Veronese.

<sup>2</sup> Advogado com atuação nos Tribunais Superiores e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Consultora da área tributária com foco principalmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília. alexandrepontieri@gmail.com

**Keywords:** Network Neutrality; Civil Rights Framework for the Internet; Freedom of expression; Freedom of Expression in the Federal Constitution; Position of the Judiciary on the issue of freedom of expression on the Internet.

Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, eu não hesitaria um momento em preferir a segunda alternativa.

Thomas Jefferson (1743-1826, segundo presidente dos Estados Unidos)

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a neutralidade de rede (*net neutrality*) e a liberdade de expressão, mais especificamente analisando a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014<sup>3</sup>, conhecida como Marco Civil da Internet, e que estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A neutralidade de rede é tratada no inciso IV, do artigo 3º, e no Capítulo III, da Lei Federal nº 12.965/2014, ao passo que a liberdade de expressão é tratada nos artigos 2º, 3º, 8º, 19, do referido diploma legal.

O artigo 9º da Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabelece tratamento isonômico aos fornecedores de acesso à internet (neutralidade de rede) e, como mencionado alhures, há dispositivos próprios tratando sobre a liberdade de expressão.

A questão principal que se coloca é saber se a neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da Internet no Brasil?

Para buscar responder esse questionamento, o presente artigo será dividido nos seguintes tópicos: 1) a neutralidade de rede; 2) o Marco Civil da Internet; 3) liberdade de expressão na Constituição Federal; 4) a neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da Internet no Brasil?; 5) Internet – liberdade de expressão – e a posição do Poder Judiciário; e 6) Conclusão.

---

<sup>3</sup> Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

## 1. A NEUTRALIDADE DE REDE

A sociedade vem evoluindo cada vez mais e a Internet e as novas mídias têm papel fundamental nesses avanços.

O sociólogo espanhol Manuel Castells é um dos pioneiros a estudar os efeitos e reflexos da chamada “Sociedade em Rede”, conceituando-a como:

(...) uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós das redes.<sup>4</sup>

A Internet e as novas mídias diferenciam-se de outros meios de comunicação por suas novas formas de interação e participação, e não mais por um perfil passivo de receber informações (exemplo: TV).

Nas palavras de Jorge Sampaio, ex-Presidente de Portugal,

com a internet e os meios de comunicação em tempo real, é notório, ainda, que vem ocorrendo alguma recomposição de rotinas, solidariedades grupais, práticas culturais e expectativas das gerações mais jovens; e tudo indica que o informacionalismo está a atingir, com efeitos precisos, os sistemas de valores, crenças e representações com os quais nos orientamos e aprendemos a pensar-nos a nós próprios e aos outros<sup>5</sup>.

Feita essa breve introdução, é necessário saber o que é a chamada neutralidade de rede (*net neutrality*) – fundamental para essa nova sociedade em rede.

O que é a neutralidade de rede?

Conforme nos ensinam os professores Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César,

a paternidade do conceito da Neutralidade da Rede é devida ao professor Tim Wu, da Universidade de Columbia e teve o Chile como primeiro país a trazer para o seu ordenamento jurídico pátrio tal preocupação com a Neutralidade da Rede no ano de 2010. Em 2012 a Holanda foi o segundo país a inserir em seu ordenamento jurídico,

---

<sup>4</sup> CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

<sup>5</sup> SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. P. 419. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)

trazendo que os prestadores e provedores estão proibidos de bloquear ou reduzir a velocidade de serviços ou aplicações na Internet, sendo permitidas práticas que minimizem os efeitos de congestionamento de tráfego, preserve a integridade e segurança da rede, restrinjam envio de spam e deem cumprimento a alguma determinação legal <sup>6</sup>.

O professor de Direito de Internet e Mídia na Universidade de Sussex, no Reino Unido, Christopher Marsden, é conhecido por ser um tradicional defensor da neutralidade da rede, e escreveu em sua obra *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution* que garantia de acesso do usuário à Internet com a Neutralidade de Rede possui dois elementos: um “positivo”, com maior qualidade de serviço, correspondendo a preços maiores, desde que fossem estabelecidos de forma justa e igualitária; e “negativo”, com a prática de degradação intencional do serviço pelo(s) provedor(es) de acesso, com consumidores que tentassem obter vantagem em suas conexões.<sup>7</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o disposto no artigo 9º, da Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”, ou seja, corolário do princípio da isonomia na transmissão de pacotes de dados sem qualquer tipo de distinção.

## **2. O MARCO CIVIL DA INTERNET**

A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres par o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (art. 1º).

O artigo 2º, da lei 12.965/2014 traz expressamente que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I – o reconhecimento da escala mundial da rede; II – os direitos

---

<sup>6</sup> Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 12, n.1 / 2007 p. 65-88 (p.84). [www.ufsm.br/revistadireito](http://www.ufsm.br/revistadireito)

<sup>7</sup> MARSDEN, Christopher. *Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution*. Bloomsbury Publishing, 2010.

humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III – a pluralidade e a diversidade; IV – a abertura e a colaboração; V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI – a finalidade social da rede”.

E como princípios o artigo 3º da lei 12.965/2014 elencou os seguintes:

- I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II – proteção da privacidade;
- III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;
- V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII – preservação da natureza participativa da rede;
- VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Os incisos I e IV são os que nos interessam na análise deste artigo, pois tratam sobre a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (inciso I) e preservação e garantia da neutralidade de rede (inciso IV).

### 3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 protege expressamente a liberdade de expressão, a liberdade de informação, de imprensa e a manifestação do pensamento – intelectual, artístico, científico etc.:

(...) Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independente de censura ou licença;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...) Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Como muito bem delineado pelo Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal,

as liberdades de expressão, informação e imprensa são pressupostos para o funcionamento dos regimes democráticos, que dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões. Existe interesse público no seu exercício, independentemente da qualidade do conteúdo que esteja sendo veiculado. Por essa razão, elas são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido.<sup>8</sup>

E ainda, na mesma decisão, o Ministro Roberto Barroso da Suprema Corte faz menção à decisão do STF na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 130, que teve a relatoria do Ministro Ayres Britto<sup>9</sup>, de onde se extrai:

(...) Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”.

---

<sup>8</sup> STF. Reclamação 18638/CE. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>9</sup> “Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência” – disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>

E mais, do que se extrai do acórdão da ADPF 130 da Suprema Corte:

(...) Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público’.

A liberdade de expressão é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. A jurisprudência da Suprema Corte é firme quanto a questão da liberdade de expressão e do pensamento:

(...) A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica (HC 83125, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 07-11-2003 PP-00093 EMENT VOL-02131-03 PP-00552).

Nas palavras do jurista Paulo Gustavo Gonet Branco, “a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”<sup>10</sup>.

E ainda de acordo com o renomado jurista, “a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura”.

### **3.1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO - DECLARAÇÃO E CONVENÇÃO DAS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO**

Registramos ainda que o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, dispõe expressamente que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

---

<sup>10</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência<sup>11</sup>.

E o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil também é signatário:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão<sup>12</sup>.

#### **4. A NEUTRALIDADE DE REDE TRAZ UMA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PLENA PARA O USO DA INTERNET NO BRASIL?**

Como visto em capítulo anterior, a Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe como fundamento o respeito à liberdade de expressão (art. 2º), e como um de seus princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação pensamento, nos termos da Constituição Federal (art. 3º).

Diante do que se analisou até aqui, seria o caso de se questionar se a neutralidade de rede (art. 9º e segs. da Lei Federal 12.965/2014) trouxe uma liberdade de expressão plena para o uso da internet no Brasil?

---

<sup>11</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos. <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=25&IID=4>

<sup>12</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>

Como disposto no artigo 3º da lei 12.965/2014, a liberdade de expressão, comunicação e manifestação, nos termos da Constituição Federal: “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”.

A Constituição Federal de 1988 garante expressamente a liberdade de expressão, mas, como sabemos, há limites previstos na própria Carta Constitucional quando haja colisão com outros princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status*.

O jurista Paulo Gustavo Gonet Branco nos ensina que “o constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que

nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II) <sup>13</sup>.

Como sabemos, a Constituição Federal de 1988 ao passo que garante o livre direito à liberdade de expressão, também garante ao indivíduo o direito à preservação da imagem e da honra (CF/88, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação).

Nessa esteira de pensamento o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é

---

<sup>13</sup> Op. cit., p. 270.

necessário o equilíbrio entre os direitos fundamentais, não podendo a liberdade de expressão ser utilizada para a prática de atos ilícitos (HC 82424)<sup>14</sup>.

Ou seja, quando há conflito com outros princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status* da liberdade de expressão, surgem limites, que estão previstos na própria Constituição Federal.

## **5. INTERNET E LIBERDADE DE EXPRESSÃO – POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Questões envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e outros princípios e direitos na Internet têm chegado ao Poder Judiciário, que tem tratado do debate em diversas decisões, como, por exemplo, no julgamento de Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1384-43.2010.6.00.0000, onde o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ao apreciar o recurso entendeu que:

(...) “a internet se diferencia dos veículos de comunicação impressos por não sofrer as consequências dos desgastes naturais que esmaecem e tornam esquecidos os jornais e revistas. E mais: os mecanismos existentes permitem constante interação e atualização do conteúdo e

---

<sup>14</sup> “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontestáveis como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente ao judeus, que configura ao ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] Ordem denegada. (HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, DJ de 9.03.2004).

não exigem enormes espaços físicos dos usuários para a conservação de material impresso.

Assim, eventual transgressão perpetrada pela internet implica em constante e permanente ofensa ao direito, a reclamar, se for o caso, a sua pronta suspensão. Tal medida é possível, passo a assim compreender, não só na representação (Lei 9.504/197, art. 96) em que há a identificação do usuário, como também por meio de ação cautelar ajuizada contra quem detém as informações capazes de identificar o responsável.

E ainda no Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 1384-43:

(...) Em se tratando de ação cautelar, a hipótese não se confunde com condenação do provedor de hospedagem ou de acesso pelo conteúdo irregular. O que há é a provocação do Poder Judiciário para, diante de alegada irregularidade obter-se decisão fundamentada que autorize a quebra da relação de confidencialidade e privacidade que rege a relação entre o provedor de serviços e o usuário final.

Além disso, quando eventualmente surgirem discussões sobre violação de princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status* da liberdade de expressão, os artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro (Lei Federal 10.406, de 10.01.2012) são expressos ao dispor que:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nessa linha de pensamento o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a questão da retirada de página da rede mundial de computadores entendendo que *“se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta”*<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL. I. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ.2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao

É importante destacar que a Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe artigos próprios para tratar da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

(...) Seção III

*Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*

*Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.*

*Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.*

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, *sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.*

§ 2º 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.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

---

mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta.3. Recurso especial não conhecido.”(REsp 1021987/RN, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009)

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela 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 sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

O artigo 19 da Lei Federal 12.965/2014 é claro ao dispor que o “provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) matéria tratando sobre a aplicação do artigo 19 da Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) já foi decidida no sentido de entender como “necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de

hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL – Universal Resource Locator”, com o entendimento de que “não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo”<sup>16</sup>.

É importante destacar que no Supremo Tribunal Federal já há dois Recursos Extraordinários com Repercussão Geral tratando sobre a questão da colisão entre liberdade de expressão e de informação *versus* direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> “RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL “ORKUT”. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO.

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor.

2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ.

3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal).

4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator.

5. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo.

6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

7. Recurso especial provido.”

(REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

<sup>17</sup> “RE 1037396 RG / SP

Relator: Min. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida.”

## CONCLUSÃO

A Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) trouxe para o ordenamento jurídico pátrio o princípio da neutralidade de rede e reforçou em seu texto o já consagrado constitucionalmente princípio da liberdade de expressão, visando uma liberdade no fluxo de informações e um menor controle estatal.

Como cediço, a liberdade de expressão já é um princípio garantido constitucionalmente, e a lei do Marco Civil da Internet veio reforçar essa ideia, principalmente em razão das novas mídias introduzidas na sociedade moderna com a Internet.

Diante do que estudamos, entendemos que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, sendo-lhe impostos os limites apenas quando houver conflito com outros princípios e/ou direitos alçados ao mesmo *status*

Acreditamos que a divulgação da informação, da cultura e do conhecimento devem ser levadas a todos os brasileiros, indistintamente, principalmente pela dimensão continental de nosso país, e, muito mais ainda, pela falta de acesso que muitas comunidades ainda têm para buscar o conhecimento.

Para isso é de fundamental importância a preservação e garantia da neutralidade de rede introduzida pela Lei Federal 12.965/2014 em nosso ordenamento jurídico, bem como o respeito aos princípios de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (art. 3º, I, da Lei Federal 12.965/14), além de todos os demais princípios: proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; preservação da natureza participativa da rede; e liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet<sup>18</sup>.

---

“ARE 660861 RG / MG - MINAS GERAIS

Relator: Min. LUIZ FUX

GOOGLE - REDES SOCIAIS - SITES DE RELACIONAMENTO - PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET - CONTEÚDO OFENSIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO - COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE.”

<sup>18</sup> Art. 3º, da Lei Federal 12.965, de 23.04.2014.

Os princípios da neutralidade de rede e de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento introduzidos pela Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) são de fundamental importância para os avanços tecnológicos do país, bem como a uma nova cultura de respeito cada vez maior ao princípio constitucional da liberdade de expressão – agora e em escala cada vez maior no universo digital.

Oxalá a neutralidade de rede e a liberdade de expressão auxiliem efetivamente na diminuição do enorme fosso de exclusão digital que ainda existe em nosso país, trazendo mais conhecimento, informação e cultura a todos os cidadãos brasileiros!

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei Federal 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renova, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardos, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=25&IID=4>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>

JUNIOR. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 12, n.1 / 2007 p. 65-88. [www.ufsm.br/revistadireito](http://www.ufsm.br/revistadireito)

MARSDEN, Christopher. Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution. Bloomsbury. Academic Publishing. 2010.

MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Portal do STF - Supremo Tribunal Federal. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Portal do STJ - Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)



---

# *PARTICULARIDADES DA TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE*

---

*André R. C. Fontes\**

**Resumo:** O artigo é uma crítica à disciplina das liminares da Justiça para a internação hospitalar e dos efeitos dessas decisões no sistema brasileiro de saúde.

**Palavras-chave:** Internação; Decisão; Liminar.

**Abstract:** The article is a criticism of the discipline of the injunctions of Justice for hospitalization and the effects of these decisions on the Brazilian health system.

**Keywords:** Hospitalization; Decision; Injunction.

Toda sociedade é composta por pessoas e poderia ser lógico começar um estudo de Teoria Geral do Estado, ou mesmo de Direito Constitucional, pelas características daqueles indivíduos como um tema central e destacado de tratamento e estudos do Direito. E o exame de temas conexos obrigaria cada sistema jurídico a afirmar as situações nas quais estão assentadas a existência humana e o bem-estar de todos e a proscrever todo comportamento que ponha em risco o corpo vivo de uma nação. Por isso, a concepção mais elementar da condição humana - a *saúde* de um povo -, haveria de ser o mais fundamental dos direitos tutelados pelo Estado moderno. É, pois, necessário desde logo salientar que, uma dada sociedade não é um simples conjunto de indivíduos, senão um

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

sistema complexo e dinâmico no qual os homens nascem, vivem e morrem – mas que a sociedade por eles integrada, vista como um grande e vigoroso sistema, tem que perdurar.

Qual seria, pois, o caráter desse sistema de saúde de todo um povo? Que traços distintivos haveria de se tomar por base para se destacar seus elementos a fim de abranger toda a população? Na experiência brasileira conhecemos formações variadas de tempo e lugar na qual a vida social conduziu a um conjunto estruturado de direitos e deveres relacionados ao indivíduo e ao Estado, cobertos por leis para o seu funcionamento e desenvolvimento.

Não é difícil compreender a existência, assim, de um *Direito à Saúde*. Essa veracidade assegura que possamos dar início a uma análise científica e objetiva das noções e conceitos que o envolvem. Deixando de lado a divisão dicotômica do Direito, no qual Público e Privado cercam de todos os lados a vida humana, lembramos que, no âmbito privado, as normas sobre saúde são de ordem pública e são igualmente revestidas de um indiscutível interesse social. Compreende também os pressupostos de inteligência e vontade, isto é, o entendimento do que representa cada ato de proteção à saúde e a manifestação do que o beneficiado quer e necessita. Assim é que, se uma pessoa sofrer momentânea ou transitoriamente a perda de sua consciência, não faz com que seus direitos sejam incertos ou discutíveis, mas, ao contrário, que seus direitos sejam – como é de se esperar – instrumentalmente alcançados com o aparato médico posto à disposição de todos.

A enorme importância dada à tutela geral da saúde traduz-se no fato da sua própria conquista, geralmente associada a um novo tipo de Estado, que deixa suas vestes liberais e se assume como um Estado Social de Direito. Uma discussão acadêmica sobre a afirmação do Estado Social para a existência e concretude de um direito à saúde seria neste momento mais acadêmica que positiva, e ofereceria pouco interesse neste texto. Portanto, essa associação é nestas linhas uma mera digressão, sem que se queira tomar como tema principal ou mesmo provocar mais outras reflexões do mesmo naipe.

Para encontrarmos no direito à saúde o objeto necessário aos estudos, por outro lado, não basta identificarmos seus aspectos mais externos. A exteriorização da norma jurídica é condição mesma da sua existência, mas, não deve significar uma redução do direito à saúde a uma concepção monolítica de direito, na qual reflete somente o juízo normativo extraído de um texto legal ou constitucional.

É preciso refletir sobre seu aspecto interior e considerar que é um direito social e simultaneamente um direito individual. Inclui-se nesse raciocínio um desenvolvimento de grau de madureza que se medem, ante tudo, pelo nível de desenvolvimento entrelaçado ou *cruzado* com o grau de aperfeiçoamento desse direito social com o individual. E não se assemelha diretamente nem à necessidade nem ao objeto da necessidade como nenhum outro direito. É um instrumento que não pode ser utilizado para satisfazer diretamente uma única necessidade. E analisado mais detalhadamente forma situações cruzadas de interesse social e individual simultaneamente que não encontram paralelo em todo o sistema jurídico do Brasil.

Cumpra assinalar que o aparecimento de uma concepção consistente e definida de um direito à saúde provocou variações na forma da sua interpretação e aplicação pelos mais diversos operadores. Essas variações tinham um cunho tanto de qualidade quanto de quantidade no que se poderia denominar de concretude dos direitos. A continuidade desse direito proporcionava um ambiente de desenvolvimento tão apurado ao ponto de absorver o maior número de situações aos membros da sociedade, mas invariavelmente manifestava-se de fato nas variações quantitativas, que se verificavam pela intervenção do Poder Judiciário. Independentemente da velocidade que o tema era agasalhado pela magistratura, a quantidade de decisões determinou uma tal variação quantitativa que a natureza ou qualidade dos direitos foi igualmente afetada.

Ao se manifestarem a respeito do assunto, os juízes, já coberto por uma razoável política legislativa, fixaram limites que parecem alterar mesmo a essência da lei. Esclarecendo a essência mencionada, diremos que a interdependência do direito da saúde para uma decisão judicial condicionou o sistema do direito à saúde e o afetou negativamente em prejuízo do seu caráter necessário e universal. Aqui tem grande importância a distinção entre aqueles que em condições financeiras especiais e conhecimentos aprimorados de advogados buscaram decisões judiciais e acumularem vantagens próprias de um Poder que, mais aberto aos litigantes habituais e com melhores conhecidos de patrocínio advocatício encontraram êxito em detrimento de uma massa de necessitados já postos *à latere* por um Poder que, com peculiares e especificidades pode afetar o exercício de uma atividade estatal ampla e universal por um órgão do Executivo. É importante chamar atenção para o significado conceitual da solução judiciária não ter como elemento de seu conceito o caráter uniforme e ecumênico.

O inegável salto de qualidade que o Judiciário imprimiu à tutela da saúde não proporcionou uma correspondente forma universal de mudança e de benefício para todos aqueles que careciam de proteção. Na compreensão desse salto de quantidade, é necessário especificar as condições concretas e uma virada decisiva na falta de tratamento isonômico entre os usuários do sistema de saúde. Dois são os saltos: um de aumento da quantidade e outro da falta de universalidade paritária entre os destinatários. E é importante lembrar que na compreensão desta análise é o Judiciário, por natureza, casuístico nas soluções dos problemas universais de saúde no País.

Se a tutela jurisdicional é o centro dos princípios mais efetivos e conhecidos na temática dos direitos à saúde, é também a força motriz de uma das mais evidentes contradições de uma justiça paritária no Brasil. E as contradições não se caracterizam pela diversidade de opiniões entre os juízes, já que a diversidade de opiniões e razões de decidir são da própria formação do convencimento individualizado em todo julgamento em espécie, mas sim, pelas contradições externas resultantes da melhor capacidade e talento de um advogado em relação a outro na busca da atenção e da tutela jurisdicional a provocar, como uma lógica consequência o tratamento diferenciado, com uma mais acentuada efetividade ao melhor assistido por advogado e, portanto, atendido judicialmente, e não ao mais necessitado da tutela jurisdicional da saúde, que nem sempre é bem servido de assistência judiciária. Essa complexidade e contrariedade do movimento judicial em relação ao mais carente de direito da saúde afasta deliberadamente uma posição que, *ab origine*, haveria de ser a vocação necessária e universal do sistema de tutela à saúde.

Na apuração e na medida em que cresce o problema, é mister evidenciar se a amplitude das decisões judiciais não demandariam uma tutela coletiva dos direitos de saúde. Ao se esclarecer o papel da tutela coletiva aos casos dos direitos de saúde, a solução judicial coletiva de dar ampla proteção a todos os necessitados poderia ser a opção de oferecer, não apenas ao litigante representado judicialmente, mas a todos aqueles que necessitassem de um abono judicial. Elevada ao extremo, essa posição corresponderia a de um verdadeiro programa de ação pública coordenado pelo Poder Judiciário, e que, em última perspectiva, se confundiria com os objetivos de um programa de ação de uma autoridade pública e redundaria - pasmem - em uma política pública setorizada, desprovida da legitimidade e do compromisso social para tal agir (por ausência dos elementos políticos que encerram os Poderes Executivo e Legislativo).

Considerando que a verdadeira natureza dos direitos sociais é a sua universalização e múltipla difusão, a apuração de um caráter individualista das decisões judiciais em sua essência e realidade, podem gerar a aparência e a ilusão de uma justiça efetiva para cada um dos demandantes. É que, se a tarefa da tutela da saúde é a ampla e universal aplicação, subtrair a dimensão coletiva de uma solução e criar variações de tratamento poderá significar um verdadeiro retrocesso na expansão democrática do papel do Estado e uma degradação dos direitos sociais dura e custosamente conquistados.

Reconhecer o fato de um duplo sentido da solução judicial para os direitos, por não coincidirem no tratamento único dado à saúde aos vários titulares de direitos à saúde pode implicar na potencialização das soluções judiciais e um movimento em favor dos mais favorecidos economicamente, em detrimento das formas governamentais de aplicação de políticas públicas de saúde aos menos favorecidos.

A pendência de julgamentos em matéria de saúde faz com que as circunstâncias deem o signo da dificuldade até mesmo para uma reconstrução sistemática de uma tutela constitucional da saúde. A multiplicidade de controvérsias pode, além de não dar soluções justas individualmente, servir de fonte de abstenção de fórmulas legislativas, até mesmo que venha a facilitar as vias judiciais somente para o grupo mais habilitado.

Dos diversos argumentos acima expostos, acrescentam-se e seguem ainda um dos mais característicos do regime judiciário do Brasil: a dupla sistemática de órgãos judiciários da União (Justiça Federal) e dos Estados (as Justiças locais). E quando as entranhas da formação judiciária brasileira se revelam, deixa de existir uma coesão dos órgãos jurisdicionais e brota uma verdadeira forma de concurso que alarga a dificuldade com a diversificada cultura de cada grupo de órgãos judiciários, que não raramente assumem uma função subsidiária ao outro, sempre que a solução não foi encontrada por um, além da possibilidade de fraudes por repetições de demandas resultantes de litispêndências não apuradas. O certo é que essas condições da estrutura do Judiciário não permitem uma forma integrada, de modo a conjugar os dois conjuntos de órgãos jurisdicionais em uma função supostamente mobilizadora ou transformadora do desenvolvimento e do progresso da tutela jurisdicional. E assim prevalece um tipo de liberdade de se provocar o Judiciário que não permite que se expresse claramente uma harmoniosa atividade jurisdicional na qual vigorem nos dois diferentes órgãos

os mesmos entendimentos. Ao vigorar em nosso direito esse sistema dividido e parcial, a eficácia do sistema de tutela jurisdicional de saúde estará a promover vantagens e privilégios aos mais capacitados perante a autoridade judiciária, por conta da competência de seus advogados, e, em correspondência, toda a restrição e injustiça aos demais.

Ao se compreender racionalmente a tarefa do Judiciário no Direito à Saúde devemos nos lembrar da tríplice divisão dos direitos fundamentais, a partir de uma dupla distinção positiva e negativa entre direitos e garantias: direitos de abstenção, nos quais se quer que o Estado se abstenha, por exemplo, de criar obstáculos à nossa liberdade; os direitos de prestação, nas quais o Estado deve agir de modo a realizar uma prestação específica, como seria exemplo uma prestação jurisdicional, além das garantias, que sempre visam a dar condições a que um direito (ou mesmo outra garantia) seja apreciado, como, *verbi gratia*, o devido processo legal.

Posto seja anunciado como um direito social – o que levaria ao raciocínio de um direito subjetivo público, categoria jurídica que não confrontaremos neste texto – o reconhecimento de um direito fundamental à saúde assim se generalizou na literatura jurídica e nos julgados dos tribunais do País. Essa compreensão aparentemente simplista no complexo tema dos direitos fundamentais tornou-se claramente a chave da intervenção jurisdicional no direito à saúde. Em torno dela o Judiciário brasileiro conferiu lucidez e precisão no endereço que fixa os parâmetros para o reconhecimento pretensamente generalizado de direito de prestação jurisdicional em matéria de saúde.

Lembramos, de forma sucinta, que a Saúde é teoricamente anterior à própria questão mesmo da Medicina. Nas intermináveis extensões do País, podemos verificar um contraste nítido entre os padrões de morbidade e mortalidade nos diferentes estratos da população, que correspondem *grosso modo*, a uma diferenciação análoga na prestação pública, estatal e institucionalizada de serviços de saúde. Essas contradições e equívocos na estrutura de saúde no Brasil mostram que a crise na saúde não se confunde com a crise da Medicina. Nesse ambiente de soluções individuais geniais dos magistrados, uma dicotomia entre Saúde e Medicina - sempre presente nas políticas públicas no País-, não encontra reconhecimento na intervenção judicial, que não consegue, na sua vocação de entregar a prestação jurisdicional restrita e individualizada, estabelecer a fronteira clara entre uma e outra.

Uma vez consolidado um julgamento específico, a distinção entre Saúde e Medicina não somente não ocorre, como essa correlação passa a ser fruto de um pronunciamento único, ou seja, um todo-único, no qual a natureza legal (ou constitucional) do direito elaborado na sentença pelo juiz torna impossível qualquer distinção sustentável entre o corte da Saúde e o que seria o corte da Medicina. E para evitar um possível mal-entendido, lembro que a evolução de uma doença é incompatível com a dinâmica Saúde-Medicina na Justiça, não somente pela desconsideração do decurso do tempo inicialmente em um processo, mas, também, porque o Judiciário não é apto a fazer mudanças técnicas no tratamento de uma pessoa a tempo de significar uma necessidade atual e imediata.

Sem pretender reproduzir completamente o ambiente judicial, a redução de todo um sistema de saúde pública a uma decisão judicial submete as exigências médicas ao risco das oscilações da jurisprudência e das soluções judiciais no curso de um processo agravado com o risco mesmo de uma cirurgia ou um tratamento de urgência não ser realizado devido aos efeitos de uma coisa julgada (ou sua ausência), entenda-se que nesse momento já seja desatualizada e inútil.

Não é em virtude do apego singular de resolver conflitos que o juiz é chamado para as questões de saúde, mas para realizar ou fazer realizar prestações de caráter a assegurar e a de prestar assistência aos necessitados, pois assegura, dentre outras prestações assistenciais, também aquela farmacêutica.

Problemas de operações negociais e de execução de contratos entre os agentes econômicos que produzem e operam fármacos e seus correspondentes conduzem ao agravamento da questão pelas controvérsias relacionadas com os direitos de patentes. Sobre esses produtos (patentes), muito longe da ideia de imprescindibilidade de um tratamento ou de impossibilidade na substituição de produtos farmacêuticos por outro tem levado o Judiciário mais a tutelar a própria patente dos remédios que o sensível e impreterível direito de saúde, que é, de modo central, constitucionalmente tutelado como um direito fundamental.

A imposição de tratamentos gratuitos por decisões judiciais, máxime com remédios específicos de determinados laboratórios, geralmente com a absoluta exclusão de qualquer outro, por causa de direitos de propriedade intelectual, converte aparentes soluções por certos produtos em solução única. E um dos sustentáculos artificiais da procura de determinados medicamentos, geralmente

envolvidos pela aura de solução única e quase milagrosa, em custos que destoam dos padrões internacionais. Essa realidade de preços cobrados por remédios aproxima-se do abuso, especialmente por não ter nenhuma relação com a pesquisa ou desenvolvimento do produto. E não cabe a menor dúvida de que será conta em branco a ser satisfeita com o Orçamento Público.

São necessárias certas observações complementares no abono de decisões judiciais que fixem gastos a serem deduzidos do Orçamento Público. Conquanto não se considere mesmo a eficácia terapêutica do remédio, a despesa pública por ordem judicial estará longe de prestigiar a legitimidade dos valores e a homenagem ao compartilhamento social dos gastos sociais em saúde. E no pórtico das vicissitudes judiciais de saúde, é comum mesmo que a determinação de entrega de produtos sem o comprovado reconhecimento terapêutico ou que tenha sequer suplantado a mera condição experimental – o que significa dizer que, mesmo sujeito aos licenciamentos de comprovação terapêutica não chegou mesmo a merecer ciência da Vigilância Sanitária.

A coisa julgada reverte-se de um tipo de pretensão de perenidade – já que não é limitada no tempo – que em referência aos remédios destinados ao tratamento das graves condições ou sintomas mórbidos e que exigem terapia de longa data que, muito longe estarão de serem compatíveis com uma situação de urgência. Não se pode sequer ignorar que uma situação de urgência de doenças de alto risco ou mesmo doenças crônicas para um tratamento ou uma cirurgia não estaria certamente contemplada em uma sentença resultante de um longo e penoso decurso de um processo, fique impedida de ocorrer por ausência de uma simples menção desse aspecto na redação do julgado levado a efeito.

A essência única e a variedade das formas de *ratio cognoscendi* de um profissional de Saúde ou Medicina sobre a natureza, extensão e mesmo proporcionalidade do direito à saúde a respeito de uma única vida, de tal modo poderia levar a dúvidas que nem mesmo uma verdadeira prova não deixaria de ser confrontada nas diversas situações possíveis na vida de um paciente, e pior: a justificar a *ratio decidendi* formadora de uma sentença por um juiz juridicamente convencido, mas tecnicamente equivocado questão da saúde.

Por essas questões, é inevitável que se tenha de devolver ao juiz uma série de controvérsias médicas que podem exigir uma solução de urgência ou de estar condicionada a uma estrutura médica de equipamentos específicos, sem os quais

o paciente correria risco de vida que, a despeito de todo zelo e denodo judiciais, ficariam diluídas em um ambiente litigioso coberto por todo tipo de vícios, que podem estar longe de ser corrigidos devido, por exemplo, a uma preclusão para o próprio juiz, a preclusão *pro judicato*.

A própria identificação de um conteúdo essencial do direito à saúde pode não corresponder àquela informada ao juiz tal como foi a ele submetida e que tenha merecido apreciação feita da questão. A prestação de diagnóstico e mesmo o custo que se teria na estrutura hospitalar, assim como a própria caracterização da doença, pode não ser aquela que corresponderia à necessidade de integridade física do paciente.

Essa tensão entre a realidade e a necessidade do tratamento, que se quer ver abonada, e os juízos sobre a lei ou mesmo sobre a jurisprudência a que estariam submetidos o julgado podem estar longe de ter uma correspondência. E não é raro que ocorram decisões sobre situações de urgência que já não são mais úteis ou necessárias ou que não foram agasalhadas por alguma decisão judicial ou decisão oportunamente adequada e tempestiva. As transformações da realidade que o imediato atendimento em distintos locais e em momentos específicos venham a exigir, de modo que se persiga clara e verdadeiramente o direito amparado pelos direitos sociais constitucionalmente protegidos, encontram-se limitada pela própria natureza do sistema de tutela de urgência por suas peculiaridades e particularidades.

As ulteriores anomalias representam substancialmente os desafios aos próprios limites do sistema judicial, no que se poderia denominar de confronto com aquele regime de ofertas de serviço público que deveria ser prestado diretamente pelas instituições oficiais. E a evolução desse estado de coisas do direito à saúde leva à discussão sobre o grau ou limites do acerto judicial sobre a saúde em geral. A perspectiva consistente em um imaginário no qual o direito à saúde, deduzido em juízo, encontrasse no Judiciário a disponibilidade que assegurasse as formas adequadas de exigências de tutela do direito à saúde parece tornar-se impraticável sem as variantes e contornos exemplificados nas premissas aqui lançadas.

É necessário que nos detenhamos especificamente nas ideias iniciais que levam a uma temática no direito à saúde. A previsão constitucional está longe de ser alcançada pelos desafios a que o Judiciário está submetido. Essa solução por sentença para as controvérsias em matéria de serviços de saúde, submetida ao discrimine da jurisdição,

mantido seu estado atual, vai exigir que a reconstrução da doutrina que descreve os direitos sociais venha a cair nos limites da reserva do possível e sem ser operada pela forma unitária que a experiência judiciária consolidou.

As medidas que se pretendem podem corresponder às variadas exigências de tutela daqueles cobertos pelo patrocínio do mais competente dos advogados. Mas os riscos de uma incapacidade última dos problemas de saúde, mais propriamente se aproximam de uma verdadeira metamorfose de desconstituição dos direitos sociais que uma evidência de uma possível e esperada convergência interinstitucional no específico setor de saúde.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALMOND, Gabriel A.; COLEMAN, James S. A política das áreas em desenvolvimento. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d.
- BACRE, Aldo. Teoria general de processo. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Judicialização da saúde. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUSNELLI, Francesco Donato. Tutela dela salute e diritto privato. Milano: Giuffrè, 1978.
- DEL RÍO, Andrés; MARTON, Silmara Lúcia. Os desafios das políticas públicas no Brasil. Curitiba: CRV, 2016.
- FARIA, Lina. Saúde e Política. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito à saúde. 2ª ed. Salvador: Podium, 2011.
- FISCHLOWITZ, Estanislau. Fundamentos da política social. Rio de Janeiro: Agir, 1964.
- GALLO, Carlo Emanuele; PEZZINI, Barbara. Profili attuali del diritto alla salute. Milão: Giuffrè, 1998.
- GUISE, Mônica Steffen. Comércio internacional, patentes e saúde pública. Curitiba: Juruá, 2007.
- MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional do direito à saúde. São Paulo: RT, 2003.
- MARQUES, Marília Bernardes. Saúde pública, ética e mercado no entreato de dois séculos. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Daniela Tranches de. Movimentos sociais e institucionalização de políticas públicas de saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad, 2015.

- OSMAN, Roberto. Saúde mental: os direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Artaud, 2008.
- POSSAS, Cristina. Saúde e trabalho. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- PRÉTOT, Xavier; DUPEYROUX, Jean-Jacques. Droit de la sécurité sociale. 9ª Paris: Dalloz, 2000.
- SILVA, Júlio César Ballerini. Direito à saúde. Leme: Habermann, S/d.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra; SOUSA, Simone Letícia Severo. Direitos e políticas públicas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.
- SOUSA, Simone Letícia Severo e. Direito à saúde e políticas públicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.
- TORRES, Manuel de. Teoria de la politica social. 2ª. Madri: Aguilar, 1954.



---

# TESTEMUNHO ESCRITO

---

*Cássio Benvenutti de Castro<sup>1</sup>*

*Todo o amor que existe nessa vida para Maria  
Ivone Benvenutti Castro.*

**Resumo:** O objetivo do trabalho é veicular a possibilidade do testemunho escrito no processo civil. A metodologia é dialética entre fatores da epistemologia, da dogmática e do texto legislativo processual, apresentando um contexto que resulta na limitação da utilização do testemunho escrito em termos procedimentais e cognitivos, bem como alertando ao possível reforço epistêmico no refazimento dessa prova em juízo.

**Palavras-chave:** prova; testemunho; escrito; standard

## WRITTEN TESTEMONY

**Abstract:** The objective of the essay is to convey the possibility of written testimony in civil proceedings. The methodology dialogues with epistemology, dogmatics and the legislative text, presenting an evidence context that results in the limitation of the use of written testimony, but states for the epistemic possible to reinforcement this evidence in court.

**Keywords:** evidence; testimony; written; standard

## INTRODUÇÃO

A evolução do direito probatório tem apresentado uma segmentação interessante: uma parte referente ao (a) raciocínio probatório e diretamente ligado à epistemologia abarca inúmeros trabalhos doutrinários recentes; outro

---

<sup>1</sup> Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Para falar com o autor, instagram: @cassiobenvenutti.

ramo, que é deveras mais divulgado, explica a (b) dogmática pertinente ao direito legislado, aos meios de prova e às intercorrências procedimentais.

O problema é que os operadores do direito mantêm o foco nessa segunda ordem de matérias – deixando por assentado o caráter epistêmico da atividade probatória e seu compromisso com a verdade, enfim, deixando em aberto o raciocínio probatório que se trata do capítulo que pode efetivamente mudar culturalmente o processo. A aproximação entre epistemologia e o discurso probatório processual não dispensa as necessárias reflexões em termos de raciocínio probatório. Aliás, a temática do direito probatório pode assumir um caráter “universal” ou “transfronteiriça”, porque as fontes legisladas consistem na construção dogmática do que o formalismo processual permite como sendo institucionalmente relevante e admissível, inclusive, em termos de prova atípica.

O presente ensaio reflete sobre o testemunho (*por*) escrito, uma prova considerada atípica pelo Código de Processo Civil brasileiro. A atipicidade metódica desse testemunho não retira dessa prova as “fragilidades” que a versão oral também revela em suas entranhas. Pelo contrário, assinala diversas ocasiões contingenciais em que ele possui um peso equiparável ao testemunho realizado em audiência. A grande questão é salientar que, em tempos de pandemia, bem como na impossibilidade da realização de audiência, o testemunho por escrito é alternativa válida que reforça o arsenal de corroboração das hipóteses justificatórias em processo.

A metodologia de trabalho parte da técnica de conformação da prova escrita, assinalando os fatores dogmáticos que lhe podem fazer vacilar a credibilidade em relação ao testemunho oral. Considerando as peculiaridades epistêmicas, em um segundo momento, anota-se que o *testemunho por escrito tem funcionalidade no atual quadrante de processo constitucionalizado*, porém, trata-se de um valor limitado, de maneira a preservar a garantia do direito fundamental à prova e o próprio direito à tutela jurisdicional, que se consubstanciam no preenchimento do *standard* de prova pertinente – o *standard* não depende de uma tipificação de meios de prova, mas de uma corroboração das efetivas razões positivas para que o ato de comunicação da testemunha seja aproveitado em juízo.

O testemunho escrito tem seus déficits epistêmicos notáveis; mas não pode ser dispensado em situações limítrofes, ainda mais, quando a urgência dos provimentos pedem passagem.

## 1. O PRESSUPOSTO FENOMÊNICO-PROPOSICIONAL PARA A ESCOLHA DA TESTEMUNHA

Um acidente de trânsito, o descumprimento de um contrato, a inscrição do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, o cancelamento de uma viagem por motivos inexplicáveis, enfim, são fatos geralmente não acertados no plano do direito material. O incipiente grau de civilidade do brasileiro acaba remetendo a solução dessas contendas ao Judiciário, para tanto, ao tomar conhecimento desses eventos, tem-se um autêntico contexto de descoberta fenomênica da juridicização dos fatos – quer dizer os envolvidos formulam as respectivas narrativas para defenderem os próprios pontos de vista.

Em decorrência, reúnem-se evidências (provas no sentido pré-processual) que podem aparelhar as hipóteses demandadas no processo. Os interessados tem grande liberdade nesse movimento inicial de formulação de hipóteses, bem assim na seleção de dados empíricos<sup>2</sup> que respaldam tais investidas. Independente do meio de prova eleito, o contexto de conformação pré-judicial não distingue, por exemplo, entre uma testemunha que presta depoimento por escrito ou uma testemunha que presta depoimento oral – elas são tendenciosas.

A doutrina e a prática processual manifestam uma crescente preservação da dimensão epistêmica do processo, o que reflete a justiça, a moralidade e a legalidade de um sistema judiciário, embora repaginando um realismo moderado (com as limitações cognitivas inerentes ao certame processual). Nesse sentido, o advogado que primeiramente toma contato com o “fato do direito material”, vislumbra as fontes e os meios de prova que podem reforçar a narrativa que privilegie a posição jurídica do cliente – o processo brasileiro é *rule centered*, mas também apresenta a marca corroborativa de manter uma coerência *truth oriented*.

Vale dizer que o processo convive com narrações cruzadas tendenciosas, sendo que o procurador da parte elabora uma história funcionalmente veiculada. Em primeiro lugar, ele visualiza o objetivo de vencer a demanda e, em seguida, estrutura uma argumentação que alinha as provas que respaldam tal pretensão.

Heidegger<sup>3</sup> pontua que existem dois tipos de pensamentos, ambos legítimos e necessários: o pensamento que calcula e a reflexão que medita. “A particularidade

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 146.

<sup>3</sup> HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 1959, p. 13.

consiste no facto de que, quando concebemos um plano, investigamos uma empresa, contamos sempre com condições prévias que consideramos em função do objectivo que pretendemos atingir. Contamos, antecipadamente, com determinados resultados. Este cálculo caracteriza todo o pensamento planificado do investigador”. Nesse estado contextual dos dados, o advogado que se depara com o cliente se trata de um autêntico investigador que formula hipóteses a serem testados pelas provas, elaborando uma narrativa planificada, um pensamento que “calcula”, porque “corre de oportunidade em oportunidade”.

Em contrapartida, o juiz tem um pensamento que deve meditar com calma e com alma, com humildade, diferentemente do objetivo da parte e do advogado, existe um desinteresse do magistrado na análise dos fatos. O contexto introdutório de seleção e conformação da prova testemunhal permite concluir o seguinte<sup>4</sup> – *não existe diferença qualitativa apriorística entre o meio que tal prova será apresentada no processo*, quer dizer, a atipicidade do testemunho por escrito não compromete a validade, tampouco o peso de credibilidade desse instrumento.

Não é a atitude investigatória da parte ou do advogado que influencia no peso da prova testemunhal (escrita ou oral). Pelo contrário, as diferentes situações do direito material e as intercorrências processuais que podem reorganizar esse estado de coisas aparentemente desequilibrado pela crise de inadimplência do direito material.

## 2. A TRILOGIA “RELEVÂNCIA-ADMISSÃO-PERTENCIMENTO” DO TESTEMUNHO AO PROCESSO

A conformação da prova em juízo é diuturnamente elaborada na sequência “relevância-admissão-pertencimento”. A presente reflexão inverte a ordem no

---

<sup>4</sup> Comparando o contexto da investigação policial à seleção de provas pelas partes, no processo civil, Nieva Fenoll assinala que “en estos procesos son las partes que suelen seleccionar los vestigios. Pues bien, dejando al margen la ilicitud de la prueba como único control previo a esa selección, sólo le queda al juez el juicio sobre la pertinencia del medio de prueba, así como el control del grado de corroboración inferencial de las hipótesis de las partes. Con respecto a la pertinencia, el control suele ser escaso, simplemente porque al juez le es muy difícil valorar en esse momento el posible resultado que tenga el medio de prueba, y es recomendable no ser demasiado restrictivo en este sentido, para no correr el riesgo de que el proceso se quede sin vestigios (positivos o negativos) importantes. Por otra parte, existe la realidad de la acumulación de asuntos que, indudablemente, impide realizar con el debido detenimiento esse juicio sobre la pertinencia. Pero es que aunque tuviera el juzgador todo el tiempo del mundo, normalmente le faltarán datos para valorar dicha pertinencia en el momento inicial del proceso. Datos que, normalmente, sólo va a adquirir, precisamente, durante la práctica de los medios de prueba”. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 109.

enfrentamento dessas questões, justamente, para reconhecer a sustentabilidade do testemunho por escrito no processo brasileiro.

O juiz não é o destinatário final da prova – como se ele pudesse não admitir uma prova, ao alegar que já estaria “convencido”, em uma clara mistura entre os planos da produção e da valoração da prova. O art. 77, I, do CPC, implica o dever de as partes exporem os fatos em juízo conforme a verdade<sup>5</sup>; o dispositivo é polêmico, tendo em vista que, na prática, as partes querem vencer a demanda, para além de uma descoberta da verdade. Ocorre que a norma extraída desse texto da lei deve se conformar ao dever de cooperação das partes com o juiz (art. 6º), o que indica a produção da prova com integridade, ética e indivisibilidade, naquilo que o suporte da confiança nas relações e no debate processual, ao menos pragmaticamente, enseja.

A grande crítica a uma concepção formalista de interpretação é que o juiz pode indeferir a admissão de uma prova, já se valendo do seu “convencimento”, que seria afeto à fase da valoração. Com efeito, esse reducionismo macula o direito fundamental à prova e repercute duas reflexões.

Em primeiro lugar, dizer que o “juiz é o único destinatário da prova” é devedor da Escola Processualística, na qual a Jurisdição estava no centro da teoria do processo. Naquele quadrante, o juiz não seria gestor ou *gatekeeper* da prova, mas a sua vontade acabava dizendo “o que seria a verdade”, conferindo-se um caráter constitutivo da prova. No Estado Constitucional, com a *tutela jurisdicional no núcleo da teoria do processo*, os movimentos dos atores processuais servem ao debate do caso concreto e, também, para extrair sentido ao ordenamento jurídico. Logo, não pode haver uma individualização demasiada ou egoística do modelo probatório.

Em segundo lugar, o modelo objetivo probatório desloca o foco do “convencimento” do juiz para a relação entre as provas e as hipóteses que se

---

<sup>5</sup> “É verdade que um dever absoluto de dizer a verdade poderia produzir resultados danosos, já que parece necessária a configuração de derrogações, exceções e limitações na aplicação concreta desse dever. Todavia, mesmo as atenuações práticas de tal dever não são outra coisa senão a confirmação de sua existência, ou seja, a necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e, igualmente, inaceitável) um sistema <moral> que não distinguisse a verdade da mentira, ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim, da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 116. O correlato dever da parte autora se reflete no ônus da impugnação específica dos fatos, em contestação (art. 341 do CPC).

pretendem provar<sup>6</sup>. Fácil dizer que o *direito fundamental à prova consiste na linha que costura* o direito material<sup>7</sup> (a tutela do direito) aos elementos que servem para a valoração da prova: hipótese-meio de prova-inferência.

Isso tudo revela a evolução para uma teoria cética moderada de interpretar as coisas do processo, sobretudo, firmando uma ponte entre hermenêutica e raciocínio lógico-argumentativo, que assinala a distinção entre “texto de lei e norma” e afirmam o isolamento entre o ato de admissão da prova e o momento da valoração da prova. “O julgador ocupa papel decisivo no fenômeno probatório. Aliás, sobre isso, mantém-se a ideia do que já se denominou de ativismo probatório equilibrado, compreendido, objetivamente, pelos poderes instrutórios do julgador, de modo calibrado, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, aquilatando a cooperação no processo, que tem como norte a realização de justiça”. Júlio Cesar Lanes e Fabrício Costa Pozatti<sup>8</sup> ressaltam que “não há como se admitir a valoração antecipada da prova. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova não se confundem”.

O Enunciado 50 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) assinala: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”. A proposição é decorrente da força do processo justo e do direito fundamental à prova, que são adensados pelo art. 378 do Código de Processo Civil (“ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”).

O pertencimento da testemunha (melhor dizer: do “testemunho”) ao processo é comprometido à relevância da prova. Os operadores podem continuar chamando a testemunha “do autor”, “do réu” ou “do juízo”; porém, em termos de conteúdo e funcionalidade, uma vez em juízo, “considera-se que a testemunha é do processo, de modo que não se daria maior ou menor valor para uma testemunha ou para outra; se não se demonstram quaisquer fatos ‘contra’ a testemunha (por exemplo, interesses diretos no litígio), o sistema não considera

---

<sup>6</sup> PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 39.

<sup>7</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Editora Thoth, 2021, *passim*. Versão comercial da tese de doutoramento defendida perante a UFRGS, em 2020.

<sup>8</sup> LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503/4. Os autores transcrevem recentes julgados do STJ que consideram o juiz como destinatário da prova – contrariando o que a doutrina, unanimemente, tem defendido nos tempos atuais.

que a indicação possa ser um fator a influenciar de alguma forma a testemunha<sup>9</sup>. Logo, a pertinência lógica do testemunho em relação ao objeto do processo – a relevância da prova e o *binding effect bound by testimony* – deve ser aferido em direção à prestação da tutela jurisdicional, considerando a efetividade da tutela, independente das contingências pessoais na seleção das pessoas que podem depor. O testemunho não fica escravizado pela autoridade ou pela crença na pessoa da testemunha.

Tal consideração não é meramente conceitual, porque indica a categorização epistêmica do testemunho como “ato de comunicação”. Vitor de Paula Ramos refere que se está “colocando o enfoque na comunicação e verificando-se que, em verdade, as duas ‘pontas’ do testemunho possuem responsabilidade epistêmica, ganha-se a possibilidade de um testemunho mentiroso e, ao mesmo tempo, que se dê mais importância à objetividade, à realidade daquilo que se comunica, do que às intenções subjetivas da testemunha”<sup>10</sup>. Não se trata de adotar um presuntivismo ou um não presuntivismo sobre a credibilidade da testemunha – mas, de aferir se o “ato de comunicação” que ela emite é corroborado por outras provas no processo, de maneira a preencher o *standard* pertinente ao objeto a ser juridicamente tutelado.

A relevância da prova deve considerar a contribuição que o testemunho pode alcançar ao processo. Não se trata de um modelo de “tudo ou nada”, até pelo fato de que a pós-modernidade encerra o pluralismo, os particularismos, a descodificação, a hiperinflação legislativa, a desestatalização do direito, a quebra do monopólio da soberania absoluta, enfim, a pós-modernidade faz questão de ser diferente do “moderno”<sup>11</sup>. Quer dizer, o depoimento da testemunha não pode ser de antemão desprezado com base em premissas fixas – a não ser, levando em conta as regras de privilégio previstas em legislação. Uma vez atendidas a amplitude que permite a participação da prova testemunhal, abre-se o campo da admissibilidade, de essência marcadamente jurídica, sendo que a produção da prova é indicativa de maiores ou menores cuidados no momento da valoração do testemunho (tendo em vista o caráter de eminência pessoal da prova testemunhal e o ato de comunicação que emana – seja por escrito ou oralmente).

<sup>9</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal* (do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 68/9.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 137.

<sup>11</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Prescrição e decadência* (sistematização de critérios na perspectiva da tutela dos direitos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 103.

O ordenamento jurídico prevê algumas restrições à prova testemunhal. Chama a atenção o caráter aparentemente subsidiário que o legislador estabelece, ao dispor que, quando houve confissão ou prova pericial, a prova testemunhal pode ser indeferida (art. 443). De outro lado, em questões de direito obrigacional, a prova testemunhal se transforma em verdadeiro curinga que pode socorrer a falta de outras evidências – assim como se verifica no art. 444, 445 e 446 do Código de Processo Civil. Em especial, a Lei 13.105/2015 derogou o art. 227, *caput*, do Código Civil, agora vigorando a regra que permite a prova testemunhal independente do valor do negócio jurídico discutido. A leitura transeitoral da legislação permite inferir que houve uma amplificação da admissão da prova testemunhal, o que se reflete na modalidade oral ou escrita. Afinal, quando o foco se transfere para o “ato de comunicação”, não importa a pessoa que transmite, mas se existem “razões positivas” (*warrant*) para garantir o depoimento.

Embora persista importante corrente que atribua menor vigor hierárquico à prova testemunhal, o próprio sistema normativo – em termos holísticos – não assinala uma distinção apoucadora. Se o art. 443, I, do CPC aparenta dispensar a testemunha, quando já existem outros meios de prova, isso pode ser apreendido como decorrência da efetividade e da eficiência das técnicas que servem à tutela do direito. De outro lado, no Código de Processo Criminal, que liga com questões que podem cercear a liberdade do indivíduo, os artigos 167 e 168, parágrafo 3º referem que a ausência da perícia em corpo de delito pode ser suprida pela prova testemunhal (para alguns, pode ser efetuada uma perícia por descrição testemunhal corroborativa). Vale dizer que o direito positivo brasileiro, na prática de ambos os sistemas processuais (civil e penal) acaba privilegiando a testemunha como prova de equiparável força em relação às demais. Evidente que tendo em vista os limitados fins de suporte para os quais tal prova é coordenada – a questão do *standard* de prova limita permite a utilização do testemunho para alguns atos processuais, porém, não garante a procedência de uma demanda somente com o testemunho.

### 3. A ADMISSIBILIDADE DO TESTEMUNHO ESCRITO

A prova testemunhal consiste no arquétipo da *vox viva* em termos probatórios. Não se trata de um objeto, mas na participação das pessoas para comunicar o “estado de fato” de determinado evento ou situação. Disso se infere que a testemunha não transmite conhecimento, mas um “ato de comunicação” que

pode ser oral, escrito, por intermédio de sinais ou demais formas de comunicação que possam ser apreendidas pelo interlocutor.

Michele Taruffo<sup>12</sup> refere que o testemunho na forma escrita é bastante difundido no *common law*, mormente na fase do *discovery*. Evidente que uma civilização mais assentada em termos de consciência social e a boa-fé deposite maior energia nessa evidência. De qualquer maneira, questão não passa despercebida na tradição da *civil law*, sendo que o autor exemplifica casos de testemunho por escrito na França, na Alemanha e na Espanha.

Duas questões merecem referência: (a) a admissibilidade do testemunho por escrito no direito brasileiro e a tentativa de lhe conferir maior credibilidade ou valência epistêmica; por conseguinte, conjugado a isso, está (b) a necessidade de compensação da flexibilidade ou maleabilidade do testemunho por intermédio de limitações procedimentais e cognitivas em que tal modalidade de prova pode ser acreditada.

A cláusula de abertura do art. 369 do CPC permite que sejam internalizadas ao processo todos os meios legais, desde que moralmente legítimos. Em primeiro lugar, então, a prova apresentada não pode ser contrária ao ordenamento legítimo, tampouco aos ditames da moralidade. A questão da “justiça”, da “segurança jurídica”, da “moralidade” são amplíssimas, mas o que se presente assinalar é que se trata de uma via de mão dupla – enquanto o testemunho escrito não pode ser dissonante dessas normas morais, é necessário que a evidência também seja conforme a uma imposição positiva dessa cláusula de abertura.

Vale dizer que imperativos “éticos” devem nortear a produção da prova testemunhal atípica. Segundo Paulo Osternack Amaral<sup>13</sup>, “o art. 77 do CPC dispõe que são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo proceder com lealdade e boa-fé durante a disputa judicial. O art. 80, por sua vez, enumera as condutas processuais que caracterizam litigância de má-fé”. Portanto, as partes, os intervenientes, enfim, as testemunhas, devem expor os fatos corretamente, *sendo que o advogado tem um especial compromisso nessa empresa de entregar uma prova epistemicamente válida* – com a menor contaminação possível (porque sempre haverá ruídos de percepção e de processamento na memória e no depoimento da testemunha<sup>14</sup>).

<sup>12</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 63-4.

<sup>13</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

<sup>14</sup> Desagravar o testemunho por escrito porque ele não está encadeado aos “simbolismos” da dogmática positiva se trata de pensamento arcaico – como se o advogado não conversasse com a testemunha, como se

O advogado que capta ou relata um testemunho por escrito é responsável pela *cadeia de custódia dessa prova*. Quer dizer que esse profissional deve resguardar a integridade, a identidade e a integralidade do testemunho, zelando pela minimização dos eventos que possam influenciar o ato de comunicação proferido pela testemunha – o exercício da advocacia possui interdependência funcional com uma atividade probatória ética, ou seja, o advogado deve observar o programa de *compliance* previsto no próprio estatuto e nas práticas sociais consagradas pelo direito<sup>15</sup>.

Os artigos 31 a 33 da Lei 8.906-94 remetem para o Código de Ética e Disciplina da OAB, que especifica:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

(...) VIII – abster-se de:

- a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
- b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

“O regime atualmente denominado *compliance* é oriundo da tradução de “to comply”, que significa cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta, consiste no controle da conformidade da profissão desempenhada. Trata-se do atendimento das regras ou padrões de conduta que estejam previstos *desde dentro* das estruturas corporativas. Nesse sentido, fala-se em programa de

---

não houvesse rede social para influenciar a testemunha, como se o *feedback* e os traumas não influenciassem o depoimento. O que se deve ter em mente é que tais variantes existem, portanto, uma aceitação presuntivista de um depoimento não pode afastar a necessária busca por corroborações epistêmicas. Por isso que se fala que sempre haverá maleabilidade no depoimento (oral ou escrito), devendo o processo lidar com um esquema de redução de danos. Ver RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal* – do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento com a psicologia e a epistemologia. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 162 e seguintes.

<sup>15</sup> THAMAY, Renman; TAMER, Maurício. *Provas no direito digital* – conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 107-110.

integridade que reúne normas e vincula estrutural e funcionalmente o trabalho dos profissionais aos respectivos códigos de ética, conferindo previsibilidade e calculabilidade aos deslocamentos operativos.”<sup>16</sup> O testemunho efetuado ao advogado, e por ele custodiado, deve ser acondicionado de maneira a melhormente afaste interferências que possam contaminar o discurso<sup>17</sup>.

O Código de Processo Civil parece que se preocupa com a contaminação do testemunho somente na fase da produção da prova. O art. 456 refere que o “o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará que uma não ouça o depoimento das outras”. Acontece que o *condicionamento da testemunha não ocorre somente no saguão do fórum*. Pelo contrário, desde o momento em que teve notícia ou que percebeu o evento, a testemunha já começa a sofrer os efeitos deletérios que desgastam essa memória.

O ideal seria que todos os fatos fossem filmados ou que, imediatamente à ocorrência de um fato, as testemunhas fossem ouvidas e gravadas em vídeo, comunicando sobre o acontecimento. Isso preservaria com alta dose de credibilidade o depoimento, a ser posteriormente apresentado e discutido em juízo.

Na medida em que isso não acontece, fica evidente que *tanto o testemunho oral como o testemunho por escrito estão sujeitos aos desvios narrativos*.

Conforme Vitor de Paula Ramos, embora o direito e a prática jurídica contraponham os sentidos de “mentira” com a “verdade” – o correto é assimilar que a “mentira” tem a ver com a “sinceridade”; e a “sinceridade” pode resultar em um depoimento “verdadeiro” ou “inverídico”. Quer dizer que a testemunha pode “mentir” dolosamente ou pode se “enganar”; nesta hipótese se trata do que o autor sintetiza com a expressão “erros honestos”, que ocorrem quando fatores como o decurso do tempo, idade, falta de foco de observação, efeito de álcool e outras causas contingenciais implicam falhas na percepção e na recuperação da memória das pessoas<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Thoth, 2021, p. 165.

<sup>17</sup> O *compliance* surgiu nos Estados Unidos, em 1977, com o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, indicando uma série de práticas salutares a uma “economia comportamental” nas empresas, fomentando (*nudges*) que penas e sanções poderiam ser atenuadas com a adoção desse expediente. No Brasil, veio previsto na Lei 12.846-13, com essa mesma tendência implicativa. Porém, o Decreto 8.420-15 não apenas prevê atenuantes, mas um verdadeiro catálogo de investigação privada a ser efetuada pelo *compliance-officer*. O programa de integridade é empregável à empresa e ao empresário, que pode desenvolver atividade individualmente. Logo, pelo fato de o processo ser metodologia de trabalho publicizado, é crescente a defesa pelas “investigações privadas” que devem ser respaldadas pelos mecanismos previstos inicialmente pelo sistema de *compliance*, enquanto *framework* de controle social e redução de danos. VIOLANTE, Sarah Furtado; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Compliance, investigação criminal e a observância dos direitos fundamentais*. *Revista Jurídica Unigran*, vol. 21, n. 41, jan-jun 2019, p. 51-3.

<sup>18</sup> *Prova testemunhal...*, cit., p. 162 e seguintes. O ponto nodal da tese de Vitor de Paula Ramos está na feliz ressignificação ou pareamento entre “verdade” e “falsidade”. O autor refere (p. 118) que “o testemunho,

literalidade do CPC (os antônimos frustrados)	inteligência da epistemologia (o correto pareamento de antônimos)
mentira X verdade	mentira X sinceridade inverdade-falsidade X verdade
<p>Conforme a suposição do CPC, o detector de mentiras remeteria à “verdade”. Isso não é admitido pela ciência, porque tal detector somente indica níveis de estresse ou situações subjetivas anômalas do sujeito. A verdade como correspondência se trata de fator objetivo que transcende o “estado de espírito” do depoente. Por isso que a simbologia da “sala de audiência”, da “imediação do juiz com a prova”, da “acareação” e do “amedrontamento pela prática do falso testemunho” não passam de novas ordálias.<sup>19</sup> Esses atos se reportam ao “convencimento do juiz” – enquanto que o atual raciocínio probatório se preocupa com a corroboração das provas em termos objetivos.</p>	

portanto, pode ser falso em pelo menos dois modos: mediante mentiras ou mediante erros honestos. A mentira ocorre não quando alguém afirma o falso, mas, sim, quando afirma o que *acredita* ou *sabe* ser falso. Afinal, a testemunha não pode ter uma *crença* sobre algo que acredita ser falso (o que seria uma contradição lógica), mas pode *expressar* algo em que não acredita. E isso é mentir.” Logo adiante (p. 119), adverte que “o direito, em outras palavras, não faz, em geral, uma diferenciação essencial entre dois pares de antônimos: *verdade* e *inverdade*, e *mentira* e *sinceridade*.” E conclui que “do ponto de vista da verdade e da inverdade, será *inverídica* a informação-recordação que não corresponder ao que realmente ocorreu, e será *verídica* aquela que corresponder. Do ponto de vista da mentira, por sua vez, esta tem seu contrário na sinceridade, que tem a ver com a memória do sujeito, não com a realidade: *grosso modo*, mente quem narra uma versão diferente em sua memória. É sincero quem narra uma versão igual à sua memória.” Esse núcleo da tese, para um leitor razoavelmente bom observador, já está entremostrado na citação que a edição comercial do livro publicado: “– Testimony is about your best memory; you go with your best memory.

– What if it’s wrong?

– Testimony isn’t about right or wrong, Alicia. It’s about the facts as established by your best memory of events” (*The good wife*, 3a Temporada, Episódio 12 – Alienation of Affection).

<sup>19</sup>“Por mais duro que possa parecer, o que o estado atual da ciência demonstra é que a ideia de que o juiz possa olhar para uma testemunha e ‘saber’ se ela está mentindo ou se está cometendo erros honestos não tem mais valor epistêmico do que quando na idade média se ‘verificava’ que alguém era culpado de um crime de bruxaria mediante a prova do ferro incandescente, ou do duelo. É, isso sim, uma forma de ‘obtenção’ de ‘conhecimento’ tão irracional quanto”. Vitor de Paula Ramos, *Prova...*, cit., p. 228-9. A pós-modernidade também tem seus “mitos”, por vezes, tão irracionais quanto os da idade média. Atualmente, as fake news viraram semi-dogmas de sustentabilidade informacional e o maior empregador do Brasil se chama Youtube. O judiciário é coadjuvante nesse processo estrutural de regulação de movimentos culturais macrodinâmicos, inclusive, porque o direito atua quase sempre em tempo diferido –

mas os influencers, seus grupos de assessores e seus super makes para fotos editadas, bom, esses estão conectados 24 horas por dia. Tendo em vista que o Brasil não tem um plano de Estado, mas um plano de governo e um plano de reeleição, a sociedade fica à mercê das novas ordálias, minguadas nas mãos daqueles que detêm uma parcela de poder – a grande virada poderia acontecer se o judiciário e os poderes constituídos tivessem a humildade para reconhecer o atual apequenamento a que foram sujeitados. Não se está dizendo que ocorrem desmandos, ocorre que a desestatalização, para uma civilização incipiente, implica uma desorganização sem precedentes e desgovernada. Sobre o caráter cultural e recondicionante das ingerências entre cultura e processo, ver CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, em especial, p. 61-73.

O argumento da “inverdade” ou da “mentira” não são suficientes para afastar o testemunho por escrito. Afinal, esses fenômenos também acontecem na forma oralizada. Não é a figura do juiz, a acareação ou um juramento (*affidavit*) que pode resultar na prática do crime de “falso testemunho” que eleva a prova epistemicamente. A diferença entre o testemunho oral e o por escrito é “de grau”<sup>20</sup>: o *procedimento em contraditório*, utilizado para a inquirição oral da testemunha, confere uma aparência de maior controle sobre a prova, inclusive, permitindo a produção de contraprovas imediatas ou o reforço do próprio testemunho (prova de segundo grau ou prova sobre a prova).

O contraditório<sup>21</sup> eleva epistemicamente a prova, porque legitima a conclusão do Estado-juiz através do contato equilibrado das partes com a testemunha. Evidente que isso não resolve todos “os problemas do testemunho”. Deveras, a testemunha não passa a ser “sincera” ou a “dizer a verdade” por ocasião de estar na frente do juiz e pelo fato de ser contraditado pelo advogado da outra parte. Até pode acontecer do depoente se assustar e causar algum efeito “positivo”, agora, esse efeito acaba, também, sendo deletério da memória, ele acaba afetando a incolumidade entre o acontecido e o depoimento. Em outras palavras, o sujeito que quer “falar algo que não existiu”, ou quem “se engana sobre o que aconteceu”, não é por causa do contraditório em sala de audiência que o respectivo testemunho passa a ser elevado a uma verdade por correspondência.

De outro lado, tampouco a falta de contraditório permite equiparar o testemunho por escrito ao testemunho oral – justamente, o *testemunho oral possui uma vantagem “meramente” procedimental sobre o testemunho escrito*.

Para além das responsabilidades do advogado, implicadas pela produção da prova sem o contraditório direto e concomitante, o sistema jurídico estabelece uma forma de controle procedimental do testemunho por escrito. Não se trata de uma regra posta pelo ordenamento jurídico porque, em realidade, a decorrência da limitação

<sup>20</sup> “La formación o práctica de la prueba de forma contradictoria tiene su aplicación más clara en el caso de las pruebas denominadas personales, es decir, de las pruebas que consisten en la declaración de una persona física. En esos casos, por ejemplo, resulta útil epistemológicamente permitir el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las dos partes puedan preguntar sobre la información que pueda apoyar sus respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 88.

<sup>21</sup> A ausência de contraditório motivou a inadmissibilidade de diversas provas atípicas, de maneira a se afastar uma decisão “surpresa”. Contudo, não se fala em ausência, mas em mitigação temporária do contraditório, que posteriormente é integralizado e mantém a legitimidade da prova e da consequente decisão. TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. XXXIX, p. 101-3.

procedimental é devida ao “raciocínio probatório”, e não quer dizer ao programa de normas que tentam conferir uma “presunção” de “sinceridade” à testemunha.

O raciocínio probatório que o testemunho escrito viabiliza, na perspectiva das respectivas limitações, portanto, acaba por condicionar o formalismo processual em termos de adequação do procedimento e utilização da pertinente técnica cognitiva em que tal modalidade de prova atípica pode ser utilizada de maneira epistemicamente produtora.

#### **4. A COMPENSAÇÃO PROCEDIMENTAL E COGNITIVA DECORRENTE DA AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO CONCOMITANTE NA PRODUÇÃO DO TESTEMUNHO ESCRITO (OU CONSEQUÊNCIA DA DIFERENÇA “DE GRAU” ENTRE AS MODALIDADES DE TESTEMUNHOS)**

Uma pesquisa açodada poderia concluir que as Cortes Supremas do Brasil não admitem (tampouco atribuem *vigor*) o testemunho por escrito.

No REsp 472.174-MT (2002/0100630-7), Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 12/06/2006, foi julgado que:

“Impondo o Código a oralidade do depoimento, fica, conseqüentemente, vedada à testemunha trazer o depoimento escrito. Tal qual o regime geralmente adotado pelas legislações estrangeiras e sempre seguido no direito brasileiro. Não será preciso dizer que o depoimento escrito desnatura o caráter da prova testemunhal, que tem na originalidade das declarações a sua maior eficácia. Ora, não poderia esta originalidade ser apurada se a testemunha se limitasse a ler declarações previamente escritas. Ficar-se-ia, com a aceitação da leitura do depoimento escrito, sem meios de se indagar se este constituiria o real conhecimento da testemunha quanto aos fatos informados, ou se constituiria fruto de sugestão de terceiros ou mesmo obra de má fé a serviço de interessados. Por outro lado, as partes se tornariam cerceadas de inquirir a testemunha e desta obter subsídios preciosos à elucidação do fato e suas circunstâncias” (Prova Judiciária no Cível e Comercial, Moacyr Amaral Santos, Max Limonad, São Paulo, 3ª ed., Vol. III, p. 532).

No REsp 524140-SP (2003/0051496-4), Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator para o Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24/02/2005, foi julgado que:

A 3ª Seção desta Corte firmou-se no entendimento de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, Jurisprudência/STJ - Acórdãos Página 1 de 3 legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp nº 205.885/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ 30/10/2000).

Dois aspectos que saltam à observação. As decisões foram proferidas há mais de quinze anos, na vigência de outro código ou de outra metodologia processual – possível falar em outra rotina social, tendo em vista a motricidade dos acontecimentos nessa passagem de tempo.

Em segundo lugar, naquela época, sequer se comentava sobre intensidade corroborativa da prova no Brasil. Tampouco se falava em questões principais ou periféricas para a finalidade do julgamento. O processo tinha o desfecho conforme o “convencimento” do julgador; a dimensão epistêmica do testemunho consistia em assunto de uma distante filosofia, que focava na “pessoa da testemunha” a questão da “confiança” (ao invés do ato de comunicação).

O estado das coisas jurídicas se modificou bastante. A presente reflexão *não é defender que o testemunho escrito resolva integralmente o objeto de qualquer processo*. Com efeito, o propósito é visualizar que o testemunho escrito pode resolver algumas questões, por motivos que o sistema jurídico abarca desde o raciocínio probatório – em compromisso com a epistemologia.

O processo é um sistema interacional<sup>22</sup> que se desenvolve dialeticamente. Diversas narrativas tendenciosas postulam a providência do juiz. Não é pelo fato de ser “mais formal”, colhida em uma “solenidade”, que o testemunho *vale mais*. Além disso, não é pelo fato de ser endossada pelo advogado que o testemunho escrito “diz a verdade” – a manifestação das partes tem compromisso ético, mas não uma pré-condição alética.

Não existe escala de subordinação entre as modalidades de testemunho. O que deve ser apreendido é que a dimensão epistêmica do testemunho deve ser obtida no enfrentamento dos aspectos contextuais do processo. Os símbolos e rituais jurídicos acabaram levando os operadores a um “presuntivismo”<sup>23</sup> que

---

<sup>22</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 30.

<sup>23</sup> Vitor de Paula Ramos, *Prova testemunhal...*, cit., p. 122 e seguintes. O autor traz um interessante

significa em uma credulidade acerca das declarações da testemunha, quando ela depõe sob juramento. Isso não merece trânsito atual, até porque, se ambas as partes apresentam testemunhas que apontam fatos contrapostos, isso quer dizer que o “presuntivismo” foi quebrado por um dos lados.

Também não é defensável um realismo exacerbado ou ceticismo absoluto que retire a força probatória do testemunho. Cuida-se de prova válida no processo, cuja “suficiência” pode, ou não, satisfazer a hipótese em discussão. A “suficiência” da prova quer dizer sobre o grau de corroboração, sobre o preenchimento do *standard* de prova: ou melhor, a intensidade corroborativa para que algo seja reputado como provado<sup>24</sup>.

Vale dizer que tem questões que não podem ser provadas com a prova oral, assim como evidentemente tem questões que não podem ser provadas com testemunho escrito. Portanto, a epistemologia informa o direito para pontuar que o depoimento da testemunha – seja qual for a modalidade – não goza de uma presunção de veracidade meramente simbólica. O importante é observar o “ato de comunicação” e o *contextualizar objetivamente* em relação aos demais elementos do processo, verificar se a hipótese que se pretende provar pode ser ratificada pela modalidade eleita, levando em conta não somente a pessoa do emissor (testemunha), mas, principalmente, o estado de coisas comunicado em cotejo às demais informações que o receptor (juiz) já dispõe.

Nesse sentido que existe uma diferença “de grau” entre testemunho oral e testemunho escrito.

---

argumento *a fortiori*, ao referir que “do ponto de vista da epistemologia, tanto a narração da petição inicial e da contestação quanto um testemunho fornecido por terceiros na audiência de instrução são formas de testemunho em sentido amplo. Entretanto, curiosamente, o tratamento jurídico recebido é completamente diverso: a narrativa da petição inicial, pelo mero fato de ser parcial, é tida como absolutamente inservível *por si só* para confirmações epistêmicas, fazendo-se necessário o aporte de provas, de razões positivas para que o Direito possa ‘crer’ naquelas narrativas; por outro lado, a narrativa de qualquer testemunha (em sentido estrito jurídico) é tida como confiável e suficiente para permitir inferências e obtenção de conhecimentos, salvo provas em contrário; isto é, na ausência de provas em sentido contrário, a testemunha é considerada confiável, e seu testemunho é considerado verdadeiro”. Essa diferenciação presuntivista não merece vigorar. Todas as alegações devem ser respaldadas em provas. O testemunho, isolado, não resolve todos os casos. O CPC reforça essa impositação, no art. 345, IV, ao relativizar os efeitos da revelia e ressaltar que não deve prevalecer a presunção de verdade quando “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos”. Inclusive a “não contestação” não tem efeito de presunção absoluta no atual sistema de processo constitucionalizado.

<sup>24</sup> O *standard* de prova vale como garantia para apreender que algo foi provado conforme uma racional exigência probatória. Ver FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción* – estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 33.

Qual a racionalidade disso?

Ora, existem questões que não dependem do contraditório prévio ou concomitante – o próprio ordenamento jurídico aponta que algumas situações podem ser decididas com um contraditório diferido.

O Código de Processo Civil estabelece:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701 .

Se o sistema processual dispensa o contraditório, nessas hipóteses, evidente que tais casos podem ser aparelhados “prima facie” pelo testemunho escrito. Em especial, o caso da tutela de urgência, para assegurar a parte contra a “irreversibilidade reversa” do direito postulado (inteligência *a contrario sensu* do art. 300, parágrafo terceiro). Um pedido liminar pode ser ratificado pelo testemunho escrito – posteriormente, tal prova pode ser contraditada ou corroborada no decorrer da instrução.

O art. 311, II e III, indica a tutela de evidência liminarmente deferida. Nessas espécies, a evidência qualificada é conjugada com a “urgência”, apreendida pela intensidade sedimentada pela consistência de decisões judiciais, bem assim quando a funcionalidade do contrato de depósito denota a necessidade do provimento imediato. Em ambas as hipóteses, o testemunho escrito pode reforçar a demanda.

O procedimento monitorio consiste em uma espécie de tutela da evidência, cuja monitorização encerra uma espécie de *solve et repete* dialogal. Ocorre que o sistema já prevê que “a prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381” (art. 700, parágrafo 1º, CPC)<sup>25</sup>.

Vale dizer que a eventual redução do testemunho a um documento escrito

---

<sup>25</sup> COLLUCCI, Ricardo. Primeiras impressões sobre o tratamento dado à “ação monitoria” no Novo Código de Processo Civil. In ALVIM, Thereza Arruda *et al* (coord.). *O Novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 669.

deve atender ao procedimento da produção “autônoma” de prova, na espécie da ação monitoria. A despeito dessa regra geral, *existem situações extremas em que o procedimento autônomo de produção de prova pode ser dispensado*, ou melhor, o contraditório que ele encerra pode ser postergado: por exemplo, em caso de autotutela judicializada, art. 249, parágrafo único, do Código Civil – “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Em realidade, trata-se de uma situação de urgência manuseada em ação monitoria, mas que remete à tutela de urgência. Logo, é possível a aplicação sistematizada e combinada da tutela de urgência e do procedimento monitorio, o que significa que o art. 9º e seus incisos I e III podem ensejar a admissão do testemunho oral em procedimento monitorio – *eventualmente, dispensando a obtenção autônoma de prova do art. 381 do CPC* (exceção ao art. 700, parágrafo primeiro, CPC).

## 5. O QUE REALMENTE IMPORTA?

Os argumentos ficam irrefutáveis quando, para completar o quadro implicado pelo art. 9º do CPC, analisa-se a liminar em ação de força nova para a reintegração de posse.

O Código de Processo Civil prevê, eventualmente, audiência de justificação prévia para comprovar a posse e deferir a liminar:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

*É mais um caso de tutela de evidência*, portanto, dispensa a urgência para o deferimento. Embora o demandado possa reinquirir as testemunhas apresentadas em justificação, não existe um contraditório “pleno”, tendo em vista que somente as testemunhas arroladas pelo autor comparecem em audiência<sup>26</sup>. Ora, esse

---

<sup>26</sup> Nesses termos: “Em caso de necessidade de justificação prévia das alegações do autor, o réu será citado para comparecer à audiência que for designada (art. 928, caput, segunda parte, do CPC). Na audiência de justificação, as testemunhas arroladas pelo autor serão ouvidas, facultando ao réu contraditá-las e reinquiri-las, sendo incabível a tomada de depoimentos das partes ou inquiridas testemunhas da parte ré. Não há, inclusive, exigência legal de que o réu compareça ao ato acompanhado de advogado.” (Agravo de Instrumento, Nº 70034535682, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em: 04-02-2010)

procedimento se aproxima muito do testemunho escrito, já que o advogado da parte autora escolhe as testemunhas que vão depor e, ainda, *mantém contato prévio com elas*.

A figura da “depuração” da prova, pelo suposto “isolacionismo” da testemunha “de uma parte” para com as outras, queda pela própria literalidade do Código de Processo Civil, quando, atualmente, determina-se que “cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo” (art. 455). Com efeito, esse procedimento arrefece a simbologia e a ritualização de que a testemunha seria “intocável” e somente poderia comunicar o estado das coisas em sala de audiência. Atualmente, com a quantidade de informações que circulam pela internet e pelos *smartphones*, seria impossível manter a “crença” de que não existe *feedback* ou todo o tipo de influência sobre o depoimento de uma testemunha.

Razão pela qual o testemunho escrito é admitido e merece o *devido valor* – porém, tem um campo de vigor mais restrito, o que é decorrente do *standard* de prova a ser preenchido.

O que realmente importa?

O foco do processo é entregar a tutela do direito para as pessoas.

Nesse sentido que o direito fundamental à prova consiste em um consectário do direito fundamental à tutela jurisdicional. O raciocínio probatório se trata do meio que racionaliza o adensamento das normas para a adequação do formalismo processual e dos limites da cognição para o propósito de aproveitar as provas sem ocasionar danos marginais à contraparte.

Nesse sentido, o espaço de utilização do testemunho escrito é diagnosticado: ele se presta a aparelhar a tutela provisória, em seus desdobramentos liminares, assim como pode amparar as corroborações periféricas a outras provas processuais. Pelo motivo que tais hipóteses estão comprometidos com um *standard* de prova rebaixado, uma mera preponderância de provas, grau de corroboração (*warrant*) que pode ser preenchido sem o contraditório, ora pelo testemunho escrito.

Sobre o *standard* de prova em tutela liminar<sup>27</sup>:

---

<sup>27</sup> Cássio Benvenuti de Castro, *Standards de prova...*, cit., p. 254-5.

No tocante à tutela provisória, ainda, a legislação utiliza terminologias diferentes, mas substancialmente equivalentes. No caso do mandado de segurança, o art. 7º, III, da Lei 12.016 do ano de 2009, determina “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”. Por fundamento relevante, entende-se o pleito aparelhado em documentos que explicitem os efeitos indevidos que um ato administrativo está causando ao patrimônio jurídico do impetrante. Ou seja, o risco da perpetuação dos efeitos indesejados deve ser mais nefasto que o risco da suspensão desses efeitos. Uma mera preponderância avaliativa.

O mesmo raciocínio que ocorre na tutela da evidência (art. 311 do CPC). “O legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação da ‘tutela provisória’ a partir das quatro situações arroladas no art. 311, CPC. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será. A tutela da evidência é fundada em cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada”<sup>28</sup>. O comentário reflete a metodologia corroborativa, inclusive, sustentando a “virtualidade” da defesa que pode falsear a hipótese inicial<sup>29</sup> – o magistrado deve visualizar o confronto entre argumentos suscetíveis, calculando que a defesa é inconsistente perante a pretensão da tutela do direito. Logo, possível generalizar que as tutelas provisórias reclamam um SP de mínima corroboração virtualmente preponderante, mas que pode ser alavancado quando presente o risco de irreversibilidade da medida postulada, ou na medida em que o demandado apresente defesa consistente.

A última alusão à aceitação do testemunho escrito que aparelha tutela “prima facie” pode ser avistada no expediente pré-processual do inquérito policial. Com efeito, o sujeito é capturado e os depoimento dos policiais e demais pessoas são reduzidos a termo, perante o delegado e, geralmente, com a presença do advogado da defesa. Não ocorre o contraditório judicial, mas tais elementos

---

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 405

<sup>29</sup> A liminar em ação possessória de força nova (art. 562 do CPC), a inibição da constrição em embargos de terceiro (art. 674) e o mandado de cumprimento em ação monitória (art. 701), dentre outras espécies em legislação esparsa, consistem em *modalidades de tutela da evidência* em que não é preciso demonstrar urgência. Logo, uma preponderância inicial e mínima de prova permite ao juiz a tomada de decisão para tutelar a posição jurídica do autor – mas que pode ser posteriormente falseada com a apresentação de uma defesa consistente. Reiterando que o testemunho escrito, em ação monitória, somente é admitido em situação de urgência, conforme comentado acima (haja vista a previsão expressa do art. 700, parágrafo primeiro, CPC).

valem como documentação suficiente para fundamentar a prisão e desencadear a ação penal – nota-se que limitação funcional do inquérito, que não se presta para a condenação criminal, porém, ele produz efeitos conforme o *standard* de prova que abarca: uma preponderância inicial de provas a favor da imputação. Analogia que não se distancia do testemunho por escrito na tutela prefacial.

As corroborações periféricas<sup>30</sup> são as provas de “fechamento” de um conjunto de evidências que aparelham uma hipótese. Susan Haack<sup>31</sup> pontua que elas indicam “*how comprehensive the evidence is (analogue: how much of the crosswoerd has been completed)*”, porque faz menção ao conjunto probatório como um “mosaico” ou “palavras cruzadas”, onde cada lacuna deve corroborar a outra. O espaço de valoração do testemunho escrito é sobre o “grau de inclusão”, ou seja, a *prova de superfície* que visa a conferir adicional vigor às provas já elencadas.

## CONCLUSÃO

O sistema processual atual defende a resolução multiportas dos conflitos, o incremento da mediação e da arbitragem, com a deformalização do processo e a desestatalização de alguns procedimentos. No terreno probatório, cada vez mais é falado na desjudicialização da prova (ou processo cem por cento digital).

O testemunho escrito é realidade que deve ser aceita e valorada no processo, nos limites do *vigor* operativo e substancial que o raciocínio probatório veicula.

Pode ser efetuado por ata notarial, por declaração com firma da testemunha reconhecida ou até com declaração de autenticidade efetuada pelo advogado<sup>32</sup>, enfim, o que *interessa é a justificativa de racional produção e processamento da*

---

<sup>30</sup> As corroborações periféricas *não são as provas de base, não consistem nas provas de suporte da questão* – em se tratando de situação em que não existe urgência. Nieva Fenoll refere que são provas circunstanciais do fato que se busca expressar, por intermédio dos depoimentos que reforçam a ideia já acertada positivamente na demanda. Além disso, o autor também comenta sobre “detalhes oportunistas a favor das partes”, que podem ser entendidos como fatores secundários que ajudam na posição das partes. Por exemplo, o testemunho escrito sobre a “personalidade” ou sobre o “comportamento social” do acusado, no cálculo da pena (art. 59 do Código Penal) em sentença criminal, espécie em que não existem óbices para que seja feito por escrito. Justamente, pelo caráter secundário dessas alusões em termos de narrativas processuais-probatórias. Nieva Fenoll, *La valoración...*, cit., p. 227-229,

<sup>31</sup> HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 14.

<sup>32</sup> O art. 425 do CPC estabelece que fazem a mesma prova que os originais: IV - as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade;

cadeia de custódia do ato de comunicação que tenha sido prestado pela pessoa que testemunhou o estado de coisas relevante para a demanda. Principalmente em tempos em que as instituições estão mais vagarosas e com as pessoas precisando urgentemente de um provimento tempestivo, como em época de pandemia, situações extremas reclamam medidas urgentes.

Por exemplo, o testemunho escrito viabiliza o deferimento de tutelas provisórias para alcançar pensões por morte – cujos proventos já foram diminuídos com a reforma previdenciária<sup>33</sup> –; o testemunho escrito se alavanca como pilar de uma “irreversibilidade reversa”, que justifica epistêmica e pragmaticamente as decisões; e, de resto, o testemunho escrito pode ser “recuperado” ou contestado em contraditório eventual em juízo. Tudo para salvaguardar a tutela tempestiva e efetiva dos direitos.

junho/2021

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Prescrição e decadência* (sistematização de critérios na perspectiva da tutela dos direitos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Editora Thoth, 2021.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, em especial.
- COLLUCCI, Ricardo. Primeiras impressões sobre o tratamento dado à “ação monitoria” no Novo Código de Processo Civil. In ALVIM, Thereza Arruda *et al* (coord.). *O Novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción – estándares de prueba y debido processo*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

---

<sup>33</sup> Art. 26, parágrafo segundo, da EC 103-2019.

- HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 1959.
- LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016,
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 109.
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal* (do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- TARUFFO, Michelle. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. XXXIX.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no direito digital – conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- VIOLANTE, Sarah Furtado; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Compliance*, investigação criminal e a observância dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica Unigran*, vol. 21, n. 41, jan-jun 2019.



---

# A PRESCRIÇÃO E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS AUTORAIS. UMA VISÃO PROCESSUAL DAS INFRAÇÕES NA INTERNET

---

*Émilie Neves Maciel<sup>1</sup>*

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo analisar os efeitos da prescrição nos casos de violação de direitos autorais na internet, no que tange a “violação continuada”, especialmente. Fato é que o entendimento destas violações trazido pela doutrina e pelos tribunais, implica na renovação do *dies a quo* diariamente. Aqui, serão apresentadas as consequências dessa renovação diária do termo inicial, bem como das discussões acerca dos prazos prescricionais a serem aplicados nos casos de violações de direitos autorais na internet.

**Palavras-chave:** Prescrição, direitos autorais, internet, violações, prazos.

**Abstract:** This article aims to analyze the legal effects of time lapse on copyright infringements online, according to Brazilian law, specially regarding the concept of “continuous violation”. The scholars and judges have understood that these kind of violations imply in a daily renewal of its initial referential term. Therefore, will be presented the consequences of this renewal as well as the discussions regarding time lapse effects on those kind of infringements.

**Keywords:** Time lapse effect, copyright, internet, infringements, violations.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho utilizará a metodologia dedutiva. A partir de conceitos gerais sobre prescrição e também decadência estabelecidos por outros autores,

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

será construído um panorama que permitirá chegar ao entendimento do caso particular de prescrição nas violações de direitos autorais e, especificamente, na internet. Também serão reunidas teses contrárias de autores para que sejam feitos contrapontos entre elas, numa lógica dialética, que contribuirá para a conclusão do estudo.

O conceito aqui formulado propõe levar em consideração elementos de fundamento histórico e teórico, pois passará pelo desenvolvimento do conceito de prescrição – na chamada “sociedade em rede”, por Manuel Castells –, e dos efeitos do tempo no direito processual. Simultaneamente, tratará da divergência de entendimentos quanto ao prazo prescricional e o termo inicial a ser utilizado atualmente em casos de violações de direitos autorais na internet.

Além dos autores mencionados, ao tratar de propriedade intelectual – mais especificamente de violação de direitos autorais na internet e seus prazos prescricionais –, serão incluídos como fontes trabalhos de autores reconhecidos e que muito se debruçaram sobre o tema de propriedade intelectual, como Denis Borges Barbosa, José de Oliveira Ascensão, entre outros.

Ao final será tratada a controversa questão dos prazos prescricionais a serem aplicados nas violações de direitos autorais. A atenção será voltada à teoria da *actio nata* em seu viés subjetivo e objetivo, verificando a possibilidade da utilização do primeiro em determinados casos segundo a jurisprudência e doutrina. O que possibilitará ao leitor vislumbrar uma possibilidade de ampliação de prazos prescricionais em determinados casos de violação de direitos autorais, de acordo com a doutrina e a jurisprudência.

## **2. DIREITO SUBJETIVO, PRETENSÃO, LIDE E AÇÃO**

O direito brasileiro, influenciado pelo direito romano-germânico, adotou o conceito de pretensão (*Anspruch*) cunhado por Bernhard Windscheid e, posteriormente, positivado no Código Civil Alemão em seu §194 I. Esse dispositivo traz a concepção de que a pretensão é “o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão” ou, ainda, é o “poder de exigir um comportamento” (FONTES, 2002).

O termo “direito” neste contexto deve ser entendido como direito subjetivo relativo por se relacionar ao significado material de pretensão. Por isso, onde se lê o “direito de exigir”, deve-se entender o poder de exigir. (FONTES, 2002) Pontes

de Miranda aponta como inconveniente do uso do termo “*Recht*” (Direito) pelo Código Civil alemão ao conceituar a pretensão. Isto porque o termo permite falar no direito subjetivo, ou direito a exigir (pretensão) ou no direito à ação, que são três categorias distintas (MIRANDA, 2013).

Pontes de Miranda se filia ao conceito alemão de pretensão ao lecionar que “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (MIRANDA, 2013). Como um contraponto, na doutrina espanhola e italiana encontra-se a definição da pretensão como “uma declaração de vontade reclamando uma atuação” (FONTES, 2002). Carnelutti (1959) compõe esse grupo de doutrinadores italianos e, para ele, a pretensão “é um ato, não um poder”. Nesse sentido, a pretensão seria um ato e, portanto, uma manifestação da vontade, e estaria, assim, dentre os atos chamados de declarações de vontade (CARNELUTTI, 1959).

Neste trabalho, será utilizada a primeira definição, pela influência que a doutrina alemã exerceu no direito brasileiro, mais especificamente no Código Civil; também pelo fato de parecer a mais acertada, conforme os motivos que serão expostos adiante.

O nascimento da pretensão é explicado por duas teorias: a teoria objetivista e a teoria subjetivista. De acordo com a primeira, o direito subjetivo consiste em uma promessa de tutela, mas é pela insatisfação deste direito que nasce a lesão e, conseqüentemente, a pretensão. Para a segunda, a pretensão e o direito subjetivo nascem concomitantemente; portanto, a pretensão nasce com a obrigação/ relação jurídica. A pretensão seria uma protetora da situação de liceidade. O titular de um direito subjetivo porta, simultaneamente, um elemento deste direito, que é o *status* de pretender de forma latente o comportamento da outra parte; e a este, para esta teoria, chama-se de pretensão (FONTES, 2002).

O Código Civil Brasileiro de 2002 se filiou à primeira teoria. Conforme explica a teoria adotada (objetivista), a pretensão nasce com a violação do direito subjetivo e para que haja a existência de um direito subjetivo é preciso falar da relação jurídica que o constitui. O direito subjetivo surge a partir das relações jurídicas como um interesse juridicamente tutelável, nas quais a faculdade de exigir é conferida a uma das partes para que exija da outra a prestação (FONTES, 2002). No caso de recusa pela outra parte em cumprir a prestação, existe a lesão do direito subjetivo e, conforme comentado, o nascimento da pretensão. Correia

(2021) colabora em compreender essa visão do direito subjetivo, mas filia-se à tese de que a pretensão nasce com o direito subjetivo e não com a lesão.

Diferente das relações jurídicas que caracterizam o direito subjetivo, o direito potestativo não vem marcado pela “cooperação do seu destinatário para ser exercido” (FONTES, 2002). De acordo com Alves (1999), os países de língua latina definiram como direitos potestativos aqueles poderes que são despidos de pretensão. Ademais, a extinção do direito potestativo será marcada pela decadência, diferente da do direito subjetivo, que será marcada pela prescrição (ALVES, 1999), como será visto em capítulo específico.

Tendo em vista que o direito subjetivo se constitui através de uma obrigação ou relação jurídica, o objeto da pretensão é o que se pode exigir a partir da violação deste direito. Com a violação do direito subjetivo pode-se exigir a prestação não satisfeita e o bem. Desse modo, a pretensão possui dois objetos: um imediato, que é a prestação, outro mediato, que é o bem (FONTES, 2002).

Outro ponto importante sobre a pretensão é o seu fundamento. O fundamento da pretensão é a norma jurídica dedicada a ela. A Norma de Pretensão seria a junção de uma situação hipotética, mais a consequência, mais a exigibilidade direcionada. Essas situações hipotéticas e as consequências estarão sempre ligadas por um nexó de correlação; porém nem todas as consequências podem gerar uma pretensão, ou seja, o poder de exigir, a exigibilidade, somente as consequências bilaterais e de cooperação, ou seja, as que envolvam relações que contenham direito subjetivo (FONTES, 2002).

Na parte geral do Código está a figura da pretensão originária do direito germânico que, por sua vez, deve ser entendida como pretensão material, pois provém da violação do direito subjetivo e ainda não adentrou no terreno processual (ALVES, 1999). A distinção entre a pretensão processual e material foi originada nos estudos de Adolf Wach tendo em vista que além da exigência que a parte faz valer contra o devedor, existe também uma exigência de tutela de direitos que é dirigida ao Estado (FONTES, 2002). Sendo assim, a pretensão processual “significaria toda a exigência feita numa demanda”. Assim, a pretensão processual teria um caráter público, não emanaria do direito subjetivo privado (FONTES, 2002).

Para adentrar no campo das pretensões referentes a direitos autorais, é importante levar em conta a natureza dos direitos de autor. O entendimento de Miranda (2013) é de que os direitos de autor têm natureza de direito real, mesmo

extinguindo-se após certo período de tempo. Esse entendimento não é pacífico na doutrina, há parte que acredita que os direitos de autor devam se enquadrar entre os direitos pessoais, enquanto outra parte acredita que é mais acertado que estes direitos sejam enquadrados entre os direitos reais (MIRANDA, 2013).

Inicialmente, o Código Civil de 1916 tratava o direito de autor como propriedade, o que encontrava respaldo na doutrina da época que reconhecia este direito como de natureza real. Com as leis 5988/73 e 9610/98 sobre o tema, os artigos do Código de 1916 que tratavam sobre a matéria foram revogados e surgem também controvérsias quanto à natureza jurídica, visto que as novas leis apresentavam a dualidade moral e patrimonial do direito de autor (MIRANDA, 2013).

Há doutrinadores que lecionam que os direitos patrimoniais do autor estão na esfera dos direitos reais, na linha do que indica Pontes de Miranda. Como suporte a esse pensamento, a lei 9610/98 também tipifica o direito de autor como bem móvel. Outra parte da doutrina, no entanto, percebe que a obra enquanto objeto do direito autoral não pertence aos direitos reais, pois não seria uma «coisa» passível de apropriação. Neste sentido, a obra não seria capaz de gerar propriedade. Fortalecendo o segundo argumento, de que os direitos de autor não têm característica de direitos reais, está o fato de que o domínio público geraria uma resolubilidade da propriedade por força de lei, o que não possui precedentes nos direitos reais ou no direito civil das coisas (MIRANDA, 2013).

O direito de autor quanto à sua estrutura pode ser entendido segundo duas teorias: a teoria dualista e a teoria monista. Para a primeira, o direito se subdivide em outros dois: o direito patrimonial e o direito moral. Levando em conta que o direito moral abrange aqueles direitos que emanam dos direitos da personalidade em contraponto com os direitos patrimoniais que abrangem os direitos econômicos relacionados às obras (MIRANDA, 2013). Para a teoria monista, apesar de haver a possibilidade de exercer o direito de autor tanto no campo econômico quanto no campo dos direitos da personalidade, o direito de autor é visto como um direito único, que se inclina mais para um polo ou outro. Nas palavras de Gonzalez Lopez (1993) na teoria monista: «não existem dois direitos distintos, e sim um só *sui generis*, que é resultado da mescla inseparável das faculdades pessoais e patrimoniais, tendo uns e outros por objeto a obra do engenho». Dessa forma, nessa teoria haveria uma inclinação do ordenamento aos direitos econômicos ou de personalidade (MIRANDA, 2013).

No que é pertinente à seara dos direitos autorais, podem-se elencar os seguintes tipos de pretensões que surgem com a violação dos direitos autorais de acordo com os critérios de Correia (2021): pretensão de manutenção da integridade; pretensão reparatória; pretensão acautelatória; pretensão creditória.

A pretensão de manutenção de integridade da obra, de acordo com Correia (2021), se relaciona com os direitos de indicação correta de autoria, de manutenção de inédito, de manutenção da integridade e também envolve o direito de exigir que o infrator dos direitos autorais cesse a infração, e o recolhimento de obras ilegalmente copiadas se for o caso (CORREIA, 2021).

Esses direitos fazem parte da extensa lista de direitos morais do autor, que são aqueles direitos irrenunciáveis e inalienáveis do autor sobre a sua obra dentre os quais estão: o direito de paternidade, o direito de nomeação, o direito de divulgação, o direito de inédito, o direito de integridade, direito de modificação, direito de retirada, direito de repúdio do projeto e direito de acesso (WACHOWICZ; COSTA, 2016). Alguns doutrinadores como Miranda (2013) fazem uma lista um pouco mais restrita na classificação desses direitos. Porém, todos esses direitos que compõem os direitos morais do autor estão presentes no art. 24 da Lei 9610/1998.

Acerca da pretensão de manutenção da integridade, há discussão doutrinária acerca das pretensões que decorrem dos direitos de personalidade. Para os autores como Tepedino, Barboza e Moraes (2004), quando há violação de direito da personalidade a pretensão não prescreve, ainda que seja patrimonial. Porém Correia (2021) aclara que a imprescritibilidade de todas as pretensões relacionadas às violações de direitos da personalidade implicaria em grande custo ao poder judiciário, além de gerar certa incompatibilidade com o amplo acesso ao judiciário e a livre ampliação dos danos extrapatrimoniais.

Portanto, Correia (2021) leciona que os direitos materiais de autor estão, sim, sujeitos à prescrição, no entanto, ao falar de violação de direitos absolutos, a pretensão geral de abstenção de violação não prescreve. Sendo assim, a pretensão de manutenção da integridade não prescreve, pois, caso contrário, estaria se esvaziando o próprio conteúdo do direito absoluto (CORREIA, 2021).

O segundo tipo de pretensão ligada aos direitos autorais são as pretensões reparatórias. Diferente da anterior, não há debate sobre se prescrevem e estão ligadas ao direito de reparação por danos materiais e morais. Ainda que o direito

moral seja absoluto, o direito à reparação pelo dano moral não é. Neste sentido, “a pretensão reparatória pode extinguir-se sem que os direitos de personalidade e de autor percam sua razão de ser” (CORREIA, 2021). Outro tipo, é a pretensão acautelatória, a qual versa sobre o poder de “exigir que todos os exemplares de uma edição sejam numerados ou, ainda, fiscalizar espetáculos, exigir contas” (CORREIA, 2021). Por fim, as pretensões creditórias “visam a resguardar o direito de crédito sobre os *royalties*” (CORREIA, 2021).

Com a violação do direito subjetivo, pode-se exigir o objeto da pretensão, ou seja, a prestação e o bem. Diante de recusa da outra parte, surge a lide. Segundo lição de Carnelutti (1959), a lide pode ser definida como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. O conflito de interesses é seu elemento material, enquanto a pretensão e a resistência são seus elementos formais.

No direito processual penal, no entanto, não deve ser levantada a existência da lide, de acordo com Lopes Junior (2020) este elemento é inexistente no direito penal. Isto porque o processo penal é regido pelo princípio da necessidade e, para se atingir a pena, nem sempre será necessário sentença, visto que, por vezes, o réu pode se submeter voluntariamente (LOPES JUNIOR, 2020). Cabe ao titular da pretensão provocar o Estado mediante seu direito de ação. Isso movimentará a atividade jurisdicional estatal. “Ação, portanto, é o **direito** ao exercício da atividade jurisdicional (ou o **poder** de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010). O direito de ação deve ser entendido, portanto, como um direito potestativo.

Vale destacar, aqui, um ponto importante ressaltado por Lopes Junior (2020):

O direito civil se realiza todos os dias, a todo momento, sem necessidade de “processo”. Somente é chamado de processo civil quando existe uma lide carnelutianamente pensada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. E o direito penal? Não é assim. O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. (LOPES JUNIOR, 2020)

Isto significa que uma das partes poderá exercer sua faculdade de exigir a prestação da outra sem que isso signifique o emprego do processo civil. Com o surgimento da pretensão, a parte pode exigir o objeto da exigibilidade da outra; esta, por sua vez, tem duas saídas: recusar a cumprir a obrigação – o que

desencadeará a lide e possível processo civil, ou simplesmente cumpri-la sem maiores resistências. A parte que exige a prestação pode agir com os meios adequados e que achar necessários para exigir a prestação, desde que estes meios não ultrapassem os limites da legalidade. Por outro lado, a parte que é exigida pode cumprir sua obrigação por simples boa-fé, ainda que a outra não tenha mais seu poder de exigir.

Cabe ainda ressaltar que os direitos autorais funcionam de maneira diversa dos demais direitos da propriedade intelectual. Isto porque os direitos de marcas, patentes, desenhos industriais, entre outros, são direitos formativos, ou seja, necessitam de registro para que existam, conforme leciona Pedro Marcos Barbosa (2022, no prelo). No caso dos direitos autorais, o registro é facultativo e, desta forma, a existência do direito de autor independe do registro da obra. A prova quanto à existência deste direito se fará por meio das publicações disponíveis na data em que as obras foram comunicadas ao público.

### **3. NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL**

Tendo em vista a visão panorâmica de ação explicada acima, cabe incluir aqui a lição de Badaró (2007) que informa que o direito de ação positivado no art.5º, inciso XXXV, não abrange somente o direito de ingressar em juízo, mas também “o direito à efetiva e adequada tutela jurisdicional. Na ação penal, entretanto, a relação passa a envolver o Estado. De acordo com Aury Lopes Jr., a ação penal é “um poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória”, e acrescenta, também, que “é um direito (potestativo) constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação da pretensão acusatória” (LOPES JUNIOR, 2020).

Merece destaque, no direito processual penal, a distinção entre a pretensão punitiva e o poder-dever de punir do Estado (*ius puniendi*) antes de adentrar as espécies de crimes de violação do direito autoral. No direito civil e processual civil, existe o instituto do direito de petição, mas o mérito do pedido ficará a cargo do juiz, uma vez cumpridos os requisitos da ação. Visto que, na visão de Liebman, a ação é abstrata, portanto independente do direito subjetivo material, porém condicionada aos elementos: interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido (LEONARDO GRECO, 2003). Essas condições da ação no direito penal são a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade e a justa causa – condição particular da ação penal (BADARÓ, 2007).

A fonte normativa penal enuncia um fato típico e cria para o destinatário um dever de praticar uma ação ou abster-se dela, seguindo o princípio da reserva legal. A partir do momento em que este destinatário tiver uma conduta que se enquadre neste fato típico, que vá de encontro à recomendação da norma (antijurídica) e que seja culpável<sup>2</sup>, isto despertará o poder-dever de punir do Estado, o seu *lus Puniendi* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010). Para que surja este poder-dever do Estado, não é imprescindível que o elemento da punibilidade conste dentre aqueles que compõem a infração penal (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), mas somente “como a possibilidade jurídica da aplicação da sanção penal ao seu sujeito ativo” (JARDIM, 2020).

Superado o entendimento do poder-dever de punir do Estado, a pretensão punitiva deve ser vista como elemento autônomo e distinto em relação ao poder-dever de punir do Estado. Sendo assim, o *lus Puniendi* estatal pode ser exercido sem que nenhuma pretensão punitiva tenha dado origem a um processo em juízo. Ainda, a pretensão punitiva pode ser exercida em juízo, porém pode ser julgada improcedente, assim não havendo manifestação do *ius puniendi* (JARDIM, 2020).

Na ação penal, o conteúdo é o “direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010). Lopes Junior (2020) menciona que no processo penal o acusador, seja o Ministério Público, seja a parte privada, exercerá o direito potestativo de acusar, ou seja, a pretensão acusatória. Ao juiz, caberá o poder de punir, e este poder é condicionado ao exercício integral e procedente da acusação, conforme estabelece o princípio da necessidade. De acordo com a visão de Jardim (2020), a pretensão punitiva deve ser entendida como gênero, da qual a pretensão condenatória e a pretensão executória são espécies. A diferença entre essas duas espécies se dá através do provimento jurisdicional ambicionado, ou seja, do pedido imediato. Fragoso (2004) também admite a existência da pretensão punitiva e da pretensão executória como institutos distintos.

No que é pertinente ao ambiente dos direitos intelectuais, inicialmente, a Convenção de Berna não impôs nenhum tipo de tutela penal, deixando a cargo de cada país-membro a forma de tutelar e proteger os princípios consagrados na Convenção. Com o advento do Acordo TRIPS, cerca de um século depois,

---

<sup>2</sup> Leva-se em conta, aqui, a teoria analítica tripartida do crime, como pensada por Zaffaroni, Pierangeli, diferente da teoria quadripartida como pensada por Muñoz Conde, que acrescenta o elemento da punibilidade. (GRECO, 2010)

passou a existir previsão de aplicação de penas nos casos de contrafação de marca e “pirataria” do direito de autor no âmbito comercial global. O artigo 61 do TRIPS trouxe a previsão de que os estados-membros deveriam aplicar penas de prisão cumulativa ou separadamente com penas pecuniárias de forma adequada visando coibir os crimes citados, sem prejuízo das demais medidas como apreensão, perda e destruição dos bens decorrentes de infração, caso necessário (ASCENSÃO, 1997).

Apesar de a Lei de Direitos Autorais de 1973 (lei 5.988/73) não ter tratado especificamente do aspecto penal, apenas ter incluído o termo “sanções penais cabíveis”, as leis que modificaram os artigos 184 e 186 do Código Penal em 80 e 93 foram solidificando os contornos penais (ASCENSÃO, 1997). Atualmente, os crimes de violação de direito autoral estão elencados nos artigos 184 do Código Penal e nos seus respectivos parágrafos. Ascensão (1997) critica a regra do art.184, caput, do Código Penal, pois nela consta como descrição do fato típico “violar direito autoral” de uma forma totalmente aberta e indistinta, indo de encontro aos movimentos de intervenção mínima da tutela penal, de descriminalização e diminuição das penas de prisão. Essa falta de clareza da norma mencionada também gera uma violação ao princípio da tipicidade, segundo o mestre português, pois a violação do direito de autor pode ter maior ou menor gravidade e pode atingir tanto direitos morais quanto patrimoniais. Diante deste cenário de falta de clareza, o autor critica também o fato de a tutela penal dedicada aos direitos de autor ser igualmente atribuída aos direitos conexos, visto que o direito de autor se funda no argumento moral de criação artística e literária e que esta mesma proteção acaba sendo dada a pessoas jurídicas como os produtores de fonograma por exemplo. (ASCENSÃO, 1997).

Algumas conclusões feitas por Ascensão (1997) acerca do tipo penal elencado no art. 184 valem ser mencionadas. Primeiro, é certo que o crime do referido artigo não possui forma culposa, pois não há previsão para tanto. Portanto, a negligência, a imprudência ou mesmo a imperícia não podem ser punidas. No entanto, admite-se o crime tentado, como explica o Mayrinkda Costa (2008). Ademais, o desembargador leciona que na hipótese de violação de direitos autorais por meio de “representações teatrais sucessivas, execuções orquestrais, edições ou tiragens de livros os discos” fica configurado o crime continuado (MAYRINK DA COSTA, 2008).

O tipo qualificado do crime previsto no art.184, *caput*, está no §2º do referido

artigo. O tipo qualificado abrange a comercialização, tráfico, ocultação ou manutenção em estoque de bens contrafeitos, reproduzidos em violação de direito autoral. O tipo subjetivo é caracterizado pelo “intuito de lucro direto ou indireto”, elemento que veio substituir o termo da redação anterior a qual determinava “para o fim de venda” (ASCENSÃO, 1997).

O plágio é uma das modalidades conhecidas de violação de direito autoral que é abarcada pelo art.184, *caput*. De acordo com Wachowicz e Costa (2016), “o plágio é mais que uma mera reprodução de uma obra protegida por direito autoral”, sua particularidade está no fato de que um terceiro subtrai a autoria da obra e apresenta-a como se sua fosse. Conforme comentado, o plágio está abarcado pelo *caput* do art.184 dentro das violações de direitos autorais e conexos, desta forma a lei não estabelece um conceito claro acerca do que seria o plágio, deixando esta tarefa a cargo da doutrina.

De acordo com Denis Borges Barbosa (2013), a violação de direito autoral pressupõe a combinação de dois elementos: a ocultação de origem e a reprodução. Estes elementos podem ser cumulados ou não, como, por exemplo, no caso da contrafação e do plágio. Igualmente é necessário destacar que toda obra literária artística ou científica parte de um determinado lugar comum ou de algum conhecimento público. O autor pode se valer (e assim o faz) “(...) do corpo da cultura e do conhecimento, ao qual se acedem novas contribuições; sem acesso a este conjunto já existente não se produz coisa nova” (BARBOSA, 2013).

Por isto é estabelecido o critério da originalidade como requisito indispensável para a proteção de uma obra por direito autoral (WACHOWICZ; COSTA, 2016)<sup>3</sup>. Como enunciam os autores, a originalidade é um conceito subjetivo, diferente do conceito de novidade utilizado nas patentes. No entanto, a originalidade enquanto critério vem para estabelecer que nenhuma criação nova seja idêntica a nenhuma criação anterior (*Idem*).

Wachowicz e Costa (2016) citam uma reflexão de Posner (2007) acerca do plágio, na qual o autor diz ser contrário a uma tipificação penal do plágio, pois, de acordo com ele, os prejuízos seriam brandos para que justificasse a movimentação cara e desjeitosa da justiça penal. Para Posner (2007) “*plagiarism is thus the kind of wrongdoing best left to informal, private sanctions*”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Bittar menciona que para a proteção do direito autoral deve haver a exteriorização do pensamento, a originalidade e a inserção em suporte (2019, p.44-45).

<sup>4</sup>“O plágio é uma transgressão melhor deixada às sanções privadas e informais” (tradução nossa).

No ambiente atual de alta conectividade, Posner (2007) explicita que, se por um lado, a digitização gerou uma diminuição no custo para se cometer o plágio – já que se tem acesso fácil a obras pela internet –, por outro lado, este custo aumentou – visto que os *softwares* capazes de detectarem plágio aumentaram sua eficiência e, por conseguinte, aumentou-se a probabilidade de punição.

No entanto, na opinião de Bittar (2019), no terreno da internet, os direitos morais de autor não são os mais ameaçados. O autor acredita que a maior ameaça está nas formas de controle dos direitos patrimoniais do autor e dos usos e aplicações possíveis dados à obra na internet. Lembra, ainda, das possibilidades de investigação digital já desenvolvida e de provas digitais aceitas atualmente. É importante distinguir a violação da limitação dos direitos exclusivos de autor, mais conhecidos como *fair use* ou *fair usage*.

Tendo em vista o entendimento de Posner (2007) de que o plágio deveria ficar submetido às sanções informais e a visão de Bittar (2019) sobre o *fair use*, cabe incluir o entendimento de Geiger (2014) sobre a necessidade de um estudo que entenda o cabimento da descriminalização de certas práticas, ou ao menos, da adoção de um sistema criminal com mais nuances voltado para propriedade intelectual.

Importante é ter em vista que, em regra, quando se fala em exposição de exemplares, deve-se entender que isto implica em crime permanente e, ao falar em tiragens, representações, execuções, exposições sucessivas deve se entender por crime continuado (MAYRINK DA COSTA, 2008).

Voltando ao tema das pretensões no âmbito penal, há aqui uma divergência entre os autores quando se fala da extinção da pretensão pela prescrição. Para Jardim (2020), seria incorreto dizer que a prescrição penal atinge a pretensão punitiva e a pretensão executória; para o autor, a prescrição seria causa de extinção da punibilidade, do *ius puniendi*. Desta forma, se apesar deste perecimento a pretensão punitiva for exercida, o pedido será considerado improcedente.

Já na visão de Fragoso (2004), a prescrição atinge a pretensão punitiva – que ele chama como o direito de punir do Estado – e a pretensão executória – que ele chama como o direito do Estado a executar a pena imposta. Alega, no entanto, que a prescrição consistiria em uma causa de extinção da punibilidade, prevista no art.107, IV CP, desta forma, a ilicitude penal da conduta permanece, porém ela já não será mais punível. Ainda, se a prescrição ocorrer após a condenação

definitiva, a pena não será mais executada, mas a condenação surtirá seus outros efeitos, inclusive para fins de reincidência (FRAGOSO, 2004).

Fragoso (2004) aclara que a prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da ação penal; alguns erroneamente chamam-na de prescrição da ação penal, segundo o autor. O efeito que essa prescrição gera é o fim do direito do Estado de prosseguir com a persecução penal. Assim, se ocorreu a prescrição antes da sentença definitiva o juiz deverá declarar extinta a punibilidade e pôr termo ao processo (FRAGOSO, 2004).

Os prazos para a prescrição punitiva estão elencados no art.109 CP e o início da contagem do prazo prescricional penal está previsto no art.111 CP. Há divergência se deveria ser contado no computo do prazo prescricional o primeiro dia ou não. Isto se deve ao fato de que alguns autores consideram a prescrição penal instituto de natureza material e, portanto, utilizariam a regra do art.10, CP de incluir o dia do começo; outros autores consideram a prescrição instituto de natureza processual, desta forma, aplicariam a regra do art.798, §1º CPP e não contariam o dia do começo. No entanto, verdade é que a corrente dominante admite um caráter misto da prescrição penal, ou seja, ela possuiria caráter tanto material quanto processual (FRAGOSO, 2004).

Fragoso (2004) comenta que o direito brasileiro adotou a teoria puramente objetiva do crime continuado, ou seja, para o entendimento do conceito deve ser levado em consideração somente os elementos objetivos do crime; e devem ser desconsiderados os elementos subjetivos. De acordo com o autor, o crime continuado, uma ficção penal, ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes de mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. (FRAGOSO, 2004)

Esta seria a descrição do crime continuado de acordo com o art.71, *caput* do CP. Este conceito, na concepção de Zaffaroni (2011), deveria ser classificado pelo termo “falso crime continuado” ou “concurso material atenuado”, visto que há um predomínio de critérios objetivos e que a falta de critérios subjetivos descaracterizaria ontologicamente o crime continuado.

Cunha (2020) segue a linha de pensamento do jurista argentino, pois divide o crime continuado em genérico (ou comum) e específico, sendo o primeiro

correspondente ao disposto no art.71, caput; e o segundo correspondente ao art.71, parágrafo único, ambos do Código Penal. Entre os requisitos para a configuração do crime continuado genérico, segundo o autor, estão: 1) a pluralidade de condutas; 2) crimes da mesma espécie; 3) elo de continuidade.

O primeiro ponto a ser levantado é a questão de o crime continuado ser composto por dois ou mais crimes da mesma espécie. Isto porque, de acordo com Fragoso (2004), não se deve entender como crimes da mesma espécie somente aqueles previstos na mesma norma penal, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e os que possuem caracteres fundamentais comuns quanto aos fatos e aos motivos. Sobre este elemento, Zaffaroni (2011) afirma também a necessidade de haver identidade entre os tipos penais quanto ao bem jurídico tutelado, no entanto, afirma haver necessidade também de identidade entre os tipos nos quais incorrem as condutas, apesar de afirmar ser esse um critério relativo. A posição do STJ é no sentido de que:

exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. Para tanto, não é necessário que os fatos sejam capitulados no mesmo tipo penal, sendo suficiente que tutelem o mesmo bem jurídico e sejam perpetrados pelo mesmo modo de execução.<sup>2</sup> Para fins da aplicação do instituto do crime continuado, art.71 do Código Penal, pode-se afirmar que os delitos de estupro de vulnerável e estupro, descritos nos arts.217-A e 213 do CP, respectivamente, são crimes da mesma espécie.<sup>5</sup>

Em julgados mais atuais, a posição do STJ mudou e passou a considerar que apesar de haver tipos penais que tutelam o mesmo bem jurídico, são de espécies diferentes e, portanto, não podem integrar simultaneamente o crime continuado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO E LATROCÍNIO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os delitos de roubo e latrocínio são de espécies diversas, o que torna impossível o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.<sup>6</sup>

Quanto ao elo de continuidade, mencionado por Cunha (2020) como requisito

---

<sup>5</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. RESP nº1.767.902/R1. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 04/02/2019.

<sup>6</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. AgRg no HC 0063965-31.2019.3.00.0000 MS 2019 / 0063965-6. Relator: Rogerio Schietti Cruz, DJe 14.05.2019.

para ambas as espécies de crimes continuados, o autor afirma que esse elo é criado quando existem: 1) as mesmas condições de tempo; 2) as mesmas condições de lugar; 3) a mesma maneira de execução; e 4) outras circunstâncias semelhantes. Dentre essas circunstâncias, discute-se preponderantemente a homogeneidade subjetiva através da unidade de desígnios. Quanto a este elemento, o STJ firmou posição sobre a sua necessidade para configuração do crime continuado:

esta Corte se posiciona a favor da teoria mista, que considera para a caracterização da continuidade delitiva, não somente os elementos objetivos de tempo, lugar e maneira de execução etc., sendo necessário se perquirir o elemento subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios.<sup>7</sup>

Sobre a posição do STJ quanto à unidade de desígnios, há autores que entendem também pela necessidade deste critério. Zaffaroni (2011), assim como Cunha (2020) faz parte deste grupo de doutrinadores, pois ele fala da necessidade de “dolo unitário” para a configuração do crime continuado.

Já na visão de Fragoso (2004), não há necessidade de “dolo de conjunto ou propósito deliberado de praticar sucessivamente fatos delituosos”. Isto porque a lei brasileira, no art.71 do Código Penal, firma a posição no sentido de considerar somente os elementos objetivos do crime, além de existir posicionamento do STF reforçando este entendimento:

Em pertinente julgamento de Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal explicou este entendimento nos seguintes termos:

Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira: relevância de dados subjetivos restrita a fixação da pena unificada.

1. O direito brasileiro, no artigo 71 da nova Parte Geral, de 1984, do C. Pen., persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a “outras circunstâncias semelhantes” aquelas que enumerou – “de tempo, lugar e modo de execução” – só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos.<sup>8</sup>

Visto que a violação de direitos autorais envolve não só os direitos patrimoniais, mas também os existenciais, vale ressaltar o ponto que Fragoso (2004) traz sobre outros sistemas de direito que exigem unidade de desígnio para a configuração

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL N° 547.736 - RS (2003/0077436-5). Relator: Ministro Paulo Medina, DJ 08.03.2005.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS N°68.661 – DF. Relator: Ministro Pertence, DJU 27.09.1991.

do crime continuado. Nestes sistemas, há autores que entendem ser impossível a aplicação do crime continuado quando há ofensa a bens personalíssimos. No Brasil, no entanto, não existe esta restrição para a configuração do crime continuado, apesar de já ter havido na época da edição da Súmula 605 pelo STF, a qual estipulava que não haveria continuidade delitiva nos casos de crimes contra a vida (MIRABETE, 2014). Esta súmula restou superada com a posterior reforma penal de 1984, a qual delineou no art.71 a possibilidade da continuidade delitiva em crimes dolosos contra a vida.

Outra questão era o fato de os tribunais estaduais admitirem a possibilidade de continuidade delitiva em crimes que atingissem bens personalíssimos de vítimas diversas, porém o STF admitiu a continuidade entre tentativas de homicídio de vítimas diversas na Revista Trimestral de Jurisprudência 121, tomo II, p.659<sup>9</sup> (MIRABETE, 2014).

Destarte, a continuação pode ocorrer em crimes comissivos e omissivos, mas não somente, pois pode ocorrer com contravenções também. Inclusive, conforme comentado acima, a continuidade pode existir nos crimes de modalidade tentada e consumada (FRAGOSO, 2004).

Quanto à prescrição no crime continuado, a regra era de que o prazo prescricional começaria a correr a partir da data em que cessasse a continuação, no entanto, o Código Penal atualmente estabelece, de acordo com a lição de Fragoso (2004) que a “prescrição se regula por cada fato isolado e começa a correr do momento em que cada um desses fatos puníveis se consuma”. Importante destacar que no crime continuado não há acréscimo no cálculo do prazo prescricional pela continuação. (FRAGOSO, 2004).

Já sobre prazo decadencial, no crime continuado, vale o prazo geral de seis meses para propor a ação, e este prazo será aberto para cada delito isolado da série continuada. Sendo assim, na contagem do prazo decadencial no crime continuado, o conceito ficcional não é considerado (FRAGOSO, 2004). O próprio STJ decidiu sobre esta questão no RHC nº5.135/RS:

**RHC. AMEAÇA. CRIME CONTINUADO. DECADÊNCIA.**

1. O prazo de decadência previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, na hipótese de continuidade delitiva, deve ser considerado em relação a cada crime, apreciado de forma isolada.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/121\\_2.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/121_2.pdf)>.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª turma. Recurso de Habeas Corpus nº5.135/RS. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DJU 29.10.1996.

Outra decisão importante do STJ foi no Agravo em Recurso Especial de nº1.800.334-SP que tratou sobre a celebração de acordos econômicos anticompetitivos e sua permanência no tempo, verificando-se, portanto, se seria caso de crime permanente e se teria ocorrido a prescrição do delito:

4. *In casu*, pontuado que haveria a celebração sucessiva de acordos econômicos anticompetitivos entre os agentes até 2014, caso em que o crime de formação de cartel no mercado de resinas fez-se permanente até essa data. Observa-se que não só a ação inicial se prolongou no tempo, mas também se renovou no decorrer dos anos, a partir dos encontros firmados pelo alto escalão e operacional das empresas, ou, ainda, pelas trocas de informações comercialmente sensíveis entre elas no transcurso do tempo.<sup>11</sup>

O referido acórdão traz um ponto interessante para a discussão de violação de direitos autorais ao refletir sobre os conceitos de crime permanente e eventualmente permanente:

(...) o crime permanente é aquele em que a execução se protraí no tempo e se mantém ou cessa por vontade do agente. Claus Roxin alude que “delitos permanentes são aqueles fatos em que o delito não está concluído com a realização do tipo, mas que se mantém pela vontade delitiva do autor tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele”. (ROXIN, p.329)

Parte da doutrina ainda classifica os crimes como eventualmente permanentes, que, segundo as palavras de NUCCI:

(...) o denominado crime eventualmente permanente, que é o delito instantâneo, como regra, mas que, em caráter excepcional, pode realizar-se de modo a lesionar o bem jurídico de maneira permanente. Exemplo disso é o furto de energia elétrica.<sup>12</sup>

A violação de direitos autorais pode ser continuada, por exemplo: alguém que violou direitos autorais ao postar determinado conteúdo na internet, na forma do *caput* do 184 CP, continua produzindo efeitos lesivos ao passo que não remove o conteúdo da rede e poderá cessar a violação por vontade própria ao remover o conteúdo, mas também pode ter natureza permanente ou eventualmente permanente.

A contagem do prazo prescricional nos crimes permanentes está elencada

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª turma. Agravo em Recurso Especial nº1.800.334/SP. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, J. 09.11.2021.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

no art.111 CP; no caso dos crimes eventualmente permanentes, a contagem do prazo ocorre da seguinte forma:

(...) Enquanto o agente prosseguir no proveito de vantagens indevidas ao longo do tempo, e, assim, produzindo novas lesões ao bem jurídico, permanecerão os efeitos da ação anterior já concretizada, de molde a permitir a contagem do prazo prescricional a partir de cada vantagem<sup>13</sup>.

Internacionalmente, no que diz respeito aos crimes de violação de direitos autorais na internet, como o compartilhamento e a comunicação ao público de obras protegidas através de sites de compartilhamento de arquivos *peer-to-peer* (P2P), algumas medidas de cunho criminal foram adotadas.

A França foi pioneira ao implantar o sistema HADOPI (*Haute Autorité Pour la Diffusion des Œuvres et La Protection des Droits Sur Internet*) que é uma sigla para a agência que administra o sistema. Este modelo foi utilizado em outros países da Europa com outras denominações. O sistema HADOPI possibilitava que avisos fossem enviados pelo provedor de internet ao usuário que estivesse compartilhando conteúdo protegido, se a infração fosse reiterada, o infrator poderia ter sua internet suspensa. Porém essa última previsão foi revogada em 2013 (GEIGER, 2014).

As medidas como o HADOPI foram combinadas com a implementação da legislação penal nesta área, conforme explica Geiger (2014), de forma que houve um período marcado por processos criminais contra representantes de plataformas de compartilhamento de arquivos, mas também de usuários individuais, numa tentativa de fazer da punição um exemplo e, assim, desencorajar os possíveis infratores.

No entanto, 3 anos após a implementação do HADOPI, Geiger (2014) aponta que o relatório apresentado sobre os seus resultados, não deixou clara a eficiência da medida em dissuadir os infratores. Pois a redução do compartilhamento era algo que vinha ocorrendo antes da medida, mas parece ter sido acelerada por ela. A variação da redução tem margem muito flutuante, o que deixa dúvidas sobre o que de fato ela representa, além de haver dúvidas sobre o método utilizado no relatório.

A redução pode ter ocorrido por aumento no consumo de conteúdo de

<sup>13</sup> *Ibidem*.

forma legal ou pode ter sido visto como reduzido pelo acesso a outros meios de pirataria desenvolvidos *online* (GEIGER, 2014). O autor francófono menciona as críticas feitas ao HADOPI, como benefício pequeno aos autores e titulares - visto que estes não têm acesso direito à plataforma, violação ao direito fundamental da privacidade, além do custo público para sua implementação.

Quanto à legislação europeia sobre o tema, a Diretiva do Parlamento Europeu em 2010 suscitou controvérsia sobre o uso privado de material protegido sem intuito de lucro, questão que em 2007 o Parlamento Europeu havia retirado do escopo de proteção criminal. Desta forma a Diretiva foi tirada de pauta. Mais tarde, as inconsistências e a reação geral ao ACTA também fez com que em Julho de 2012 o Parlamento Europeu rejeitasse o Acordo (GEIGER, 2014).

Nesta esteira, Jane Ginsburg (2002), acredita que não se pode ser inocente de pensar que numa sociedade pós-Napster, não haveria mais compartilhamento de obras protegidas, então ela sugere algumas medidas que os próprios autores poderiam adotar visando não perder sua audiência para o consumo ilegal de conteúdo, como por exemplo: anexar à venda do produto digital itens de colecionador, como um livro, uma capa de CD autografada, qualquer item que agregue valor; ou ainda, seguir uma estratégia de marketing (o que já foi feito no caso de LP para DVD) para convencer os consumidores a trocar para um novo tipo de formato, mais desejado e com outras qualidades que permitam continuar na esteira da proteção; por fim, a facilidade no acesso, permitir que acessar uma obra legalmente seja mais fácil do que acessar uma obra ilegal.

Dentre os mecanismos que visam coibir as violações de direitos autorais na internet, está também o sistema do “notice and takedown” utilizado pelas plataformas e provedores de serviços online. Nos E.U.A. esse mecanismo foi implementado através do Digital Millennium Copyright Act em sua seção 512 e consiste em possibilitar que os operadores de serviços online (OSPs) recebam notificações de titulares de direitos autorais solicitando a derrubada do conteúdo divulgado na plataforma ou site. A partir da notificação o usuário que postou o referido conteúdo será notificado e poderá oferecer em resposta uma “counter-notice”. A depender do número de notificações o usuário pode ter sua conta no site ou plataforma terminada. O *content ID* que alguns OSPs possuem, sinaliza quando há uma compatibilidade entre um conteúdo publicado por um terceiro e um conteúdo protegido, mas não necessariamente esta compatibilidade resultará em uma punição ou advertência (“strike”) ao usuário. Cada OSP, na

verdade, possui seu sistema de advertências que podem resultar na terminação da conta do usuário (URBAN; KARAGANIS; SCHOFIELD, 2017).

Sobre a regulação no *notice-and-takedown* no Brasil, o Marco Civil da Internet passou por várias etapas e no seu decorrer adotou o sistema de judicial-notice-and-takedown alegando que a matéria não deveria ficar relegada à administração privada das OSPs. No entanto, por fim, ficou decidido que o Marco Civil da internet não abordaria os direitos autorais e a responsabilidade dos provedores de internet pela remoção de conteúdo, deixando, portanto, a matéria a cargo da Lei de Direitos Autorais até uma revisão da matéria (SOUZA; SCHIRRU, 2016).

Este composto de medidas leva a pensar como a proteção autoral pode partir de um complexo de normas, sistemas e até práticas de mercado. É necessário que elas possam ser estudadas de perto para que se possa conhecer a adequação de cada medida aos dias atuais em que a tecnologia não para de se reinventar.

#### **4. NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL (ILÍCITO CIVIL)**

No direito penal é estabelecido que não haverá crime sem lei que o defina, nem pena sem previsão legal anterior. Este princípio, proveniente do brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, é tão caro ao direito criminal, pois as penas podem atingir a liberdade de ir-e-vir. Dessa forma, as penas devem estar claramente dispostas em lei para que não possam ocasionar incriminações arbitrárias (BRAGA NETTO, 2014). Já no direito civil, as sanções não atingem os direitos de mesmo grau de importância ao ser humano como a liberdade e também não na mesma intensidade.

Braga Netto (2014) leciona que este sistema no qual os tipos estão previstos em regras escritas e precisas, como acontece no caso do sistema penal brasileiro, é chamado sistema de tipos fechados. A doutrina tradicional firmou o entendimento de que o direito civil seria também um sistema de tipos fechados, no entanto, não é a posição do autor. Ao longo do tempo, os referenciais do sistema jurídico civil foram mudando. O autor pontua que os tipos fechados beneficiam a segurança jurídica, ao passo que os tipos abertos flexibilizam esta segurança ao priorizar os princípios, valores e convicções sociais. Com a valorização da hermenêutica e a consagração de ideais no seio da sociedade, como o bem comum e a justiça social, a segurança jurídica passou a ser mitigada em prol de um sistema jurídico mais arejado, flexível que pudesse incluir estes valores (BRAGA NETTO, 2014).

Desta forma, Braga Netto (2014) explica que os ideais incorporados pelo sistema jurídico criam normas materiais e qualquer conduta contrária a elas será antijurídica (um exemplo é a cláusula geral de boa-fé). Porém, para que os bens e princípios tenham força, o autor destaca a importância da hermenêutica: “A contrariedade ao direito tem de estar a cargo da interpretação, possibilitando a penetração dos valores, princípios e normas constitucionais”.

A classificação clássica do ilícito civil estabelece três elementos: a culpa, o dano e o dever de indenizar. Entendimento, este, com o qual o autor e procurador não se vincula, pois acredita que o pensamento de que o ilícito civil está sempre ligado ao dever de indenizar é equivocado. Este é, antes, somente um dentre os muitos efeitos possíveis do ilícito. O dever de compensar pode decorrer, inclusive, de ato lícito. Ademais, a doutrina mais moderna marca o entendimento de que a responsabilidade civil é efeito somente de alguns ilícitos civis (BRAGA NETTO, 2014). De forma diversa entende Caio Mário (2017), pois afirma que, no direito civil, o ilícito é um atentado contra interesse privado de terceiro e que para que haja restauração do equilíbrio social deve haver a reparação do dano sofrido.

Quanto ao elemento da culpa, Braga Netto leciona que um ilícito que prescinde dela para se configurar como ilícito são aqueles que violam direitos da personalidade, visto que as violações de direitos autorais por vezes adentrarão nesta seara, mais precisamente nas violações de direitos morais do autor, cabe aqui detalhar melhor este ponto.

A relevância dos direitos da personalidade e do fato de que o Estado tem como um de seus princípios a dignidade humana, a hermenêutica correta, argumenta Braga Netto (2014), parece no sentido de não limitar esses direitos. Ademais, tendo em vista a adoção do sistema de tipos abertos proposto pelo autor, uma lesão ao princípio supramencionado geraria um ilícito e este prescindiria de culpa: “A culpa, em se tratando de violações aos direitos da personalidade, é fator que não entra em consideração. O sistema não tolera tais agressões, mantendo o caráter da contrariedade ao direito do ato, ainda que involuntário.”

O quadro acima aponta a necessidade de mecanismos preventivos para tutelar tais direitos, visto que o simples ressarcimento pecuniário não seria medida adequada a reparar os danos a tais direitos tão caros ao humano (BRAGA NETTO, 2014).

Miranda (2012) classifica os ilícitos em fato jurídico ilícito (*stricto sensu*), ato-fato ilícito e ato ilícito lato sensu. Em todos os tipos, o fato do mundo real adentra o mundo jurídico pela sua adequação ao suporte fático apresentado pela norma. A este processo de adentrar o mundo jurídico, o autor chama de juridicização. O autor diz que a norma apresentará consequências ao que foi descrito no suporte fático, não importando neste primeiro momento se consiste em uma sanção ou não.

A classificação do ilícito no Código Civil e de acordo com a maior parte da doutrina como Caio Mário (2017) e Maria Helena Diniz (2012) leva em conta os atos decorrentes da vontade e que violam um dever geral de conduta. Na visão de Miranda (2012) há ilícitos que decorrem da natureza e, por vezes, ilícitos que nem mesmo envolvem a vontade, como no fato ilícito (*stricto sensu*) o qual é causado por caso fortuito ou força maior, no qual a parte não tem nenhuma ingerência sobre, mas, mesmo assim, terá um dever de reparar. No caso do ato-fato jurídico ilícito, ele ocorre quando há uma mera conduta humana contrária ao direito, sobre a qual não há relevância se foi causada pela vontade humana ou não. Como por exemplo: tomar posse com violação da posse de outro; mau uso da propriedade acarretando prejuízo aos vizinhos. Já nos atos ilícitos, existe tanto uma conduta humana contrária ao direito, quanto uma manifestação de vontade e estes se subdividem em: atos ilícitos *stricto sensu* ou absolutos; atos ilícitos relativos; atos ilícitos caducificantes; e atos ilícitos nulificantes. Sobre o primeiro, Miranda (2012) ensina:

É preciso para ser ato ilícito (no restrito sentido), que produza obrigação independente, isto é, invada a esfera dos direitos que de modo geral competem a alguém. O ato ilícito estabelece, de si só e originariamente, o vínculo de obrigação. Quer dizer: excluem-se da matéria tudo quanto não produza aquela obrigação independente, oriunda de invasão da esfera jurídica de outrem.

De modo similar é a categorização de Braga Netto (2014) dos ilícitos em relação aos efeitos produzidos, os quais podem ser divididos em: indenizantes, caducificantes, autorizantes e invalidantes. Na primeira categoria, o ilícito praticado gera um dever de indenizar/compensar, ou seja, de reparar *in natura* ou *in pecúnia* a conduta praticada. Na segunda espécie, o efeito produzido pelo ilícito praticado é a perda de um direito. No terceiro tipo, o efeito que decorre do ilícito é uma autorização para que a parte prejudicada pelo ilícito pratique determinado ato. Na última categoria, o efeito produzido pelo ilícito é a invalidade

dos efeitos que o ato produziria normalmente, podendo acarretar a nulidade ou a anulabilidade.

Um exemplo de ilícito autorizante, de acordo com Braga Netto (2014), é a resolução de um negócio jurídico bilateral por inadimplemento contratual. Uma vez configurado o ilícito, fica a parte prejudicada autorizada a resolver o contrato. Esta questão contratual é importante para a questão do direito autoral, pois direito de autor possui regras inseridas dentro de um sistema autônomo do direito privado (MIRANDA, 2013) e, portanto, sujeito a ser objeto de contrato entre partes.

Como já mencionado anteriormente, não são todos os ilícitos que implicam no dever de indenizar, as sanções civis são as mais diversas e nem sempre pecuniárias. A invalidade, no caso do ilícito invalidante, é um tipo de sanção atípica (BRAGA NETTO, 2014). O autor cita o exemplo de um contrato firmado com a coação de um dos contraentes. Neste caso, a coação é o ilícito e a sanção de invalidade será a anulação do contrato. Da mesma forma, Miranda (2012) afirma haver mais espécies de ilícitos do que somente aqueles ligados à simples obrigação de indenizar. Desta forma, pode ser constatado que o ilícito civil é um instituto separado da responsabilidade civil. Sobre este último, leciona Caio Mário (2017):

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Por último, tendo em vista a classificação do ilícito a partir da relação jurídica violada, o ilícito poderá ser um ilícito relativo ou um ilícito absoluto. Para o entendimento desses conceitos vale, primeiro, expor a visão sobre relação jurídica relativa e relação jurídica absoluta. A primeira parte da premissa que há uma relação entre sujeitos identificados ou identificáveis, ao passo que a segunda se configura como aquela em que não há sujeito passivo identificado, o que ocorre normalmente nos casos que envolvem direito da personalidade e direito de propriedade (BRAGA NETTO, 2014).

Quanto às violações que atingem a dignidade humana, Tepedino, Barboza e Moraes (2004) apresentam a seguinte tese: “Se a dignidade humana foi atingida,

a cada dia se renova e intensifica a violação à ordem pública representada pelo ato danoso”.

Este ponto é digno de destaque porque essa tese poderia levar ao entendimento de que todos os ilícitos expatrimoniais – como a violação da integridade física, moral e psicológica – são imprescritíveis. Dessa forma, na seara dos direitos morais de autor, isso significa um critério significativo (CORREIA, 2021).

Sobre os direitos morais de autor, Arêas (2021) leciona:

O direito moral de autor pode ser conceituado como o conjunto de faculdades inerentes a ele, de caráter extrapatrimonial, absoluto e essencial, proveniente da manifestação de sua personalidade por meio de uma criação intelectual protegida pelo direito autoral.

Para traçar um paralelo, cabe destacar o conceito de direito da personalidade para Miranda (2000): “Direitos da personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”.

Na visão de Miranda (2000), o direito ao nome, à honra e ao direito autoral de personalidade está entre os direitos de personalidade. Vale lembrar que o termo “direito autoral de personalidade” é o termo utilizado pelo autor para se referir ao que comumente a doutrina chama por direito moral, mas que Pontes de Miranda não reconhece como o mais correto, por isso empregando o termo “direito autoral de personalidade”.

Na mesma esteira, Bittar (2003) acredita que os direitos de personalidade também são compostos, dentre outros, pelas espécies: direito às criações intelectuais, direito à imagem, direito à voz, direito à identidade e direito à honra.

No entanto, ainda que optando pelo entendimento da imprescritibilidade dos direitos morais, a pretensão de reparação quanto à violação destes direitos prescreve. Foi o que decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1862910 / RJ (2020/0042238-1)<sup>14</sup> sob a relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Pedro Marcos Barbosa (2022, no prelo), com base na lição Ponteano, faz uma classificação brilhante dos direitos segundo o critério de existência e de eficácia, ao passo que os relaciona com os prazos para mover a ação e o prazo prescricional. Desta forma, os direitos autorais no plano da existência não possuem prazo de

---

<sup>14</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. REsp nº 1862910 / RJ (2020/0042238-1). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 09/02/2021.

insurgência, para reivindicar a autoria ou declarar o verdadeiro autor de uma obra, não há prazo. Os pedidos são de natureza declaratória e poderão ser feitos em inicial ou incidentalmente em razão de exceção ou defesa (BARBOSA, 2022, no prelo).

Já no plano da eficácia, os direitos de autor dão origem a pedidos de reparação, de cumprir uma obrigação, se abster de fazer algo, de cessar ou inibir um comportamento. Nesta seara, diferente da anterior, há a possibilidade de prescrição, pois “os direitos existem, são válidos e eficazes de modo a serem *efetivamente* exercidos; e a falta do seu exercício poderá gerar a extinção do próprio direito (art. 78, III e 142, III e 153 da LPI) ou, ao menos de sua pretensão” (BARBOSA, 2022, no prelo).

Sobre a prescrição, Simão (2003) afirma que o Código atual não abraçou a teoria de Beviláqua que inspirou o Código Civil de 1916, a qual determinava que a prescrição nascia com a ação. Simão (2003) leciona que a prescrição se inicia com o direito de ação, e complementa, ainda, que o direito de ação é imprescritível. Sendo assim, o que é afetado pela prescrição é a pretensão, não a ação, visto que “o direito à ação é um direito garantido”.

## 5. FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

Simão (2020) diz que, por vezes, o mal de uma sentença estável e sólida é preferível à insegurança e à desordem. Nesse ponto, ele compara a coisa julgada com a prescrição ao dizer que a prescrição que garanta algo contrário ao direito ainda é um mal menor do que a insegurança causada pela ausência da prescrição. A segurança jurídica como fundamento da prescrição, portanto, implicaria na estabilidade do sistema jurídico ao estipular a extinção da pretensão – seja civil ou penal – pelo passar do tempo.

Há autores que defendem que a prescrição serve à estabilidade e harmonia (SIMÃO, 2020). No entanto, também há autores que entendem que, além dessas duas funções, existe a punição da negligência, ou do titular de direito negligente, como leciona Correia (2021). Não a punição no sentido de pena, visto que a negligência que leva à prescrição não prejudica terceiros, por isso não se pode falar em pena. Simão (2020) sugere que a “expressão deve ser tomada (...) como uma resposta à censura de duração e injustiça”. Outros autores, ainda, são críticos a essa visão da negligência como fundamento da prescrição.

Apesar de Simão (2020) atribuir esse caráter repreensivo à prescrição, é importante ressaltar que o autor é de opinião de que seria injusto conceber essa repreensão ao titular que ao desconhecer seu direito é punido com o esgotamento da pretensão pelo prazo prescricional. Diante dessa situação, colocada de uma forma geral, que de fato parece implicar em uma injustiça, o STJ se manifestou sobre a possibilidade de flexibilização do *dies a quo* na prescrição no Informativo 736, referente ao REsp 1.836.016/PR.

No informativo 736, o Superior Tribunal de Justiça introduz a já conhecida teoria da *actio nata*, presente em Savigny, de que os prazos prescricionais se iniciam no exato momento em que surge a pretensão. Para além, é introduzida uma classificação que divide essa teoria em dois vieses: o objetivo e o subjetivo. A perspectiva objetiva seria a clássica definição, na qual termo inicial prescricional surge com a pretensão. Por outro lado, a teoria em seu viés subjetivo determina que o *dies a quo* deve ocorrer a partir do momento de ciência do nascimento da pretensão por seu titular. De acordo com o tribunal, essa teoria em seu viés subjetivo ajudaria a mitigar certas injustiças, mas deve ser aplicada em casos excepcionais<sup>15</sup> e em condições pré-estabelecidas. Na aplicação do viés objetivo, utilizado em regra, existem também mecanismos para equilibrar as eventuais injustiças causadas pela exatidão desta vertente: são as regras de suspensão, interrupção e impedimentos dos prazos prescricionais.

O STJ entendeu que a corrente objetiva prioriza a segurança jurídica, quanto a corrente subjetiva prestigia a justiça. Assim, a primeira, por sua maior exatidão e rigidez, seria mais adequada aos prazos prescricionais mais longos, ao passo que a segunda se coadunaria com os prazos prescricionais mais curtos, o que permitiria um equilíbrio entre a exiguidade do tempo e a flexibilidade do *dies a quo*.

Ademais, o Tribunal entende que através de uma interpretação teleológica do instituto da prescrição, conclui-se que não cabe reputar inerte o titular de um direito que não saiba, ou seja esperado saber, ser titular de uma pretensão exercitável. Em sentença proferida no AgInt no AREsp 876.731/DF, em 2016, o Relator Marco Aurélio em seu voto comentou:

Nessa circunstância, em que há discrepância entre o momento da lesão ao direito e o conhecimento por parte de seu titular, inviável aplicar a literalidade do dispositivo legal em comento, sob pena de reputar iniciado o prazo prescricional quando o lesado nem sequer detinha a

---

<sup>15</sup> REsp 1736091/PE.

possibilidade de exercer sua pretensão, em claro descompasso com a finalidade do instituto da prescrição e com a boa-fé objetiva, princípio vetor do Código Civil.

A aplicação da vertente subjetiva, de forma a flexibilizar o termo inicial da prescrição, também deve levar em conta o ato ilícito praticado<sup>16</sup>. Como já foi tratado neste trabalho, os ilícitos, quando considerados ao tipo de relação jurídica que violam, podem ser classificados como ilícitos relativos ou ilícitos absolutos. Na relação jurídica de direito relativo, há um sujeito passivo definido, de forma que o sujeito ativo se direciona ao sujeito passivo exclusivamente; são relações que têm origem contratual (MIRANDA, 2012). Por outro lado, a relação jurídica absoluta é aquela que se funda num dever geral de abstenção de violação e o direito do titular é oponível *erga omnis*<sup>17</sup> e a violação dessas relações gera uma responsabilidade aquiliana.

No ilícito absoluto, pela natureza da responsabilidade extracontratual e pelo fato do sujeito passivo ser um sujeito universal, há maior dificuldade para determinar a extensão do dano e o causador. Dessa forma, é nesse campo que o viés subjetivo da teoria encontra maior aplicação<sup>18</sup>. Pode-se inferir, portanto, que um campo que caberia a aplicação da teoria em seu viés subjetivo seria o campo dos direitos morais de autor, tendo em vista suas características, já comentadas.

Em resumo, o Superior Tribunal de Justiça aponta os seguintes critérios como indicativos para a adoção da vertente subjetiva da teoria *actio nata*:

- a) a submissão da pretensão a prazo prescricional curto;
- b) a constatação, na hipótese concreta, de que o credor tinha ou deveria ter ciência do nascimento da pretensão, o que deve ser apurado a partir da boa-fé objetiva e de Standards de atuação do homem médio;
- c) o fato de se estar diante de responsabilidade civil por ato ilícito absoluto; e
- d) a expressa previsão legal a impor a aplicação do sistema subjetivo.

Pedro Marcos Barbosa (2022, no prelo) aponta que o STJ também costuma modular o critério objetivo dos termos *a quo* nos casos que envolvem direitos com oponibilidade *erga omnes*, provenientes, normalmente, de vínculos

<sup>16</sup> STJ, Informativo 736.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Idem*.

extracontratuais. Mais interessante ainda é o fato, ressaltado pelo autor, de que as hipóteses do art. 1200 CC, que mencionam as formas viciadas à posse de bens materiais, também podem ser estendidas para os bens imateriais. Portanto, poderia talvez, falar-se em posse injusta de um direito intelectual, à qual caberia insurgir-se contra judicialmente.

A segurança jurídica está atrelada à literalidade, mas a aplicação literal das leis e dos prazos por vezes pode sacrificar a justiça. Apesar de a segurança jurídica ser a regra, deve-se estar atento para o elemento da justiça (SIMÃO, 2020).

Pode-se depreender das lições de Reale (2009), Radbruch (1950) que a segurança do direito não pode fazer perecer o fundamento da justiça. Inclusive Reale (2009) cita o brocardo latino "*summum jus, summa injuria*" para refletir sobre o fato de que "o Direito não é apenas um sistema lógico-formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta".

## **6. PRAZOS PRESCRICIONAIS NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ILÍCITO CIVIL)**

A antiga lei de Direitos Autorais (lei 5.988/73) dispunha que a prescrição no caso de "ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos" ocorria em cinco anos contados da data em que ocorreu a violação. O direito de autor, de acordo com a lei vigente, visa tanto o âmbito patrimonial quanto o do direito moral. No que tange o direito moral, seria forçoso admitir sua prescrição, pois o direito moral do autor está equiparado a direitos da personalidade salvaguardados na Constituição, como à honra, à intimidade e à vida (SIMÃO, 2003). Ademais, a ofensa a algum direito subjetivo, no caso um direito moral de autor, gera uma pretensão em relação ao dano. Sendo assim, o prazo para interpor ação visando reparar o dano decorrente de violação de direito moral de autor prescreve, mas o direito moral em si, não (FONTES, 2002).

A lei 5988/73, porém, foi revogada pela lei 9610/98. Diante desse quadro, o professor Simão (2003) estabelece duas hipóteses para a prescrição concernente ao direito autoral: 1) a regra a ser aplicada pode ser aquela ditada pelo Código Civil; ou 2) aquela do sistema de regras de propriedade intelectual, por analogia.

A respeito da aplicação do prazo prescricional previsto na LPI para os direitos autorais, cabe aqui comentar o cancelamento da Súmula 142 do STJ, a qual previa

prescrição vintenária nos casos de ações envolvendo violação de marca comercial. Assim, restou a Súmula 143 do STJ a qual determina que prescreve em cinco anos a ação (leia-se a pretensão, pois no entender deste trabalho falar em prescrição da ação é uma visão vinculada ao Código de 1916, concebido por Clóvis Beviláqua) por danos pelo uso da marca comercial (TINOCO SOARES, 2022).

Com a Entrada em vigor do Código Civil de 2002, Tinoco Soares (2022) ressalta a divergência dos tribunais para situar um prazo de prescrição para os direitos de propriedade, sendo certo, no entanto, que para as ações de perdas e danos em propriedade industrial a prescrição certamente obedece ao prazo quinquenal. Evocando a lição de Pontes de Miranda (2013) já mencionada, o direito de autor no Brasil foi inicialmente concebido no Código Civil de 1916 como um direito patrimonial, porém, posteriormente, as leis específicas sobre direitos de autor abarcaram também os direitos morais e consolidaram o caráter dualista dos direitos de autor no Brasil. Sendo assim, o direito autoral tem um aspecto patrimonial e outro moral, aos quais talvez caibam a incidência, inclusive, de prazos diversos.

A regra do art.225 da LPI orienta que a prescrição ocorra no prazo de cinco anos. A regra geral do Código Civil, na visão de Simão (2003), não poderia ser aplicada no caso de violação de propriedade industrial, visto que quando há antinomia entre lei especial anterior e lei geral posterior privilegia-se a primeira via de regra (SIMÃO, 2003). Isto, porque o critério da especialidade é soberano em relação ao critério da posterioridade.

Portanto, nos casos de violação da propriedade industrial a regra a ser utilizada quanto à prescrição deveria ser aquela da LPI, a qual propõe prazo prescricional de cinco anos, e não o prazo prescricional de três anos proposto para a reparação civil (art. 206, §3º, V, CC/02). No caso do sistema do direito autoral, no que tange o prazo prescricional, o professor defende buscar na LPI a regra harmonizadora, posto que propriedade industrial também é propriedade intelectual (SIMÃO, 2003). Assim, se utilizaria no direito autoral o prazo prescricional de cinco anos, e não o de três.

Para outros autores que adotam a regra do Código Civil, a pretensão de reparação civil por danos morais e patrimoniais decorrentes de violação dos direitos autorais seguiria a regra art.206, parágrafo 3º, inciso V. Portanto, prescreveria em três anos, não em cinco (DUTRA; AMARAL; LIMA, 2021).

Inicialmente, pela ausência de dispositivo sobre prescrição na lei 9610/98, a jurisprudência entendeu pela aplicação do prazo vintenário do art.177 do Código de 1916. Foi depois, com a vigência do Código Civil de 2002, que a prescrição geral foi reduzida para o prazo decenal com o art. 205, no caso da lei não haver fixado prazo menor (TINOCO SOARES, 2022), entretanto, o art.206, §3º, V do Código estabelecia um prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil. Ainda assim, não previa prazo específico para a pretensão relacionada a direitos autorais (CORREIA, 2021).

Correia (2021) escreve em seu livro que após o Código Civil de 2002, em um certo período, foi feita uma distinção entre os prazos aplicáveis nos casos de violação de deveres contratuais e nos casos de violações extracontratuais. O que acarretou a aplicação do prazo decenal para os primeiros e trienal para os segundos.

Sobre o assunto, o STJ se pronunciou, em 2015, no REsp 1313786/MS:

O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese.<sup>19</sup>

Em seguida, tanto as pretensões de reparação contratual quanto as de cunho extracontratual passaram a se submeter ao prazo trienal. De igual forma, o STJ reviu o prazo aplicado ao direito autoral e entendeu por um prazo prescricional único para a violação de direitos autorais: o trienal (CORREIA, 2021).

Posteriormente, os prazos voltaram a ser aplicados conforme o tipo de pretensão: caso esta derivasse de uma violação de obrigação contratual, ela estaria sujeita ao prazo decenal; caso derivasse de um ilícito extracontratual, ela estaria sujeita ao prazo trienal (CORREIA, 2021). Assim decidiu o STJ ao julgar os embargos de divergência no Recurso Especial nº1.281.594 – SP:

III – A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão “reparação civil” empregada pelo seu art.206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana (...) fundado na responsabilidade civil contratual.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> REsp 1159317/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014.

<sup>20</sup> STJ, EREsp 1281594/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, Corte

Esse julgamento do STJ influenciou no entendimento sobre os prazos nas violações de direitos autorais, voltando à regra que distinguia a prescrição para a pretensão referente à violação de um direito autoral contratual (dez anos) e para a pretensão referente à violação de um direito autoral extracontratual (três anos) (CORREIA, 2021).

Para prevenir esta confusão, Correia (2021) advoga que não deveriam existir prazos prescricionais diferentes com base na relação obrigacional que gerou a disputa. Também postula que não deveriam existir prazos diferentes para as pretensões que nascem das violações de direito moral e direito patrimonial, até porque costumam nascer de uma violação única (CORREIA, 2021).

### 6.1. TERMO INICIAL DA CONTAGEM PRESCRICIONAL.

O Código Civil de 1916 no art.178, §10, VII estabelecia o prazo de cinco anos com o termo inicial contado da data da “contrafação”. Em seguida, a lei 5988/73, que regulava então os direitos autorais, manteve o prazo de cinco anos previsto no código civil para interpor ação no caso de “ofensa a direitos patrimoniais do autor e conexos”, fixado o *dies a quo* na data em que se deu a violação (CORREIA, 2021).

Na posterior Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/1988), o art.111, que tratava de prescrição, foi vetado por estar em inconformidade com o Código Civil de 1916, então vigente na época. O artigo previa o prazo prescricional de cinco anos no caso de violação de direitos autorais, mas o termo inicial se daria somente a partir do momento da ciência da ofensa por parte do ofendido. O código de 1916 “estabelecia o termo inicial na data da violação ao direito, independentemente da ciência do ofendido, a fim de preservar a segurança jurídica” (DUTRA; AMARAL; LIMA, 2021).

O Código atual mantém essa linha de raciocínio do Código de 1916 ao dizer que com a violação, nasce a pretensão. No entanto, como apresentado aqui, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação do termo inicial subjetivo, pela teoria da *actio nata* subjetiva, em casos específicos e desde que cumprindo determinadas condições.

De acordo com Correia (2021), a aplicação deste termo *a quosubjetivo* acabaria por eliminar a prescrição, visto que a parte devedora dificilmente

---

Especial, j. 15/05/2019, DJe 23/05/2019.

poderia pontuar o momento em que o credor soube de fato da violação. Dessa forma, o autor sugere uma adoção de um sistema misto como o modelo alemão ou conforme as propostas europeias do *Draft Common Frame of Reference* e do *Principles of European Contract Law*.

No PECL, no DCFR e também na legislação francesa, as pretensões reparatórias, acautelatórias e creditórias provenientes do direito de autor ficam sujeitas a um prazo prescricional geral, com termo *a quo* objetivo, mas passível de ser suspenso quando houver provas da ignorância do credor sobre a sua pretensão, até a aplicação de um termo mais longo, para além do qual a suspensão não produzirá mais efeitos (CORREIA, 2021).

O *dies a quo* subjetivo não parece ser motivo de eliminação da prescrição e tem bem delimitada suas hipóteses de uso. No entanto, nos casos de violação de direitos autorais na internet, tem sido difundido o entendimento de serem violações continuadas, portanto, nesses casos, o termo inicial subjetivo poderia ser uma questão.

## **6.2. PRAZO PRESCRICIONAL NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET**

As violações de direitos autorais na internet não possuem regras específicas no que concerne o delito criminal ou o ilícito civil, apesar de haver transcorrido uma massiva mudança sobre como a sociedade, ou a sociedade em rede, se molda em torno da tecnologia e troca informações de forma rápida (CASTELLS, 1996). Visto que, atualmente, os principais ativos econômicos são os dados transferidos através da internet e tendo em vista a forma como o consumo online se organiza (ZUBOFF, 2018), é difícil pensar na obra "original" plena de "aqui e agora", pautada por Benjamin (2018), nos meios digitais. Mais difícil diferenciar de fato a falsificação da reprodução técnica no ambiente digital. Parece que o caráter de propriedade que movia o Código de 1916, ao referenciar o direito de autor, hoje volta a ser mais presente.

Deixando de lado as indagações sobre o direito material, na parte processual há outras pistas. Nos casos de violação de direitos autorais na internet, os tribunais têm entendido que o termo inicial se renova diariamente com a permanência do material ofensivo na internet (DUTRA; AMARAL; LIMA, 2021). Aqui, os autores se referem ao aspecto civil da violação de direitos autorais. Da mesma forma que Mayrink da Costa (2008) leciona a possibilidade do crime permanente e

continuado nas infrações autorais, no âmbito civil a violação continuada também é aceita por doutrinadores e pelos tribunais.

Sobre um caso envolvendo o uso não autorizado de músicas de uma biblioteca sonora para vídeos de canais de Youtube, o Tribunal do Rio de Janeiro se manifestou da seguinte forma em sede de apelação cível:

Com efeito, a lesão do direito não se verifica com o “download” das músicas de propriedade da autora/apelada, tampouco, na data do “upload” para a plataforma *on-line* do Youtube, mas sim até o último dia em que os vídeos contendo as referidas músicas permaneceram disponíveis ao público.<sup>21</sup>

Assim, entender a violação continuada se faz importante para entender o momento da lesão e, com isso, poder traçar o termo inicial prescricional nesses casos de violação de direitos autorais na internet. Os tribunais têm conceituado como violação continuada aquela que apresenta atos de ofensa sucessivos, gerando a cada dia a pretensão à reparação do dano. Neste sentido, julgou o STJ:

(...) Conforme já decidido por este Tribunal superior, o prazo prescricional da pretensão de indenização por ofensa a direito autoral é trienal. Na hipótese de violação continuada, contudo, em que os atos de ofensa sucessivos ocorrem, nasce a pretensão à reparação a cada dia.<sup>22</sup>

E ainda:“(...) Assim, se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedem em sequência, a prescrição ocorre no último dia deles”.<sup>23</sup>

Um interessante argumento apresentado por Dutra, Amaral e Lima (2021) para que o termo *a quo* subjetivo seja usado nessas violações é o fato de que os meios digitais, por sua característica, tornam mais difícil o conhecimento por todos os atos praticados *on-line*; de forma que o titular de uma pretensão relacionada a uma violação de direitos autorais terá mais dificuldade de ter conhecimento imediato desta no vasto mundo da internet. No entanto, entra aí a adequação da violação continuada nesses casos, visto que com ela, o titular poderá interpor ação contra aquela conduta como um todo, até que a violação seja sanada.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº0039662-02.2019.8.19.0001, Relator: Des. Francisco de Assis Pessanha Filho, julgado em: 02/07/2021.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.424.491/RJ, Relator: Ministro Marco Buzzi, publicada em: 10/11/2017.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 661.692/RJ, 3ª Turma, Relator: Min. Moura Ribeiro, julgado em 27/06/2017.

Como visto anteriormente, ao falar na possibilidade da imprescritibilidade dos direitos morais do autor e das pretensões relacionadas a esses direitos, Correia (2021) argumenta que para alguns autores<sup>24</sup> essas pretensões não prescrevem, visto que, de acordo com essa corrente, este tipo de violação ocorre de forma contínua contra a dignidade da pessoa humana, ou seja, a violação é contínua enquanto a personalidade estiver atingida. Nesse caso, o autor leciona que a “perenização fere de morte a segurança jurídica em prol de uma suposta justiça” e que o prazo prescricional exíguo para propor ações de reparação a lesões a direitos da personalidade não pode ser um motivo para impor a imprescritibilidade.

Entendeu-se, neste trabalho, pela imprescritibilidade dos direitos da personalidade, no entanto pela submissão ao prazo prescricional das ações de reparação de violação a esses direitos. No entanto, questão que se pode depreender do texto de Correia (2021) é a possibilidade de ocorrer, de certa forma, uma imprescritibilidade de fato pela renovação contínua da pretensão.

Quem responde esta questão com muita clareza e de forma decisiva é Tinoco Soares (2022), ao afirmar que “ninguém pode dilatar prazo prescricional” e que “não há momento pré-determinado para invocá-la”. Dessa forma, o autor critica o uso da expressão de que na violação continuada “o prazo se renova a cada dia” nas sentenças judiciais, visto que se construiu como um jargão com pouca fundamentação jurídica. Para ele, o *dies a quo* e o *dies ad quem* são claros, sendo que este prazo se interrompe com a propositura da ação, devendo ser feito antes do *dies ad quem*.

A regulação da propriedade intelectual, mais especificamente, o direito autoral, tomado em seu aspecto dual e *sui generis*, necessita ser visualizada com cuidado. Inclusive, para que a preponderância de regras rígidas no âmbito da Propriedade intelectual, que na visão de Heller (1998) encaminhou à “tragédia dos *anticomuns*”, não encaminhe a outro tipo de tragédia como o perecimento da justiça.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Do presente estudo, depreende-se que o conceito alemão de pretensão, o qual dita que esta é um poder de exigir de outrem uma ação ou omissão, foi

---

<sup>24</sup> Tepedino, Barboza e Moraes, 2014.

abraçado pelo Código Civil brasileiro. Dessa forma, o Código Civil Brasileiro de 2002 adotou, não só pelo disposto no corpo do Codex, mas também pelo art. 189, a teoria objetivista do nascimento da pretensão, ou seja, pela *insatisfação* ou do próprio risco ao direito subjetivo nasce a lesão e, com a lesão, a pretensão.

Compreendeu-se que, no Brasil, a teoria adotada quanto à natureza dos direitos autorais é a dualista, de forma que o direito autoral é tomado em dois aspectos: os patrimoniais e os morais. Nessa esteira, quanto a questão da imprescritibilidade das pretensões referentes às violações de direitos da personalidade, ou de direitos morais do autor, parece correta a posição de Correia no que tange direitos absolutos, pois, nestes casos existe uma pretensão geral de abstenção de violação, a qual, por sua vez, não prescreve. No entanto, como os direitos materiais de autor estão sujeitos à prescrição, cabe pensar que a regra a se utilizar no caso de violações de direitos da personalidade, mas que envolvam pretensões patrimoniais, deve ser a de optar pela prescrição, seguindo a visão de Correia. Por exemplo, no uso da imagem de alguém para vender xampu: se a pessoa, famosa por fazer propagandas, quiser ser paga de acordo com o uso de sua imagem para a propaganda, está a se falar em violação de direito da personalidade sim, pois violou-se o direito de imagem, mas a pretensão tem seu viés patrimonial. É diferente do que acontece com a pretensão da manutenção da integridade de uma obra, a qual, esta sim, é imprescritível.

No âmbito penal, a crítica de Ascensão sobre a redação do art. 184 do Código Penal e ao tipo penal aberto são pertinentes; realmente o artigo vai de encontro aos movimentos de intervenção mínima da tutela penal, de descriminalização e diminuição das penas de prisão. No entanto, tendo em vista as rápidas mudanças na tecnologia que ocorreram num espaço tão curto de tempo, talvez seja um bom dispositivo para sobreviver os tempos com sua forma aberta. Não parece, entretanto, ser um problema o tipo penal não fazer distinção quanto à violação dos direitos morais e patrimoniais, tendo em vista o caráter dualista desse direito no Brasil. Não parece acertada, também, a crítica dos direitos de autor serem atribuídos também a direitos conexos e acabar protegendo pessoas jurídicas. Visto que, em publicação mais tardia, Ascensão reconheceu a metamorfose nos direitos autorais e no conceito de autor.

Sobre a doutrina e a jurisprudência quanto ao crime continuado, parece correto filiar-se à posição do STF e de Fragoso, determinando, portanto, que o crime continuado deve ser entendido pelo seu conceito objetivo, levando em

conta as mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução sem considerar a necessidade da unidade de desígnios entre os delitos. Assim, de tudo que foi extraído, a violação de direitos autorais pode ser continuada quando criado este vínculo de continuidade entre dois ou mais tipos com as mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução; por exemplo, a ação reiterada de um *blog* ou um canal de *Youtube* que posta reiteradamente material que, na verdade, foi criado por outrem, arrecadando para si um grande público de novos seguidores. Pode ser permanente quando da exposição para venda ou mantendo em depósito material contrafeito. Pode ser crime eventualmente permanente, pois a violação de direitos autorais é crime instantâneo e pode ser realizado de forma a lesionar permanentemente o bem jurídico.

Levantada a questão da imprescritibilidade das pretensões ligadas às violações dos direitos da personalidade, vale comentar, também, que há uma grande relevância desses direitos de forma que, no campo civil, a violação a estes prescinde de culpa. Ademais, vale deixar para reflexão as possibilidades de mecanismos preventivos para tutelar direitos da personalidade, visto que apenas o ressarcimento pecuniário não parece realmente reparação suficiente a esses direitos, em acordo com Braga Netto.

Se por um lado parece claro que desde sempre a prescrição serviu à segurança e à harmonia jurídica, por outro, Radbruch e Miguel Reale relembram que a segurança não pode fazer perecer a justiça. Fato é que o direito não é apenas um sistema lógico-formal. Dessa forma, a flexibilização do *dies a quo* com a teoria subjetiva da *actio nata*, aplicada em casos específicos pelo STJ, parece uma saída para arejar este instituto tão conhecidamente calcado na rigidez da segurança jurídica. Assim, por exemplo, como saída, quando envolvendo ilícitos referentes a direitos morais do autor, por ser ilícito absoluto e ter prazo prescricional curto, em determinadas pretensões.

Quanto ao prazo prescricional, nas violações de direitos autorais, parece mais correto a adoção do critério de três anos presente no art.206, parágrafo 3º, inciso V, de acordo com a posição de Dutra, Amaral e Lima. Visto que, se não há regra específica para o direito autoral, parece acertada a aplicação da regra geral. No entanto, junto a este prazo curto entraria a possibilidade de flexibilização do termo *a quo* segundo o viés subjetivo da teoria *actio nata*.

Apesar de toda modernização, inclusive para detectar infrações de direitos

autorais, como o *content ID*, entre outras tecnologias, ainda é difícil alinhar o passo da normatização com a tecnologia. Pois da mesma forma que as tecnologias se reinventam para criar e detectar infrações, elas também se renovam na forma de infracionar.

Deste modo, é importante haver segurança jurídica e que a prescrição siga cumprindo sua função, mas que possa também estar aberta às novas mudanças e mais ainda à justiça. Pois um excesso de regras rígidas, ou pensando, na rigidez da segurança jurídica, pode levar a um grave perecimento da justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

20TH Century Legal Philosophy Series, v. IV: The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin. Tradução: Kurt Wilk. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1950.

ALVES, J. C. M. (1999). A Parte geral do Projeto do Código Civil. Revista CEJ, 3(9), 5-11. Disponível em: <[revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/231](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/231)>.

AREAS, Patrícia de Oliveira. Direitos Morais do Autor e Direitos da Personalidade: Parte II. In: WACHOWICZ, Marcos; GRAU-KUNTZ, Karen (org.). Estudos de Propriedade Intelectual em Homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa. [S. l.: s. n.], 2021. cap. 2. Disponível em: <[https://codaip.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/11/1\\_Estudos-de-Propriedade-Intelectual-em-homenagem-ao-Prof\\_Dr\\_Denis-Borges-Barbosa.pdf](https://codaip.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/11/1_Estudos-de-Propriedade-Intelectual-em-homenagem-ao-Prof_Dr_Denis-Borges-Barbosa.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Revista da EMERJ, [s. l.], v. 2, n. 7, 1999. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista07/revista07\\_21.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista07/revista07_21.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Intelectual em Metamorfose. Revista de direito autoral, São Paulo, v.2, n° 4, p. 3 - 24, fev. 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de Autor e a Internet. Em Particular As Recentes Orientações da Comunidade Europeia. Separata de: DIREITO da Sociedade da Informação. [S. l.: s. n.], 2008. v. VII. Disponível em: <<https://www.gedai.com.br/direito-autoral-estudos-de-jose-de-oliveira-ascensao>>. Acesso em: 5 out. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. Da Tecnologia à Cultura: ensaios e estudos de Propriedade Intelectual. Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

- BARBOSA, Denis Borges. A Prescrição da ação interditéria de uso de marca no caso de uso continuado. DBBA, [s. l.], janeiro 2012. Disponível em: <<https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/a-prescrio-da-ao-interditria-de-uso-de-marca-no-caso-de-uso-continuado-janeiro-de-2012.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2021.
- BARBOSA, Pedro Marcos. Os Prazos de Insurgência e a Propriedade Intelectual, 2022 (no prelo).
- BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era de Sua Reprodutibilidade Técnica. Tradução: Gabriel Valladão Silva. [S. l.]. L&PM Editores, 2018. E-book.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito da Personalidade. 8ª ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- CANOTILHO, José J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 11 reimp. Coimbra: Alamedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Tradução: Santiago Sentis Melendo. 5. ed. [S. l.: s. n.], 1959. v. I.
- CARRIER, Michael A. Copyright and Innovation: The Untold Story (October 24, 2012). 2012 Wisconsin Law Review 891, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2099876>
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. [S. l.: s. n.], 1996. 698 p. v. 1.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. [S. l.: s. n.], 2010.
- CORREIA, Atalá. Prescrição: entre passado e futuro. São Paulo: Alamedina, 2021.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. A Tutela Penal dos Direitos Autorais. Revista da EMERJ, [s. l.], v. 11, n. 42, 2008. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista42/Revista42\\_45.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/Revista42_45.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol I: teoria geral do direito civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DUTRA, Ana Clara Farias da Silva; AMARAL, Rafael Lacaz; LIMA, Víctor. Contagem do Prazo Prescricional: Violação de Direitos Autorais na Internet. Migalhas, [s. l.], setembro 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351657/contagem-do-prazo-prescricional-violacao-de-direitos-autorais>>. Acesso em: 24 set. 2021.
- ECO, Umberto. Como se Faz Uma Tese em Ciências Humanas. Tradução: Ana Falcão Bastão, Luís Leitão. Bacarena: Editorial Presença, 1997.

- FISHER, William. Theories of Intellectual Property. Disponível em: [www.law.harvard.edu/faculty/ufisher/iptheory.html](http://www.law.harvard.edu/faculty/ufisher/iptheory.html)
- FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FOUCAULT, Michel. O que é um autor? Bulletin de la Société Française de Philosophie, 63º ano, no 3, julho-setembro de 1969, os. 73-104.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16. ed. [S. l.: s. n.], 2004.
- GEIGER, Christophe. Challenges for the Enforcement of Copyright in the Online World: Time for a New Approach (March 7, 2014). Published in: P. Torremans (ed.), "Research Handbook on the Cross-Border Enforcement of Intellectual Property", Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2014, p. 704, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-01. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2382603>
- GEIGER, Christophe and FROSIO, Giancarlo and BULAYENKO, Oleksandr. The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects (March 2, 2018). Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2018-02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3160586> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160586>
- GINSBURG, Jane C. Overview of Copyright Law (July 1, 2016). Oxford Handbook of Intellectual Property, Rochelle Dreyfuss & Justine Pila, Eds., Columbia Public Law Research Paper No. 14-518, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2811179>
- GINSBURG, Jane C. The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law, 41 Hous. L. Rev. 263 (2004). Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/618](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/618).
- GINSBURG, Jane C. "The Exclusive Right to Their Writings": Copyright and Control in the Digital Age, 54 Me.L. Rev. 195 (2002). Disponível em: <https://digitalcommons.maine.edu/mlr/vol54/iss2/3>
- GONZALEZ LOPEZ, Marisela. El derecho moral del autor em la ley española de propiedad intelectual. Madri: Marcial Pons, 1993.
- GRECO, Leonardo. A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- HELLER, Michael A. (1998). The tragedy of the anticommons: Property in the transition from Marx to markets, Harvard Law Review, 111 (3), 622-688.
- HESS, C.; OSTROM, E. Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice. Cambridge, Massachusetts. The MIT Press. 2007. 383 p.
- JARDIM, Afrânio Silva. Estudo sobre a pretensão processual. Empório do Direito, 28 ago. 2020.

Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/estudo-sobre-a-pretensao-processual>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

JASZI, Peter. Toward a theory of copyright: the metamorphoses of "authorship", 1991. Duke Law Journal, 455 - 502 (1991).

KANT, Immanuel. *Metaphysical Elements of Justice: Part I of the Methaphysics of Morals*. Tradução: John Ladd. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1999.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. [S. l.: s. n.], 1997. 264 p.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 31ª ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. V.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. XVI.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. LII.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. LIII.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos Civis*. 2ª. ed. [S. l.]: JusPodivm, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OSTROM, Elinor and HESS, Charlotte. *Private and Common Property Rights* (November 29, 2007). Indiana University, Bloomington: School of Public & Environmental Affairs Research Paper No. 2008-11-01, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1936062>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1936062>>.

OSTROM, Elinor. *Private and Common Property Rights*. Encyclopedia of Law & Economics, 1999.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. 144 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20autorais.pdf>

PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30 ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da S; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEUKERT, Christian and CLAUSSEN, Jörg and KRETSCHMER, Tobias. *Piracy and Box Office*

- Movie Revenues: Evidence from Megaupload (January 17, 2017). *International Journal of Industrial Organization*, 52, 2017, 188-215. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2176246> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2176246>
- POSNER, Richard. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução a Filosofia do Direito*. Tradução: Jacy de Souza Mendonça. [S. l.: s. n.], 1947.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANDEL, Michael J. *Justice: What's the right thing to do?*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência no Código Civil e sua repercussão na Propriedade Intelectual. *Boletim da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, [s. l.], ed. 48, p. 4-5, dezembro 2003.
- SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: Início dos Prazos*. 2a. ed. [S. l.: s. n.], 2020. E-book (402 p.).
- SOARES, José Carlos Tinoco. Prescrição: Dano permanente, nasce a cada dia, violação continuada, afastada a prescrição?. In: KAC, Larissa Andréa Carasso;
- SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. *Os Direitos Autorais no Marco Civil da Internet*. Academia.edu, 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/26730084/OS\\_DIREITOS\\_AUTORAIS\\_NO\\_MARCO\\_CIVIL\\_DA\\_INTERNET](https://www.academia.edu/26730084/OS_DIREITOS_AUTORAIS_NO_MARCO_CIVIL_DA_INTERNET). Acesso em: 17 jun. 2022.
- RODRIGUES, David Fernando; ARRUDA, Vinícius Cervantes G. (coord.). *Propriedade Intelectual e Revolução Tecnológica*. São Paulo: Alamedina, 2022.
- STF. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. 121, tomo II, p. 659. Informativo 736. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf\\_0736.pdf](https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf_0736.pdf)>.
- TEPEDINO, Gustavo. Prazos Prescricionais e segurança Jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [s. l.], v. 10, Out/Dez 2016.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina B. de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República: Parte Geral e Obrigações*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I.
- URBAN, Jennifer M.; KARAGANIS, Joe; SCHOFIELD, Brianna. Notice and Takedown in Everyday Practice (March 22, 2017). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2755628> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2755628>

WACHOWICZ, Marcos; COSTA, José Augusto Fontoura. Plágio acadêmico. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2016.

WEFFORT, Francisco C. (org.). Os Clássicos da Política. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 1.

WEFFORT, Francisco C. (org.). Os Clássicos da Política. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 2.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Notas sobre o plágio e a contrafação. JUS, abr. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55180/notas-sobre-o-plagio-e-a-contrafacao/2>>. Acesso em: 5 fev. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. The Age of Surveillance Capitalism: The Fight For a Human Future at the New Frontier of Power. [S. l.: s. n.], 2018. 691 p.

---

# *REGULAMENTAÇÃO DAS MARCAS DE POSIÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS PARA DEPÓSITO DE UMA MARCA NÃO TRADICIONAL*

---

*Giovanna Rocha<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho apresenta um estudo sobre as marcas não convencionais, com ênfase na marca de posição, traçando as principais características, as implicações do depósito e registro de uma marca de posição, bem como o entendimento brasileiro e estrangeiro sobre o tema. Ao longo do estudo serão abordados conceitos de marcas não tradicionais e como as legislações estrangeiras tratam o registro dessas marcas, com destaque para as normas brasileiras e os casos de marcas de posição discutidos no país. Será demonstrado elementos que fazem parte das marcas de posição e como os mesmos contribuem para o registro desse tipo de marca, bem como uma análise de possíveis casos que poderão futuramente serem tratados como marcas de posição no Brasil. Por fim, serão avaliados casos conhecidos sobre marca de posição e como o INPI e a justiça brasileira poderão abordar o registro das marcas de posição mediante o entendimento já consolidado sobre o assunto.

**Palavras-Chave:** Propriedade Intelectual; Marcas não tradicionais; Marcas de Posição; *Secondary Meaning*; Brasil.

**Abstract:** This paper presents a brief of non-traditional trademarks, with focus on the position mark, outlining the main characteristics, the implications of the filing and registration of a position mark, as well as the Brazilian and foreign understanding on the subject. Throughout the research, concepts of non-traditional trademarks and how

---

<sup>1</sup> Advogada atuante na área de propriedade intelectual. Pós Graduada em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio.

foreign legislations deal with the registration of these trademarks will be addressed, with emphasis on Brazilian standards and the cases of position trademarks was discussed. Elements that are part of position trademarks will be demonstrated and how they contribute to the registration of this type of trademark, as well as an analysis of possible cases that may in the future be treated as position trademarks in Brazil. Finally, known cases about position marks will be evaluated and how the BPTO and the Brazilian justice system can approach the registration of position trademarks based on the already consolidated understanding on the subject.

**Keywords:** Intellectual property; Non-traditional trademarks; Position Marks; Secondary Meaning; Annotation; Administrative Limitation; Brazil.

## INTRODUÇÃO

Mediante um panorama de criação de marcas cada vez mais distintas e em arquiteturas inovadoras, que fogem das formas tradicionais, há uma necessidade de tutelar os direitos dos titulares que buscam novas maneiras de identificar seus produtos e serviços. Por meio de novas experiências marcárias, buscam atrair o público consumidor para novas formas para além de uma mera “identificação”.

As marcas não tradicionais englobam aqueles sinais que não se encaixam no conceito vetusto de marca e que, mesmo assim, podem ser considerados sinais distintivos e potenciais signos marcários, capazes de serem suficientemente distintivos e originais. Com isso, nota-se, cada vez mais, a necessidade de evoluir e diversificar esse conceito a fim de que a legislação compreenda todo tipo de marca passível de registro para que os direitos dos titulares dessas marcas sejam tutelados adequadamente.

Por não se encaixar no conceito tradicional de marca, a marca de posição é classificada como uma marca que possui características específicas se comparada às marcas nominativas, mistas e figurativas. Diante disso, o presente trabalho busca realizar uma análise a respeito das marcas de posição e como essa nova forma de proteção terá o seu crescimento dentro do contexto brasileiro.

O presente estudo busca, por meio de uma metodologia dogmática, explicitar o conceito de marca de posição e como esse tipo de proteção está em progressivo crescimento no que tange ao reconhecimento como marca passível de registro. Mediante isso, serão expostas leis e principalmente, atos normativos, que

recentemente passaram a vigorar no Brasil a respeito da regulação de registros de marcas de posição. De forma expositiva, foram utilizados leis e tratados estrangeiros como base para o desenvolvimento do pensamento crítico no que tange a aplicabilidade do direito marcário brasileiro para casos de marcas de posição.

Serão, portanto, destacados as mudanças e o avanço relativo às marcas de posição, e com base em decisões administrativas estrangeiras e julgados brasileiros sobre possíveis marcas de posição, será abordado o crescimento do reconhecimento da marca de posição, uma marca não tradicional, como passível de registro.

Diante do exposto, busca-se alcançar respostas e soluções para casos de marcas de posição, principalmente no contexto brasileiro, em que o tema ainda é embrionário no que tange a sua regulação. Para isso, o presente trabalho analisará todas as questões que envolvem a marca de posição, desde o seu conceito, regulação, principais características e casos em potencial, a fim de que seja demonstrado a importância acerca do tema e a necessidade de, cada vez mais, aprimorar o ordenamento brasileiro quando se fala em marcas não tradicionais.

## **CAPÍTULO 1 – AS MARCAS NÃO CONVENCIONAIS: HISTÓRICO INTERNACIONAL E BRASILEIRO**

### **1.1. As marcas não tradicionais**

O século XX trouxe um novo significado para as marcas. O consumidor passou a se interessar pelas sensações que determinada marca gera quando é apresentada, e com isso, passam a ser reconhecidas como identificadoras e distintivas dos produtos e serviços que identificam (MARQUES, 2010).

Isso significa que as marcas deixam de ser uma mera identificação de fabricantes e produtores (de produtos e serviços) e passam a buscar novas formas de atrair o seu consumidor por meio das sensações e experiências geradas. Diante disso, a função central e jurídica da marca é a de garantir que aquele signo seja capaz de se diferenciar no que tange a bens e serviços a fim de ser considerado como suficientemente distintivo a ponto de preencher um lugar único dentro do seu mercado alvo (PORTO, 2011).

Dessa maneira, com o crescimento da concorrência entre produtos e serviços, a preocupação passou a ser a busca por novas formas de conquistar o consumidor

a fim de demonstrar que determinada marca, diferente das convencionais, identificaria o melhor produto do mercado (LIBMAN, 2017).

As marcas não tradicionais demonstram o interesse do mercado por algo novo, sendo uma nova maneira de conseguir destaque dentro de um ambiente concorrencial, trazendo um jeito diferente de produzir uma comunicação direta com o consumidor. Assim sendo, esses novos tipos de marcas marcam uma atual tendência de utilização desses sinais não tradicionais (BARBAS, 2016). Diante desse contexto, pode-se dizer que no campo teórico, é interessante abordar o sistema marcário por meio de uma perspectiva teleológica<sup>2</sup>, e a partir disso, qualquer marca que possua características que não se encaixem no conceito tradicional de marca, pode ser considerada uma marca em potencial. Dessa maneira, esse tipo de abordagem demonstra a necessidade da existência de diplomas legais que abordem o conceito de marca como qualquer sinal que opere como marca em potencial, não se limitando, portanto, a um conceito que trate o signo marcário como sinais visualmente perceptíveis (BARBAS, 2016).

As marcas, então, passam a ser o elemento central para a formação do reconhecimento de uma empresa, isso porque, as mesmas devem se destacar e possuir distintividade para que não sejam objeto de cópia pela concorrência (LIBMAN, 2017). Com isso, o signo marcário passa a ser o elemento diferenciador dentro do ambiente concorrencial.

Portanto, nota-se uma preocupação cada vez mais presente de buscar uma identificação com os valores de uma empresa por meio da marca, que poderá ser o principal elemento de atração de um público consumidor. Assim, surgem novas formas de apresentar as marcas, e cada vez mais se faz necessário um olhar atento a isso, tendo em vista que a evolução da regulação marcária deve acompanhar esse avanço da discussão sobre o tema.

Diante desse contexto, entende-se a necessidade de surgimento de novas formas de disponibilização de marcas como forma de atrair consumidores e se destacar no mercado. Dentre esses novos tipos de marcas, destaca-se a marca de posição, que apesar de, em alguns países, já ser considerada uma forma para a expressão de um signo marcário, trata-se de um assunto ainda muito recente no contexto brasileiro.

---

<sup>2</sup> Nesse caso, Leandro Moreira Valente Barbas entende que o sistema teleológico está voltado para uma abordagem a partir da finalidade de uma determinada marca, sem que haja um foco em categorias e outros critérios pormenores.

O conceito de marca de posição pode ser descrito como a posição de certo elemento em um local determinado na superfície de um produto (BARBAS, 2016). Dessa maneira, pode-se entender que a marca de posição é formada por um conjunto de elementos, sendo eles o sinal marcário e o local que o referido será fixado. Assim, para que a combinação existente entre o sinal marcário e a posição seja considerado distintivo, os elementos que compõe esse conjunto devem ser analisados de forma simultânea, pois a análise exclusiva da posição, de forma isolada, não é suficiente para considerar a marca como registrável. (GARCÍA, 2012).

Por isso, faz-se importante ressaltar que, para que se possa discutir a registrabilidade das marcas não convencionais deve-se levar em consideração a questão da distintividade. Uma vez que a distintividade é uma exigência de validade de uma marca, mesmo que àquela seja intrínseca ou construída, tal característica deve existir para que determinada representação seja vista como marca (MORO, 2003).

Permitir que determinado signo seja fixado em um local, pode contribuir, portanto, para em casos de sinais que, isolados, possuem pouca distintividade, a adquirir a referida devido a possibilidade da formação de uma marca de posição (CASTRO, 2016). Com isso, nota-se que a marca de posição pode ser vista como uma nova forma de identificar um sinal visualmente perceptível. Para isso, é necessário que seja compreendido como esse tipo de marca influência no mercado e na concorrência, e de que maneira é representativa para os consumidores no momento de identificar a marca que buscam.

Dessa maneira, é importante ressaltar a respeito da criação de um instituto própria para a regulação de marcas de posição, isso porque, proteções para marcas figurativas ou mistas não abarcaria esse tipo de signo. Argumentos que justificam a manutenção de um sistema rígido que não abarca as marcas não tradicionais, são baseados na ideia de que a sobreposição seria uma resposta a essa demanda, tendo em vista que a existência de outras formas de proteção seria suficiente (BARBAS, 2016).

Tal argumento é facilmente desconstruído por meio do princípio da especificidade das proteções. Com base no referido não é possível substituir um direito pelo outro, devendo cada direito possuir a sua regulação própria. Por esse motivo, não há que se falar em proteção de marcas de posição por meio dos registros para marcas figurativas, desenhos industriais, e até mesmo *trade dress*. A marca de posição possui suas próprias especificidades e deve ser entendida como tal, a fim de que, seja possível a compreensão de cada instituto dentro do direito marcário.

Por esse motivo, nenhum outro direito alternativo pode substituir o direito de proteção marcária, tendo em vista que é necessário entender cada tipo de proteção dos signos marcários como formas distintas de identificação. Assim, o surgimento de direitos de propriedade industrial não é espontâneo, devendo existir um procedimento administrativo prévio por meio do qual diferentes agentes exercem papéis essenciais para uma fiscalização prévia em relação a conformidade com a lei e os elementos necessários previstos pelo direito de marcas (FERNANDES, 2019).

Pelo o exposto, nota-se a importância da proteção de uma marca de posição, considerando a sua aparição cada vez mais constante na vida do consumidor. A importância da regulação deste instituto permite que sejam formadas regras próprias para tal, não sendo necessário a aplicação de direitos já existentes previstos para tipos de marcas distintos.

## **1.2. As marcas não tradicionais na legislação estrangeira**

A previsão do TRIPS<sup>3</sup> a respeito do conceito de marcas está em seu artigo 15, e estabelece que uma marca pode ser qualquer sinal que seja considerado distintivo (MARRAKESH, 1994). Essa definição ampla permitiu que cada país signatário formasse o seu entendimento sobre marca e que fosse determinado o que poderia ser compreendido como um signo marcário passível de registro. Por esse motivo, nota-se que em alguns países, signos como marcas de posição são vistas como possíveis de serem registradas, enquanto em outros países isso não ocorre.

A OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) não limita o seu entendimento a respeito de marcas registráveis. De acordo com a posição da organização, marcas podem ser formadas por inúmeras combinações, como desenhos, formas, sinais não visuais como sons, cores e odores, entendendo portando que são inúmeras possibilidades<sup>4</sup>.

De forma a complementar tais conceitos, necessário destacar a respeito

---

<sup>3</sup> Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) trata-se de tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio.

<sup>4</sup> Tradução livre: “*A word or a combination of words, letters, and numerals can perfectly constitute a trademark. But trademarks may also consist of drawings, symbols, three-dimensional features such as the shape and packaging of goods, non-visible signs such as sounds or fragrances, or color shades used as distinguishing features – the possibilities are almost limitless*”. Disponível em [https://www.wipo.int/trademarks/en/#what\\_kind](https://www.wipo.int/trademarks/en/#what_kind)

do Tratado de Cingapura, que foi criado com o objetivo de harmonizar os procedimentos estrangeiros sobre registro de marcas. A novidade no caso seria a previsão a respeito das marcas não tradicionais, e de acordo com o mesmo há providências sobre a solicitação para registros de marcas não convencionais, podendo ser de signos visíveis ou não, inclusive com a previsão de reconhecimento da marca de posição (CINGAPURA, 2006)<sup>5</sup>. Assim, o Tratado de Cingapura criou um marco de proteção para marcas não convencionais e permitiu que os países membros entendam como registrável representação não tradicionais de marcas, se atendo, portanto, a possibilidade para as marcas não convencionais (GARCÍA, 2012).

Dessa maneira, nota-se uma preocupação de tratados e organizações internacionais em buscar previsões mais flexíveis em relação aos tipos de marcas passíveis de registro. Isso porque, permitem que os países entendam a possibilidade de registro de marcas não tradicionais, garantindo a oportunidade de serem consideradas como registráveis sinais de posição, olfativos, sonoros, entre outros.

Devido a abrangência desses conceitos, as legislações dos países são responsáveis por definir o conceito de marca, e quais signos são registráveis. A lei dos EUA define que que marca pode ser considerada qualquer palavra, nome, símbolo ou dispositivo, ou qualquer combinação dos mesmos (EUA, 1946)<sup>6</sup>. Da mesma maneira, a Lei Argentina prevê que podem ser registradas como marcas signos marcários formados de diversas maneiras, como emblemas, gravuras, combinações de cores aplicadas a um determinado local, recipientes, combinações de letras, de números, entre outros (ARGENTINA, 1980)<sup>7</sup>.

Além do EUA e da Argentina, nota-se uma tendência da evolução legislativa de alguns países que buscam acompanhar a expansão do sistema marcário e do conceito de marca registrável. Abaixo estão destacados alguns países e suas respectivas legislações sobre as marcas passíveis de registro:

<sup>5</sup> Tratado de Cingapura. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/290013>

<sup>6</sup> Tradução livre: “*The term “trademark” includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof— (1) used by a person, or (2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown*”. EUA. Lanham Act, 15 U.S.C. § 1127. Disponível em: [https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark\\_Statutes.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf).

<sup>7</sup> ARGENTINA. LEI Nº 22.362 de 26 de dezembro de 1980. LEY DE MARCAS Y DESIGNACIONES. Artigo 1º. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18803/texact.htm>

País	Lei e Artigo	Definição de marca
<b>URUGUAI</b>	Artigo 1º da Lei nº 17.011 de 25 de dezembro de 1988	Uma marca registrada é entendida como qualquer sinal capaz de distinguir entre produtos ou serviços de uma pessoa singular ou coletiva dos de outra <sup>8</sup>
<b>CHINA</b>	Artigo 8 da Lei de Marcas da República Popular da China (2ª edição alterada)	Um pedido de registro de marca pode ser apresentado para qualquer marca visível, incluindo palavra, desenho, letra, número, marca 3D (tridimensional) ou combinação de cores, ou a combinação dos elementos acima mencionados, que pode distinguir as mercadorias da pessoa física, pessoa jurídica ou outra organização de terceiros <sup>9</sup> .
<b>CANADÁ</b>	Artigo 2, Trade-marks Act. R.S.C., 1985.	Um sinal registrável inclui uma palavra, um nome pessoal, um design, uma letra, um numeral, uma cor, um elemento figurativo, uma forma tridimensional, um holograma, uma imagem em movimento, um modo de produtos de embalagem, um som, um perfume, um sabor, uma textura e o posicionamento de um sinal <sup>10</sup>
<b>JAPÃO</b>	Artigo 2 da Lei nº 121 de 13 de abril de 1959 (Trademark Act)	Marca nesta Lei significa, entre aquelas que podem ser percebidas pelas pessoas, qualquer personagem, figura, sinal ou forma ou cor tridimensional, ou qualquer combinação destes; sons, ou qualquer outra coisa especificada por Ordem do Gabinete (doravante referida como uma “marca”) <sup>11</sup>

<sup>8</sup> Tradução livre: “Se entende por marca todo signo con aptitud para distinguir los productos o servicios de una persona física o jurídica de los de outra”. URUGUAI, Lei nº 17.011 de 25 de dezembro de 1988. Ley de Marcas. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17011-1998>.

<sup>9</sup> Tradução livre: “An application for trademark registration may be filed for any visible mark including word, design, letter, number, 3D (three-dimension) mark or color combination, or the combination of the elements above mentioned, that can distinguish the commodities of the natural person, legal person or other organization from those of others”. CHINA. Trademark Law of the People’s of China. The 2nd amended edition on October 27, 2001. Disponível em: <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/tlotproc2ae526/>

<sup>10</sup> Tradução livre: “sign includes a word, a personal name, a design, a letter, a numeral, a colour, a figurative element, a three-dimensional shape, a hologram, a moving image, a mode of packaging goods, a sound, a scent, a taste, a texture and the positioning of a sign;” CANADÁ, Trademarks Act. R.S.C., 1985, c. T-13. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/T-13.pdf>.

<sup>11</sup> Tradução livre: “Trademark” in this Act means, among those which can be perceived by people, any character, figure, sign or three-dimensional shape or color; or any combination thereof; sounds, or anything else specified by Cabinet Order (hereinafter referred to as a “mark”). JAPÃO. Lei nº 121 de 13 de abril de 1959. Trademark Act. Disponível em: [http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail\\_main?re=&vm=02&id=3047](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=02&id=3047)

País	Lei e Artigo	Definição de marca
<b>CHILE</b>	Artigo 19 da Lei nº 19.039 de 6 de março de 2006, sobre Propriedade Industrial (Lei alterada aprovada pelo Decreto-Lei nº 3, de 6 de março de 2006, que incorpora modificações pela Lei nº 20.569, de 6 de fevereiro de 2012)	Sob a denominação de marca registrada, qualquer sinal que seja capaz de representação gráfico capaz de distinguir em o mercado produtos, serviços ou estabelecimentos industriais ou comercial. Tais sinais pode consistir em palavras, incluindo nomes de pessoas, letras, números, elementos figurativos como como imagens, gráficos, símbolos, combinações de cores, sons, bem como, qualquer combinação de esses sinais <sup>12</sup> .

Nos casos acima, nota-se uma adequação do diploma legislativo dos citados países para incluir marcas além das visualmente perceptíveis, pois nesses casos, entende-se que enrijecer uma regulação para apenas marcas convencionais não é benéfico em um ambiente em constante evolução. Nesse sentido, percebe-se, portanto, uma preocupação em buscar findar o entendimento de que o sistema marcário deve ser visto como limitado a um único conceito de marca, tendo em vista o constante progresso do relacionamento das empresas com os consumidores e as formas de identificar um produto ou serviço por meio de uma marca (BARBAS, 2016).

Diferentemente dos casos retratados acima, o Brasil não possuía, até então, uma legislação que abarcasse as marcas de posição. A previsão sobre esse tipo de marca ainda é embrionária, e é necessário aprimorar cada vez mais os estudos a respeito da aplicação do instituto da proteção para os novos depósitos de marca de posição. Diante disso, no ano de 2021, o INPI passou a aceitar as marcas de posição como passíveis de registro, estabelecendo parâmetros para a sua análise. A seguir serão apresentadas as regulações e uma análise do conteúdo trazido pelo Instituto a respeito desse assunto.

<sup>12</sup> Tradução livre: “*Bajo la denominación de marca comercial, se comprende todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales. Tales signos podrán consistir en palabras, incluidos los nombres de personas, letras, números, elementos figurativos tales como imágenes, gráficos, símbolos, combinaciones de colores, sonidos, así como también, cualquier combinación de estos signos.*”. CHILE, Lei nº 19.039 de 6 de março de 2006, sobre Propriedade Industrial (Lei alterada aprovada pelo Decreto-Lei nº 3, de 6 de março de 2006, que incorpora modificações pela Lei nº 20.569, de 6 de fevereiro de 2012). Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/es/text/338935>

### **1.3. A Portaria do INPI nº 37, de 13 de setembro de 2021 e a Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021**

De acordo com a Portaria nº 37 do INPI, será possível requerer perante o instituto pedido para registro de marca de posição. Dessa maneira, seguindo o caminho dos países que possuem previsão de registro de marcas não tradicionais o Brasil buscou se encaixar nesse contexto, e passou a regular o registro das marcas de posição.

Diante disso, apesar da marca de posição ser visualmente perceptível, ela se encaixa no conceito de marca não tradicional por, comparativamente as marcas nominativas, mistas e figurativas, não estar prevista em todos os ordenamentos jurídicos no conceito que envolve a definição de marca, bem como não serem amplamente aceitas e reconhecidas como um signo marcário registrável (BARBAS, 2016). Para além disso, essas marcas são consideradas não tradicionais pelo fato de possuírem uma forma mais complexa, sendo resultado de uma formação conjunta de elementos com certa peculiaridade (CESÁRIO, 2017). Por esse motivo que faz necessário contemplar a marca de posição como uma marca não tradicional e a importância que o surgimento desse tipo de proteção significa no contexto brasileiro.

Ademais da expansão da proteção de sinais identificados como marcas, a regulação das marcas de posição representa um grande avanço para o meio infra legislativo nacional, tendo em vista que empreendedores e titulares de marcas não tradicionais poderão explorar sua criatividade e ao mesmo tempo, terão apoio em regras que possuem previsão de registro de suas marcas (CORTEZ, 2021). Diante desse avanço, se fez necessário a elaboração de fontes normativas e diretrizes que abarcassem o tema das marcas de posição, a fim de auxiliar tanto os examinadores dessas novas marcas, bem como os próprios titulares que possuem interesse nesse novo tipo de sinal marcário.

De acordo com o artigo 1º a marca de posição será registrável desde que possua um sinal aplicado em uma posição considerada distintiva, e tal aplicação não deve possuir efeito técnico ou funcional, devendo o sinal ser apenas indicativo de marca<sup>13</sup>. Diante dessa novidade, titulares de marcas podem requerer o registro

---

<sup>13</sup> PORTARIA/INPI/PR Nº 37, DE 13 DE SETEMBRO DE 2021:

Art. 1º Será registrável como marca de posição o conjunto distintivo capaz de identificar produtos ou serviços e distingui-los de outros idênticos, semelhantes ou afins, desde que:

I – seja formado pela aplicação de um sinal em uma posição singular e específica de um determinado suporte; e

II – a aplicação do sinal na referida posição do suporte possa ser dissociada de efeito técnico ou funcional.

da marca de posição ou requerer a alteração de um pedido já existente para que passe a constar como um pedido de registro de marca de posição <sup>14</sup>. Tal situação poderá ocorrer, por exemplo, no caso do processo nº 901514225, de titularidade de Christian Louboutin, tendo em vista que o citado pedido ainda possui o seu exame pendente. Trata-se de um pedido de registro para marca figurativa, mas é possível notar que a marca requerida poderá ser convertida em marca de posição pois de acordo com a figura exposta, pode-se entender que atenderia os requisitos necessários para que seja reconhecida como uma marca de posição.

Assim, os titulares que entenderem que a sua marca se encaixa nas definições de marca de posição, podem requerer a sua conversão, desde que ainda não tenha ocorrido a análise de mérito pelo INPI. A tendência, nesse caso, será, cada vez mais, a possibilidade de proteção desse tipo de marca que, de fato, serão responsáveis por identificar a identidade dos produtos ou serviços de uma empresa, sem a limitação de registro para marcas tradicionais apenas<sup>15</sup>.

Para um melhor entendimento das normas relativas à marca de posição, foi elaborada uma Nota Técnica, Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021, com o objetivo de apresentar diretrizes e explicações a respeito do exame dos pedidos. Dessa maneira, de acordo com a referida nota técnica, e como já mencionado anteriormente, a proteção a ser concedida refere-se ao conjunto formado pelo sinal em uma determinada posição no suporte <sup>16</sup>.

Com isso, a marca será considerada distintiva se a aplicação do sinal ao suporte possuir tal característica, e conseqüentemente, o conjunto como um todo deverá ser considerado distintivo, podendo ser visto como um sinal marcário. Nesse sentido, da mesma forma que caso uma das partes da marca de posição pode não ser considerada distintiva, pode haver casos em que o sinal marcário isolado não é considerado distintivo, mas a sua aplicação em um determinado local, garante a distintividade necessária.

---

<sup>14</sup> Art. 2º: Será permitida a alteração da forma de apresentação dos pedidos de registro de marca depositados antes da entrada em vigor desta Portaria que estejam pendentes de exame pelo INPI e que se enquadrem como marca de posição.

<sup>15</sup> Nesse caso, marcas tradicionais podem ser entendidas como marcas mistas, nominativas e figurativas, que são amplamente aceitas na maioria dos ordenamentos jurídicos como passíveis de registro e de serem compreendidas dentro do conceito legal de marcas.

<sup>16</sup> Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021: “5. A proteção conferida pelo registro de marca de posição refere-se ao conjunto formado pela aplicação do sinal na posição singular e específica do suporte. A posição do suporte na qual o sinal é aplicado não é protegida isoladamente. O registro também não confere proteção sobre o suporte em si.”

Isto posto, caso exista uma marca mista que seja identificada por um cifrão, por exemplo, o sinal isolado pode não ser considerado distintivo, mas caso o mesmo seja aplicado em um sapato, na sua parte frontal ou no bolso traseiro de uma calça, talvez possa ser entendido como um conjunto distintivo, formando uma marca de posição passível de registro.

Possível ressaltar ainda que, pelo exposto na Nota Técnica, mesmo que a posição seja considerada única, caso o sinal não seja singular, é possível que o pedido de marca seja indeferido, tendo em vista que o entendimento para o exame será a análise do conjunto. Diante disso, é plausível questionar se, nos casos em que o titular já possua uma marca mista concedida, poderá o mesmo requerer o depósito de uma marca de posição, que identifique os mesmos produtos e/ou serviços da anterior, utilizando o mesmo elemento visual da marca mista atrelado a uma posição em um suporte? E nesse caso, o INPI irá considerar que aquele sinal já havia sido considerado como distintivo no momento do registro da marca? Ou o titular deverá desistir da sua marca mista e requerer um novo pedido de marca de posição que contenha o seu elemento visual para que o INPI realize um novo exame?

O questionamento acima citado poderá levar a discussão de uma dupla proteção. Isso porque, não é possível que um mesmo sinal marcário, que identifique os mesmos serviços/e ou produtos possua proteção na forma mista e na forma de marca de posição, por exemplo. Diante disso, entende-se que caso o titular tenha interesse em uma marca de posição, deverá o mesmo requerer o depósito novamente para que o INPI realize o exame. Ainda, caso se trate da mesma marca e identifique os mesmos produtos e/ou serviços, poderá o titular encontrar um obstáculo na questão da dupla proteção da marca.

Não é possível garantir qual será a decisão do INPI em casos como o citado acima, entretanto, cabe destacar uma possibilidade para tentar buscar a melhor solução possível. A marca JAGUAR possui um registro para marca mista, que identifica o animal jaguar que, na maioria dos casos, é encontrado na parte anterior dos carros que comercializa. Diante disso, caso a empresa opte por realizar um registro da marca de posição, formada pelo jaguar na parte anterior do carro, questiona-se se a empresa poderia ser titular da marca mista e da marca de posição, ambas identificadas pelo mesmo sinal. Nesse caso, de forma prematura, tendo em vista que ainda não há decisões concretas a respeito das marcas de posição, possível afirmar que a empresa poderia ser titular da marca

mista identificando um determinado produto e/ou serviço, e ao mesmo tempo, ser titular da marca de posição, que deverá identificar produto e/ou serviço completamente diferente dos identificados pela marca mista<sup>17</sup>.

Como é possível notar, a Nota Técnica do INPI demonstrou que a distintividade da marca de posição está diretamente ligada a distintividade do sinal aplicado no suporte. Por esse motivo, é necessário avaliar as diretrizes na medida em que forem aplicadas, a fim de que seja verificado se a posição adotada pelo examinador será restrita há apenas o que está previsto em lei, devendo ser analisado qual será exatamente o nível de rigidez adotado pelo examinador para, considerando a característica da distintividade, avaliar a particularidade da posição e do sinal marcário (REIS e TURLÃO, 2021).

Diante disso, novos questionamentos surgem tendo em vista a novidade do assunto relacionado ao exame de pedidos de marca de posição. Apesar da nota técnica abordar as diretrizes do exame, algumas perguntas serão respondidas apenas na prática. Para que haja um padrão nas decisões precisará o INPI trazer as motivações, bem como, suas considerações sempre observando o previsto na Portaria e na Nota Técnica.

## **CAPÍTULO 2 – AS MARCAS DE POSIÇÃO COMO INOVAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1. A função da marca de posição e o *secondary meaning***

Pode-se dizer que, como mencionado, a função da distintividade deve ser considerada uma das principais também no que tange a marca de posição. Isso porque, essa função pode ser entendida como a disposição para se apresentar como diferente e dessa forma, precisa ser utilizado e informado ao mercado e consumidores (TOLENTINO, 2021).

Além da função da distintividade, característica que deverá estar presente na marca de posição, algumas questões podem ser mencionadas. As marcas de posição, vista como uma marca visualmente nova dentro do ordenamento brasileiro, pode ser entendida como uma marca complexa, formada por

---

<sup>17</sup> Informação fornecida por Clovis Silveira na reunião aberta da Comissão de Direito da Moda em 2021 sobre Marca de Posição. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=OUP19yWofSM>. Acesso em 10/12/2021.

elementos novos que, no seu conjunto, formam um signo marcário, e que se reconhecida pelo consumidor como um sinal capaz de distinguir produtos e serviços, poderá, portanto, ser caracterizada como distintiva (CESÁRIO, 2020).

Faz-se importante ressaltar a necessidade de analisar a marca de posição juntamente com outros elementos que influenciam a identificação de uma marca para o público consumidor. Dessa forma, entre os conteúdos extrajurídicos no tocante a função do signo distintivo em exame, um outro elemento é agregado a essa ideia de marca de posição: a função publicitária da marca, envolvendo a propaganda, o marketing e o público alvo.

A finalidade da publicidade deixou de ser meramente informativa, e passa a cumprir um papel de associação de uma marca com determinado produto ou serviço, e assim, a imagem da marca, seja o logo ou o nome poderá se relacionar diretamente com a qualidade de um produto ou serviço (MORO, 2003). Dessa maneira, de forma a buscar a influência da função publicitária sobre a marca de posição, pode-se dizer que a imagem que a marca de posição gera para seus consumidores, traduz uma identificação que o mesmo possa ter com o produto ou serviço.

A marca de posição permite essa associação de forma mais clara, o que pode ser importante tanto para o consumidor como para a empresa que está por trás dessa marca. Essa associação poderá ser mais direta tendo em vista que no momento que consumidor visualizar uma marca de posição ele não irá visualizar o significado literal daquela imagem, mas aquele signo será utilizado para, através de uma representação mental gerar um determinado significado que será importante para a identificação daquela marca (FETT, 2012). Isso porque, um elemento visual apostado em um determinado local de um produto será visto como a principal identificação, traduzindo a importância desse tipo de marca ser vista como passível de registro. A identificação da marca LEVIS nos seus produtos por meio do uso da marca de posição, por exemplo, demonstra que apenas as listras no bolso das suas calças são suficientes para a identificação da marca.

A função publicitária nesse caso poderá levar a discussão do *secondary meaning*, tendo em vista que os consumidores passam a associar e encarar um determinado sinal como uma marca de fato. O *secondary meaning* pode ser explicado como um fenômeno que possibilita que um signo marcário adquira distintividade pelo seu uso, e dessa forma, seja capaz de identificar um produto

e/ou serviço, possibilitando, então, o registro como marca (SCHMIDT, 2013).

A convenção da União de Paris (CUP), em seu artigo 6º, demonstra que para que a marca seja passível de proteção deve-se considerar todas as circunstâncias que levaram à duração da marca. Com base nisso, apesar de não existir previsão expressa, pode-se dizer que o instituto do *secondary meaning* encontra-se presente nesta disposição. Apesar disso, no Brasil não há previsão específica para registro de marca com base no *secondary meaning*. Isso porque, o Brasil adota o sistema atributivo misto/moderado, e dessa forma, o direito marcário deve ser adquirido por meio de registro, diferentemente de países como os Estados Unidos, que adotam o regime da *Common Law*<sup>18</sup> baseado em um sistema declarativo de direitos. Da mesma forma, na Consulta Pública feita pelo INPI a respeito das marcas de posição, o próprio Instituto confirmou que não iria realizar avaliação de distintividade adquirida, sendo considerada apenas a distintividade intrínseca do sinal marcário<sup>19</sup>.

Como a marca de posição é uma forma de proteção nova no Brasil, muito se questiona se as marcas já existentes, que adquiriram sua distintividade com base no crescimento perante o público, poderão ser vistas como passíveis de registro. Isso porque, em casos como o da Adidas, que possui a maioria dos seus produtos identificados pelas três listras laterais, poderão as mesmas serem consideradas como registráveis tendo em vista a associação que já é feito pelos consumidores. Caso seja considerado o elemento de forma isolada, pode-se dizer que três listras na lateral de um tênis poderão não possuir distintividade suficiente, entretanto, a associação que é feita pelo público consumidor garante a identificação da marca.

Uma das estratégias de marcas renomadas e na indústria da moda foi de construir uma reputação significativa dessas marcas em torno de estilos e designs próprios, cuja a representação se estende para além dos ciclos do mercado de moda (CIANI et.all., 2019). Dessa maneira, deve-se atentar para esse movimento de grandes marcas em relação à construção de seus signos, que muitas vezes

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. v2. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 836. Common law: é o conjunto de normas consuetudinárias, e direito que se desenvolveu baseado em precedentes judiciais (decisões judiciais), e não mediante atos legislativos ou executivos. Impera nos países colonizados pela Inglaterra, e também é conhecido como “judge-made law”.

<sup>19</sup> “O INPI não avalia a distintividade adquirida pelo uso, sendo considerada durante o exame apenas a distintividade intrínseca do sinal, analogamente às demais formas de apresentação, conforme procedimentos descritos no item 12.1 da Nota Técnica sobre as diretrizes de exame de marcas de posição.”. Consulta pública – marcas de posição. INPI, 2021. p. 53. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/consulta-publica/Consulta\\_Publica\\_Marcas\\_Posicao\\_Respostas.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/consulta-publica/Consulta_Publica_Marcas_Posicao_Respostas.pdf). Acesso em 11.02.2022.

possuem limitação de proteção, e que apesar disso, adquirem sua distintividade e reconhecimento perante o seu público consumidor.

Diante disso, o fenômeno do *secondary meaning* não pode ser tratado de forma separada das marcas de posição. Isso porque, a distintividade cobrada para essas marcas poderá estar diretamente ligada ao uso da mesma em uma certa posição e, portanto, poderá adquirir características do *secondary meaning* (SIQUEIRA, 2021).

Dessa forma, caso o INPI mantenha a posição de não adotar a hipótese do *secondary meaning*, possível que seja visto uma demanda crescente no judiciário relacionado a esse tema. Isso porque, muitas marcas que, atualmente, são registradas como figurativas, se analisadas a luz da Portaria do INPI, se encaixam nas definições de marcas de posição. Assim, podem existir casos em que a marca já tenha adquirido a sua imagem dentro do mercado e a aquisição do direito da sua marca de posição seria apenas uma consequência desse trabalho realizado perante o público. Diante disso, caso o INPI opte por, de fato, não considerar o *secondary meaning*, os titulares poderão recorrer ao judiciário com base na concorrência desleal, ou por outra via que não a própria tutela de um direito de exclusiva.

Além disso, nota-se que, já há decisões proferidas por tribunais no sentido de entender que o uso e o reconhecimento pelo público de um determinado signo, garantiu que o titular pudesse se opor a marcas semelhantes, e/ou conseguir anulação de ato do INPI que indeferiu o pedido de registro da marca. O ocorrido com o caso referente a marca IPHONE, no caso da Apple Inc. (Autora) contra a IGB Eletrônica (Ré), em que ocorreu a discussão a respeito da marca GRADIENTE IPHONE, demonstra que a 1ª turma especializada entendeu, de forma indireta, a existência do fenômeno do *secondary meaning* tendo em vista a distintividade adquirida pela marca diante do uso da marca Iphone em cenário nacional e internacional. Destaca-se abaixo trecho do entendimento da decisão:

É indubitável que, quando os consumidores e o próprio mercado pensam em IPHONE, estão tratando do aparelho da APPLE. Permitir que a empresa Ré utilize a expressão IPHONE de forma livre, sem ressalvas, representaria imenso prejuízo para a Autora, pois toda fama e clientela do produto decorrem de seu nível de competência e grau de excelência<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª região, Des. Paulo Cesar Espirito Santo. Apelação nº 94.02.03801-9. DJE: 14.07.2014

Com base no exposto, nota-se que a análise do *secondary meaning* é de grande importância em um contexto de aceitação tardia do registro de marcas de posição. Considera-se isso pois, para aqueles que já possuíam marcas de posição e que não poderiam registrá-las como tal devido à falta de previsão legal, já adquiriram o seu diferencial perante o mercado consumidor.

A análise feita pelo INPI poderá, dessa forma, gerar o crescimento de uma discussão sobre o tema, principalmente na esfera judicial. Isso porque, em casos que os titulares não obtiveram registros de suas criações que foram elaboradas a partir de esforços financeiros, divulgação e construção de uma imagem perante o público e que por esse motivo, adquiriram distintividade suficiente, deveria o Direito prover os meios necessários para coibir situações de infração e concorrência desleal (SCHAAL e MOSSE, 2019).

## 2.2. Aplicação das regras para depósito de marca de posição no Brasil: Comparação com decisões estrangeiras e possíveis desdobramentos para casos brasileiros

Alguns casos estrangeiros foram considerados importantes para a discussão do tema a respeito das marcas de posição. O EUA e o continente Europeu, por exemplo, já aceitam o registro de marcas de posição e possuem decisões pioneiras a respeito. Entretanto, há uma diferença da análise dos casos de marcas de posição em que é aceito o *secondary meaning*. Isso porque, o titular, ao comprovar que a marca possui o devido reconhecimento perante os consumidores, pode ser registrada como marca de posição. Caso como esse ocorreu na Europa, em que foi reivindicada a proteção para um ponto vermelho em uma tesoura (UE, Reg. nº 001777176):

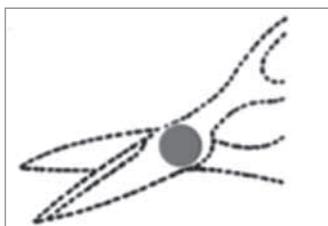


Figura 4 - Marca de Posição “ponto vermelho” em tesoura. Fonte: Site da EUIPO.

Nesse caso, em um primeiro momento, o pedido foi recusado pela EUIPO por falta de distintividade. Porém, na fase recursal a decisão foi revertida tendo em

vista a apresentação de provas de distintividade adquirida, demonstrando que o público era capaz de reconhecer o símbolo indicado como marca (BARBAS, 2016).

Diferentemente do Brasil, o Tribunal Europeu aceitou a comprovação da distintividade da marca com base no *secondary meaning*, e com isso, foi possível realizar o registro da mesma. Por esse motivo, questiona-se como será feita essa análise de casos brasileiros e como decisões de outros países acerca da marca de posição podem ser capazes de influenciar as determinações sobre as marcas de posição no Brasil.

Dessa maneira, mesmo com a aceitação tardia do registro de marca de posição, nota-se a existência de casos envolvendo o tema, e que foram aceitos como marcas tridimensionais, ou foram analisados perante a justiça por meio de ingresso de ação judicial.

A Justiça Federal do Rio de Janeiro analisou o caso da marca da Adidas, em que estava sendo questionado a validade de registros das 3 listras que poderiam ser vistos como sinais de caráter genérico<sup>21</sup>. No presente caso, o entendimento da juíza foi no sentido de demonstrar que, apesar das listras serem de caráter comum, a composição das mesmas formaria um elemento especial capaz de gerar suficiente distintividade, mencionando ainda, a marca na lateral do tênis (processo nº 826054978). Tal decisão demonstra que, apesar do lugar das listras ser um lugar comum, a aposição do conjunto das mesmas poderia gerar suficiente distintividade para marca, bem como ser apto a provocar o reconhecimento da marca pelo consumidor.

Diante do caso acima exposto, faz-se necessário questionar se, caso esse pedido fosse realizado no momento presente, como o INPI iria analisar a distintividade dessa marca. De acordo com a Nota Técnica, marcas de posição apostas em lugares comuns não podem ser passíveis de registro, por entender que a posição da marca não era considerada singular. Assim, seria a marca da Adidas indeferida com base nesse entendimento? Ou seja, marcas que possuem sinais que são considerados distintivos e de grande reconhecimento pelo público, terão seus pedidos indeferidos? É possível que, com base nisso, os casos na justiça comum sejam crescentes a fim de que os titulares consigam provar a distintividade suficiente da marca de posição.

---

<sup>21</sup> BRASIL, Justiça Federal do Rio de Janeiro, Juíza Marcia Maria Nunes de Barros, Processo nº 0803946-89.2011.4.02.5101. Sentença: 10/08/2012.

O caso citado demonstra que as marcas foram apostas em locais que, se analisado o mercado, poderia ser considerado um lugar comum. Assim, pode-se dizer que a singularidade dessa posição possui um poder de proteção diminuído devido a uma tendência, tendo em vista que outras marcas também fazem o uso de marcas na lateral de um tênis, por exemplo (CESÁRIO, 2021)<sup>22</sup>. Diante desses embates, e a questão do lugar comum, é possível buscar um paralelo com o registro das marcas nominativas e mistas. Isso porque, a composição desses tipos de marcas pode conter elementos comuns, desde que, o mesmo esteja atrelado a outro elemento capaz de garantir suficiente distintividade a marca. Assim, comparativamente, seria possível o registro de uma marca de posição em um lugar comum, sem que haja um impedimento pelo INPI, desde que, o sinal apostado seja capaz de identificar a marca como suficiente distintiva?

Um caso da União Europeia pode ilustrar tal questionamento. O registro nº 008586489 requerido perante a EUIPO como marca de posição registrada pelo instituto, sendo a sua representação gráfica a que segue:

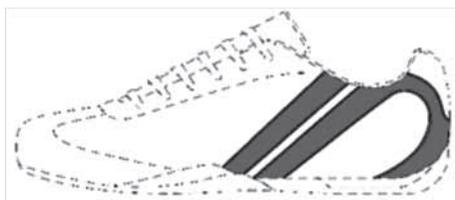


Figura 5 - Marca de Posição aplicada a calçado. Fonte: Site da EUIPO.

A marca acima (Figura 5) foi descrita da seguinte forma conforme informações do site da EUIPO:

A marca é uma marca de posição. A marca consiste em duas linhas paralelas posicionadas na superfície externa da parte superior de um sapato. A primeira linha vai do meio da borda da sola de um sapato e se inclina para trás em direção ao peito do pé de um sapato. A segunda linha corre paralela à primeira linha e continua em uma curva para trás ao longo do contador de um sapato até o calcanhar de um sapato e termina na borda da sola de um sapato. A linha pontilhada marca a posição da marca e não faz parte da marca <sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Informação fornecida por Kone Cesário no Webinar da Associação Paulista da Propriedade Intelectual (ASPI) sobre Marcas de Posição no Brasil e na América Latina em 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f1U-7jE4aHU>. Acesso em 09/03/2022.

<sup>23</sup> Tradução livre: “The trademark is a position mark. The mark consists of two parallel lines positioned

O registro acima foi efetuado pelo Instituto Europeu como marca de posição sem considerar a distintividade adquirida da marca. Como demonstrado, o lugar em que as faixas estão apostas, pode ser visto como um lugar comum por ser na lateral de um tênis, entretanto, o EUIPO entendeu que a posição das listras e a forma como as mesmas estavam apostas era suficiente para garantir a distintividade da marca. Considerando tal entendimento, pode-se concluir que as identificações laterais na imagem podem ser perfeitamente diferenciáveis de outros tipos de marcas. Isso foi, inclusive, objeto de análise no próprio processo, em que foi questionado a similaridade com a marca de um terceiro:

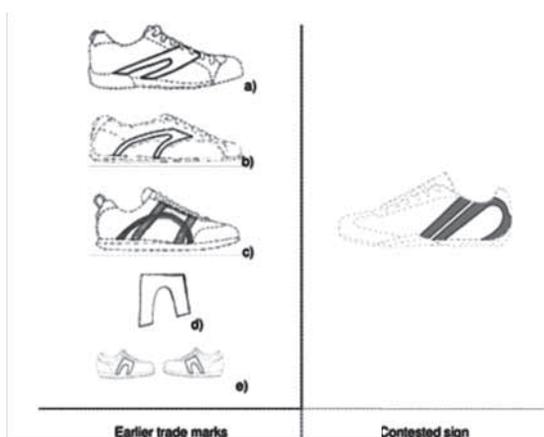


Figura 6 - Quadro comparativo de marcas em análise. Fonte: Decisão de Oposição no processo nº 008586489 disponível no site da EUIPO

Na decisão há a comparação das listras e da forma como estão dispostas, bem como o design dessas listras aplicadas ao suporte. Assim, o entendimento proferido foi no sentido de que o ponto em comum entre as marcas apresentadas é somente o fato de que há linhas posicionadas em um sapato, porém essas linhas possuem posição, tamanho e inclinação distintas (EUIPO, 2010).

Comparativamente ao caso acima, vale destacar caso que ocorreu na Colômbia a respeito de análise de colidência de marcas de posição<sup>24</sup>. Nesse caso,

on the outside surface of the upper part of a shoe. The first line runs from the middle of the sole edge of a shoe and slopes backwards towards the instep of a shoe. The second line runs parallel with the first line and continues in a curve backwards along the counter of a shoe to the heel of a shoe and ends at the sole edge of a shoe. The dotted line marks the position of the trademark and does not form part of the mark.

<sup>24</sup> Informação fornecida pelo Advogado Juan Carlos Cuesta Quintero no Webinar da Associação Paulista da Propriedade Intelectual (ASPI) sobre Marcas de Posição no Brasil e na América Latina em 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f1U-7jE4aHU>. Acesso em 09/03/2022.

de acordo com decisão do órgão local, determinado pedido de marca encontraria óbice no registro de um terceiro referente a uma marca de posição que possuía sinal apostro no mesmo local, apesar da diferença dos signos, a ver:



Figura 7- Quadro comparativo de marcas de Posição. Fonte: Decisão da Superintendência de Indústria e Comércio.



Figura 8 - Figuras comparativas de marcas de posição. Fonte: Apresentação do advogado Juan Carlos Cuesta no Webinar sobre marcas de posição em reunião da Comissão de Direito da Moda/OAB-RJ.

De acordo com o exposto, a marca requerida que consistia na posição de dois pontos na parte frontal da roupa, foi indeferida com base em um registro anterior que consistia na posição de uma estrela também localizada na parte frontal da roupa. Conforme a decisão da Superintendência de Indústria e Comércio (SIC), o entendimento doutrinário era no sentido de entender que a questão da distintividade das marcas de posição recairia unicamente sobre a posição de determinado signo, e por esse motivo, independente do signo ser diferente, a posição dos mesmos poderia gerar confusão ao consumidor (COLÔMBIA, 2017).

Diante do exposto, é possível concluir que de acordo com o Tribunal Europeu, apesar da posição das listras ser a mesma e que podem, até mesmo, serem

consideradas comuns, o sinal que está apostado foi analisado no seu conjunto e conseqüentemente a sua distintividade foi suficiente para a concessão da marca de posição. A análise feita pelo instituto demonstra que a comparação com outras marcas deve ser feita levando em conta o “design” do signo marcário e a sua diferença visual que pode ser gerada no seu suporte, fato este que não foi aceito pelo órgão colombiano.

Com isso, permite-se retornar o questionamento a respeito da análise que será feita pelo INPI de futuros pedidos de registro para marcas de posição. A inspiração em outros institutos de registro, como o Europeu, e nas decisões do próprio Tribunal brasileiro demonstram que a questão do lugar comum ou genérico poderia ser flexibilizada, tendo em vista que uma regulação rígida poderá impor limitações aos registros das marcas de posição.

Com isso, é válido questionar se, em âmbito administrativo, essa posição mais flexível será a adotada pelo INPI ou se o Brasil seguirá um caminho semelhante às decisões proferidas pelo SIC na Colômbia. Dessa maneira, cabe ressaltar que, apesar da marca de posição possuir algumas peculiaridades, não há motivo para que a mesma seja submetida a critérios mais rígidos de avaliação se comparada aos demais tipos de marcas (BORDA, 2022).

Diante disso, mesmo com as peculiaridades da marca de posição, resta saber se o Brasil adotará um sistema mais rígido ou mais flexível para a proteção das marcas de posição. Caso os limites estabelecidos sejam estreitos, poucas serão as marcas que irão se adequar a padrões tão restritos de singularidade e distintividade. Isso pode gerar um aumento na demanda no judiciário, fato este que contribui para levar a discussão apenas para o âmbito judicial, sem a possibilidade de que haja uma flexibilidade em âmbito administrativo.

## **CAPÍTULO 3 – CASOS PRÁTICOS: LEVI STRAUSS – ANÁLISE DO CASO E POSSÍVEIS DESFECHOS**

### **3.1. O caso da marca da Levi Strauss**

O caso da marca da empresa Levi Strauss é considerado um dos pioneiros a respeito da marca de posição. Apesar do processo judicial perdurar durante anos e marca reconhecida pelo tribunal não ser da via estudada, trata-se de uma situação em que o correto enquadramento do signo marcário seria como marca de posição.

Foi requerido perante o INPI o registro para uma marca que identificava os bolsos traseiros da calça da empresa em comento. Como a época o Brasil ainda não possuía a possibilidade de registro de marca de posição, tal marca foi requerida como figurativa. Entretanto, a própria imagem da marca ao demonstrar quais seriam os elementos protegidos, faz o uso de linhas pontilhadas para identificação, critério este utilizado para marcas de posição:

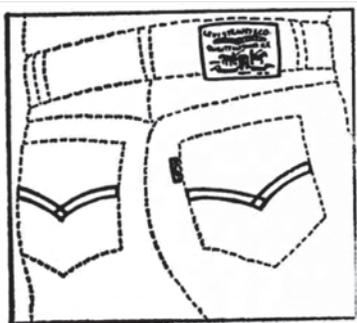


Figura 13 - Marca de posição aplicada em bolso traseiro de calça. Fonte: Site do INPI (Processo nº 790053853)

Em primeira instância, a sentença foi firme ao afirmar que a marca requerida não possuía distintividade suficiente, e por esse motivo, se enquadrava no rol de proibições legais para registro. Ainda, o juiz entendeu que o fato de serem utilizadas linhas pontilhadas para os contornos referente à calça não garante a figura a distintividade necessária.

Porém, em sede de Apelação, o entendimento foi modificado. De acordo com a decisão, o entendimento da sentença foi equivocado tendo em vista que a pretensão do titular seria requerer o registro também para a parte superior da calça, o que não corresponde a verdade. Destaca-se parte do voto:

A figura da calça, apresentada em linhas pontilhadas, foi oferecida com o pedido unicamente para mostrar em que partes dela seriam colocadas as marcas e sinais distintivos, quais sejam, nos bolsos traseiros, e na parte superior onde localizados os passadores de cinto<sup>25</sup>.

A decisão do Tribunal de segunda instância foi confirmada pelo STJ, e com isso o ato administrativo que indeferiu o pedido de marca da empresa titular foi anulado e a marca foi concedida na forma figurativa.

<sup>25</sup> Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Des. Relator: Antonio Ivan Athié, Processo nº 91.02.00033-4. Proferida em: 19/02/2011.

Apesar da marca acima ter sido registrada como uma marca figurativa, não há dúvidas que, na verdade, trata-se de uma marca de posição. Como esse instituto ainda não era permitido no Brasil, os titulares tentavam adequar as suas marcas de posição a marcas figurativas a fim de conseguir a proteção dos seus signos.

Apesar da decisão ter sido favorável para o titular, existia a possibilidade de o Tribunal entender que se tratava de uma marca pouco distintiva, e que, independentemente de registros anteriores, a mesma não poderia ser concedida na forma figurativa, tendo em vista que listras são formas comuns utilizadas na indústria da moda.

A marca em questão foi registrada como figurativa e nesse momento é cabível questionar qual seria o limite do seu uso. A decisão é clara ao afirmar que a marca deveria ser analisada como um todo, e devido a uma anterioridade do titular seria possível a concessão da marca da forma como foi requerida. Entretanto, como a marca foi registrada em classes para além de calças, poderia o titular utilizar a combinação de linhas em outros produtos como bolsas, sapatos, entre outros?

Se a marca figurativa protege a figura destacada, ou seja, a combinação das linhas, poderia entender que nada impede que tal signo seja utilizado em outros produtos para identificar a marca registrada. Entretanto, considerando que na decisão um dos pontos levantados foi o fato do titular Levi Strauss (Levi's) já possuir outros registros para a marca solicitada, identificada nos bolsos das calças, pode-se entender que a marca registrada seria utilizada em bolsos de calças, apenas. Porém, como não há nenhuma limitação legal prevista, não há como afirmar que a marca seria utilizada apenas na posição de bolso de uma calça. Essa situação ultrapassaria a proteção por meio da marca de posição em que há a limitação da aposição do signo marcário em uma posição já estabelecida.

Diante do reconhecimento das linhas aplicadas aos bolsos como marca, a referida, de titularidade da Levi Strauss, foi base para início de discussão a respeito de infração de marca. De acordo com o titular, a empresa Damyller Têxtil copiou o design das linhas dos bolsos que possui proteção por meio de marcas figurativas. Destaca-se abaixo as marcas da Damyller:

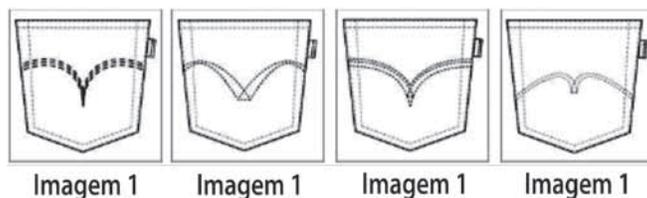


Figura 14 – Marcas figurativas de titularidade da Damyller Têxtil. Fonte imagem 1: Fonte: Site do INPI - Processo nº 910956073. Fonte imagem 2: Site do INPI - Processo nº 910956146. Fonte imagem 3: Site do INPI - Processo nº 910956227. Fonte imagem 4: Site do INPI – Processo nº 910956251

Em sede de sentença, o entendimento foi no sentido de concordância com as alegações autorais e dessa forma, foi reconhecido a semelhança com os produtos da Levi Strauss. A decisão requereu que a parte ré se abstinhasse de utilizar a costura arqueada em seus produtos sob pena de violação dos direitos de propriedade industrial da parte autora. Nota-se, portanto, que, apesar da marca não estar adequada ao instituto correto de marca de posição, a marca figurativa garantiu ao titular o direito de se opor a terceiros em casos de infrações como o presente.

No caso descrito acima, os registros da Levi Strauss que foram base para o reconhecimento da infração não eram registros de marcas de posição. Diante disso, é possível trazer para a discussão o fato de que, marcas figurativas e até desenhos industriais podem ser colidentes com marcas de posição, tendo em vista a forma como são requeridas e como são apresentadas nos produtos. Isso porque, o caso aqui descrito, apesar de não ser reconhecido dessa forma, trata-se de um caso de marca de posição, tendo em vista a aposição de um signo marcário, o conjunto de listras, em uma determinada posição, no bolso de uma calça.

Assim, apesar da existência o instituto próprio de marca de posição, o signo desta natureza poderá ser objeto de colidência para marcas figurativas, tridimensionais e até mesmo para desenhos industriais. Por esse motivo, deve-se analisar se existiria a possibilidade de uma concorrência direta entre esses titulares de marcas desses tipos e desenhos industriais, e como o INPI deveria analisar casos que possuem essa peculiaridade.

Como dito anteriormente, a marca de posição por si só possui uma apostila funcional, considerando que determinado signo, se registrado, só poderá ser

utilizado em determinada posição. Diante disso, se casos como o da Levi Strauss surgirem, possível questionar se uma marca figurativa, por exemplo, não seria uma forma melhor de proteção do que a marca de posição, tendo em vista que um signo figurativo não possui a limitação da posição, podendo ser utilizado em outros produtos ou lugares.

Uma decisão do Tribunal Europeu sobre pedido de revogação de uma marca registrada merece destaque:

O Tribunal Geral decidiu ainda que, ao apreciar a caráter distintivo de uma marca, a classificação de uma marca de posição como marca figurativa ou tridimensional era irrelevante. De qualquer forma, decisão anterior já considerou que as marcas figurativas podem, de fato, serem marcas de posição.

(...).

Deve-se levar em consideração a representação gráfica da marca em causa identificando claramente: (a) em linhas sólidas, o elemento em relação ao qual a proteção foi solicitada; e (b) em linhas pontilhadas, o contorno das mercadorias em questão em que esse elemento foi colocado<sup>26</sup>.

O caso acima exposto estava discutindo sobre o fato de a descrição da marca não estar de acordo com a sua representação gráfica. Nesse caso, o Tribunal Europeu entendeu que para avaliar o caráter distintivo de uma marca, a classificação de uma marca como de posição, figurativa ou tridimensional era irrelevante. Com isso, considerou que a representação gráfica da marca era por si só suficiente para determinar o escopo de proteção, sendo função dessa representação definir a própria marca para determinar o objeto preciso da proteção conferida pela marca registrada.

Diante disso, a exposição desse entendimento serve para ilustrar um caso em que possa existir uma concorrência direta entre o titular de uma marca de posição e outro titular de uma marca figurativa, tendo em vista que a representação

---

<sup>26</sup> Tradução Livre: “*The General Court also ruled that, when assessing the distinctiveness of a mark, the classification of a position mark as a figurative or three-dimensional mark was irrelevant. In any case, case law, recognizes that figurative marks may, in fact, be position marks. (...) Instead, consideration should be given to the graphical representation of the mark at issue clearly identifying: (a) in solid lines, the element in respect of which protection was applied for; and (b) in dotted lines, the outline of the goods at issue on which that element was placed*”. Annual Review of EU Trademark Law. The Trademark Reporter, INTA, 2019. Disponível em: [https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/resources/the-trademark-reporter-european-union-trademark-law/TMR-vol110\\_no2\\_a1\\_scourfield.pdf](https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/resources/the-trademark-reporter-european-union-trademark-law/TMR-vol110_no2_a1_scourfield.pdf). Acesso em 13.04.2022.

gráfica serve como base para avaliação do signo marcário. Dessa maneira, caso seja entendido que a marca da Levi Strauss possui a sua representação gráfica como ponto principal para a análise da marca, poderia o caso ser tratado como marca de posição, e não como marca figurativa, podendo ainda, a mesma se opor a marcas figurativas ou desenhos industriais que possam colidir com a sua marca registrada. Essa possibilidade permite que titulares marcas de outras naturezas se oponham a futuras marcas de posição, e com isso, os titulares dessas marcas poderão estar diante de uma limitação no que tange ao depósito de suas marcas.

A questão a ser levantada, portanto, está ligada diretamente a análise de anterioridades que será realizada no momento do depósito da marca. Poderia a marca figurativa da Levi Strauss ser base para indeferimento de um pedido de marca de posição para um signo que foi apostado em bolso de calça? Deveria ser levado em consideração o fato de a Levis poder utilizar aquela combinação de linhas em outros lugares dos produtos?

Dessa forma, resta saber se esse entendimento pode ser considerado pelo INPI e como o Instituto irá analisar os futuros pedidos de marca de posição e o que será levado em conta no momento de buscar possíveis anterioridades colidentes com os pedidos que foram requeridos.

### **3.2. O convívio das marcas de posição**

Ainda não se sabe ao certo como será feita a busca de anterioridades pelo INPI no momento de depósito da marca de posição e quais seriam os possíveis casos que gerariam óbice para o registro de um pedido (afora o que já consta em Lei no rol exemplificativo do art. 124 da LPI). Com base nisso, é possível a aplicação de alguns marcos objetivos a fim de averiguar a respeito da convivência saudável entre as marcas de posição.

Com base no princípio da especialidade, a exclusividade de um signo marcário possui seu limite nas fronteiras do gênero de produtos e serviços que identifica (BARBOSA, 2002). Assim, duas marcas semelhantes poderiam conviver desde que identificassem produtos e/ou serviços completamente distintos, sem que seja capaz de gerar confusão ao consumidor. Diante disso, a aplicação desse princípio poderia ser transportada para casos de marcas de posição, entendendo que posições e signos marcários poderiam se assemelhar desde não possuam semelhança entre seus serviços e/ou produtos.

A existência de uma forma de proteção própria para marcas de posição demonstra a preocupação de não buscar a tutela de marcas não tradicionais em outras fontes de direito já existentes, já que a escolha do instrumento jurídico não deve ser arbitrária, mas sim consoante com o que foi designado, em relação a direitos, para aquele tipo de proteção específica. Por esse motivo, faz-se necessário que as marcas de posição tenham fontes normativas próprias e não que sejam alternativamente protegidas pela concorrência desleal, ou direito autoral, ou tutelada por outra natureza, como a da marca figurativa.

Dessa forma, com base no princípio da especificidade das proteções<sup>27</sup>, cada marca possui a sua forma de salvaguarda e por isso não há que se falar ou sobreposição ou substituição de direitos (BARBAS, 2016). Com isso, tentar a proteção por meio da marca figurativas seria apenas uma forma de mascarar a natureza daquela marca de posição, e não há motivo para isso a partir do momento em que há o direito já estabelecido e normatizado.

Com base nisso, seria possível garantir uma análise mais direcionada para marcas de posição, e dessa maneira, estabelecer critérios que permitiriam a convivência das mesmas, seja com base no princípio da especialidade das marcas, ou então na distintividade de um determinado signo marcário.

Como dito acima, o Tribunal Europeu considerou a representação gráfica como crucial no momento da análise do caso, sendo irrelevante a classificação que foi estabelecida pelo titular. Considerando tal entendimento, seria possível uma compreensão mais justa quando há uma comparação entre marcas de naturezas distintas, como as de posição e as figurativas. Nesse caso, deveria o INPI considerar que a marca figurativa representada seria utilizada somente no lugar em que foi indicado no momento do depósito. Assim, no caso da Levi's, por exemplo, apesar de ser uma marca figurativa, sem limitação de posição, de acordo com a sua representação gráfica, o titular somente poderia utilizá-la em bolsos de calças.

Diante disso, o titular somente poderia se opor a signos semelhantes que estivessem alocados em bolsos de calças, não sendo considerados colidentes se um titular requeresse um pedido de marca de posição para listras distintas na lateral de uma blusa, por exemplo. Dessa maneira, tal entendimento não permite

---

<sup>27</sup> Conceito trazido por Leandro Barbas em sua obra *Marcas não Tradicionais* (2016) para justificar a necessidade de cada tipo de marca possuir a sua proteção específica, e nenhum outro direito que não seja o de marca, poderia garantir essa proteção necessária.

que o titular faça o uso de um signo marcário em outra posição, limitando o uso da marca figurativa a fim de que a mesma não seja base pra indeferimento de outras marcas que poderiam conviver.

Para isso, deverá ser compreendido que a marca de posição consiste no conjunto marcário e que a sua análise precisa ser feita levando em consideração esses dois elementos. A convivência harmoniosa de marcas de posição depende da posição do INPI em não considerar apenas a posição de um signo como fundamental. Destaca-se ao presente trabalho um caso de marca de posição registrado no EUIPO, em que um signo totalmente distinto foi alocado no bolso de uma calça, conforme descrição destacada abaixo:

A marca posicional consiste em 2/3 de uma estrela com uma base abaixo contendo o texto "Buena Vista", que é afixado no bolso traseiro direito de uma calça, a uma altura central e próximo à borda direita.



Figura 15 - Marca de posição aposta em bolso traseiro de calça. Fonte: Site da EUIPO

Conforme exposto, a marca acima foi aposta no bolso traseiro de uma calça, porém o signo é totalmente diferente das linhas da Levi's. Nesse sentido, caso o Tribunal Europeu considerasse apenas a posição no momento de sua análise, as marcas da Levi Strauss e a citada acima não poderiam conviver. Tal entendimento vai de encontro ao fato de que um titular não poderia ter, de forma exclusiva, o direito sobre uma determinada posição, que em muitos casos, poderá ser considerada comum. Isso porque, o fato dos signos marcários estarem situados na mesma posição não é indicativo de confusão ao seu consumidor, tendo em vista que as marcas ali apostas são suficientemente diferentes.

Por fim, para além dessas questões já abordadas, necessário ressaltar a importância da descrição da marca. Isso porque, mesmo que o examinador não seja técnico ou entendedor do assunto, com base nessa descrição, a busca por anterioridades ou marcas infratoras poderá ser mais ágil e mais precisa. Ou seja, caso a descrição da marca seja suficientemente diferente, em casos em que não haja uma representação gráfica precisa ou detalhada, poderá essa descrição ser base para afastar a colidência com um pedido de terceiro.

Esse fator também poderá ser levado em conta no caso de análises de marcas que possuem naturezas de proteções distintas, como o caso da marca de posição e a marca figurativa. A descrição, nesse caso, será suficiente para demonstrar se há uma colidência, pois tal apresentação possui as reais intenções do seu titular em relação ao seu objeto que busca proteger. Assim, mesmo que a marca tenha a forma figurativa, dependendo da sua descrição, poderá a mesma ser uma possível anterioridade para pedidos de marcas de posição.

## **CONCLUSÃO**

Diante do exposto neste trabalho, é possível notar que as marcas deixaram de ser apenas um signo de distintividade e passam a ser reconhecidas como parte do estabelecimento empresarial, sendo a sua principal forma de associação com a titular. Diante disso, há uma preocupação real com as novas maneiras de criação de marcas consideradas não tradicionais, que estão crescendo significativamente no mercado, sendo consideradas, portanto, como inovadoras. O principal questionamento sobre esse tema envolve a tardia atualização de algumas ordenações jurídicas, como a brasileiro para a regulação dessas marcas, principalmente a de posição.

O que há – atualmente – é apenas uma Portaria do INPI que prevê a possibilidade de registro de marca de posição, e que, apesar de ser considerada inovadora, por ser ato infralegal, poderá a mesma ser revogada a qualquer momento de acordo com a vontade da Autarquia Federal. Diante disso, apesar de não existir rumores que essa seria uma possibilidade, tal regulação revela uma certa fragilidade em relação a tutela da marca de posição, devendo a referida ser incorporada em Lei sobre o assunto, assim como ocorre nas legislações estrangeiras.

Para que exista um movimento de ascensão em relação a esse tipo de regulação, deverá cada país buscar a sua evolução. No Brasil, portanto, apesar

da Lei de Propriedade Industrial não conter expressamente a previsão sobre as marcas de posição, o próprio INPI estabeleceu regras próprias para a análise dos pedidos de marca de posição. Há uma Nota Técnica que demonstra alguns dos critérios que serão utilizados pelo Instituto no momento do conhecimento do pedido, porém, em alguns casos essa explicação se torna vaga e incompleta. As diretrizes, portanto, não podem ser estritas como é o caso de algumas apresentadas na Nota Técnica, porque, caso seja, poucos serão os sinais passíveis de estarem adequados a todos os parâmetros estabelecidos. Para isso, é necessário estudo e capacitação dos próprios examinadores para que, no momento da análise do pedido de marca de posição possam entender todas as peculiaridades sobre este instituto.

Para estabelecer parâmetros de análise é preciso analisar e entender o contexto de um pedido de marca de posição, e para isso, não há como não considerar a questão do *secondary meaning*. Isso porque, como a marca de posição foi reconhecida como registrável de forma tardia, marcas que já adquiriram sua distintividade por meio de publicidade, reconhecimento e alcance ao público consumidor serão analisadas sem ser levado em conta todo o seu reconhecimento conquistado, e somente os titulares serão prejudicados nesse sentido. Para isso, deveria o INPI reconsiderar o seu posicionamento a respeito do *secondary meaning* e buscar inspiração em casos estrangeiros por meio do qual o titular pode requerer essa análise desde que prove que a distintividade da marca foi adquirida perante o mercado e o público consumidor. Caso não haja esse redirecionamento, haverá um grande volume de judicialização dessa questão com base em doutrinas e decisões anteriores, assunto este que poderia ser diluído entre as esferas administrativas e judiciais.

Para essa modificação legal é necessário, em um primeiro momento, a realização de estudos mais aprofundados sobre o assunto de marcas de posição. O próprio exemplo da Portaria nº 37/2021, mostrou a importância da consulta pública, e como os agentes especialistas em propriedade intelectual são importantes para a criação de fontes normativas, sempre amparadas na prática e que tenham a qualidade e a técnica necessária, tendo em vista que essas modificações legais afetam diretamente a sociedade e aos interessados no desenvolvimento do país.

Por isso, a aplicação das regras para depósito de marca de posição no Brasil deve ser clara e objetiva para os titulares e para os examinadores. Como notado, algumas regras específicas acabam por limitar de forma significativa a posição

para registro das marcas de posição, deixando a entender que apenas um titular poderá ter o seu signo registrado em uma determinada posição. O exemplo do Tribunal Europeu demonstra uma certa flexibilidade em relação a esse tema, considerando não somente a posição, mas também o signo que será registrado.

Diante disso, indaga-se como será o posicionamento do INPI no momento da análise dos pedidos e quais poderão ser considerados marca de posição. Entender, primeiramente, as peculiaridades desse tipo de proteção é o passo primordial, levando em conta todo o histórico da construção das marcas não tradicionais. Para isso, deverão ser elaborados estudos com base em casos estrangeiros, principalmente do Tribunal Europeu, que possui um posicionamento padronizado sobre o assunto. A inspiração Europeia surge de forma a agregar todo o conhecimento e o trabalho realizado no bloco europeu que poderá ser aplicado no Brasil, sempre considerando o ordenamento próprio a respeito do assunto.

Os casos práticos demonstram que, apesar de, à época da discussão, não existir a regulação das marcas de posição, quando as marcas são protegidas por meio de outros institutos podem gerar divergências e serem levadas ao poder judiciário. Isso porque, caso as marcas de posição fossem aceitas, não haveria em que se falar em marca figurativa como alternativa para registro. Nesse caso, poderá existir um certo padrão em que marcas figurativas que na verdade são marcas de posição, serem vistas como anterioridades para marcas de posição, que possuem o diferencial da limitação em que o signo está posto. Deverá o INPI, portanto, ser cauteloso no momento da análise das anterioridades a fim de não criar critérios muito rígidos que limitem os titulares.

Como forma de solucionar esse problema, é possível a criação de ferramentas que filtrem a questão da posição de cada marca e não somente o seu signo. É dizer, essa busca por anterioridade deve ser sempre pautada no signo marcário como um todo, devendo haver flexibilidade quanto ao sinal se apostado em uma posição determinada, possibilitando a convivência, de forma pacífica, entre sinais que apesar de semelhantes, possuem tipos de proteções distintas e consequentemente uma função diferente em relação a identificação daquele signo.

Pelo o exposto, o trabalho em questão cumpriu a função de análise e questionamento do instituto de marca de posição no Brasil e seus desdobramentos, principais características e posicionamento crítico de casos práticos com a análise de decisões importantes para o estudo do tema.

## BIBLIOGRAFIA

### A) LITERATURA JURÍDICA

- BARBAS, Leandro Moreira Valente. Marcas não tradicionais: A propriedade intelectual dos novos tipos de sinais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARBOSA, Denis Borges. A especialidade das marcas. 2002. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/a-especialidade-das-marcas-2002.pdf>. Acesso em 01/05/2022.
- BORDA, Ana Lúcia de Sousa. Marcas de posição e sua regulamentação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Revista da ABPI - nº 176. p. 34-43. Jan/Fev 2022
- CASTRO, Beatriz Vergaça. Sinais distintivos não tradicionais: O caso Louboutin. UFRJ. Rio de Janeiro, 2016.
- CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. O que são marcas de posição. Revista da ABPI - nº 149, p. 27-33. Julho/Agosto de 2017.
- CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. Proteção das Marcas Visualmente Perceptíveis. Curitiba: Juruá, 2020.
- CIANI, Jacopo. GHIDINI, Gustavo. ATKINSON, Violet. VAN CAENEGEM, William. A Comparative Study of Fashion and IP: Nontraditional Trademarks in Italy and Australia. Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich 2019.
- CORTEZ, Frederico. A “marca de posição” e sua nova proteção no Brasil. Focus.Jor, 11 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/a-marca-de-posicao-e-sua-nova-protecao-no-brasil-por-frederico-cortez/>. Acesso em 11/01/2021.
- CUESTA, Juan Carlos. MARCAS DE POSIÇÃO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. In: Webinar da ASPI ASSOCIACAO PAULISTA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f1U-7jE4aHU>. Acesso em 03/02/2022.
- FERNANDES, Catarina Filipa Azevedo. MARCAS NÃO TRADICIONAIS O DESPRENDER DA ERA DO PAPEL: O REQUISITO DA REPRESENTAÇÃO EM ANÁLISE. Escola do Porto, Faculdade de Direito. Portugal, 2019.
- FETT, Alberto. A MARCA COMO DISCURSO: ASPECTOS MERCADOLÓGICOS E JURÍDICOS RELEVANTES. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.
- GARCÍA, Juan David Castro. Colombia. Las Marcas No Tradicionales. Revista La Propiedad Inmaterial, n. 16, p. 297-325, novembro, 2012. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3273/2922>
- LIBMAN, Juliana. Marcas Não Tradicionais – O regime jurídico de proteção às marcas sonoras no Direito Brasileiro. Revista Eletrônica do IBPI – Número 15.

- MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. Marcas sonoras no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2010.
- MORO, Maitê Cecília Fabbri. Direito de Marcas: Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.
- PORTO, Patricia Carvalho da Rocha. A FUNÇÃO DE QUALIDADE NOS SIGNOS DISTINTIVOS SUBSTANCIAIS: Marcas de certificação, marcas coletivas e denominações de origem. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/academia/arquivo/arquivos-biblioteca/porto-patricia-carvalho-da-rocha.pdf>
- REIS, André Provedel de Menezes Junqueira. TURLÃO, Lilian. Marcas de posição no Brasil: um estímulo à proteção dos sinais não tradicionais. Migalhas, 21 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356914/marcas-de-posicao-no-brasil-um-estimulo-a-protECAo>. Acesso em 10/01/2022.
- SCHAAL, Flavia Mansur Murad. MOSSE, Cassio. O Valor da Proteção da Criação da Moda Não-Registrada. Fashion Law: O direito está na moda. São Paulo, Singular, 2019. P. 337-354.
- SCHMIDT, Lélío Denicoli. A distintividade das marcas: secondary meaning, vulgarização e teoria da distância. São Paulo: Saraiva, 2013. .
- SIQUEIRA, Joana de Mattos. BRASIL A UM PASSO DE RECONHECER E REGULAMENTAR O REGISTRO DE MARCAS DE POSIÇÃO. Beerre, 2021. Disponível em: <https://beerre.com.br/brasil-a-um-passo-de-reconhecer-e-regulamentar-o-registro-de-marcas-de-posicao/>. Acesso em 11.02.2021.

TOLENTINO, Cláudia Lopes. Marca Tridimensional e o Desenho Industrial: convergências e divergências às proteções da forma no Brasil. Ventura Editora. Três Rios, Rio de Janeiro, 2021.

## **B) FONTES NORMATIVAS**

- ARGENTINA. LEI Nº 22.362 de 26 de dezembro de 1980. LEY DE MARCAS Y DESIGNACIONES. Artigo 1º. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/18803/texact.htm>. Acesso em 03/10/2021.
- BRASIL. LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996 - Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm).
- BRASIL. Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021 - Procedimentos referentes à análise de pedidos de registro de marcas de posição. Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/NT\\_INPI\\_CPAPD\\_02\\_21.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/NT_INPI_CPAPD_02_21.pdf)
- BRASIL. Portaria do INPI nº 37, de 13 de setembro de 2021 - Dispõe sobre a registrabilidade de marcas sob a forma de apresentação marca de posição, à luz do estabelecido pelo art. 122 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT\\_INPI\\_PR\\_37\\_2021.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_PR_37_2021.pdf).

CANADÁ, Trademarks Act. R.S.C., 1985, c. T-13. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/T-13.pdf>.

CINGAPURA, Singapore Treaty on the Law of Trademarks - Resolution by the Diplomatic Conference Supplementary to the Singapore Treaty on the Law of Trademarks. Cingapura, 2006. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/290013>.

CHILE, Lei nº 19.039 de 6 de março de 2006, sobre Propriedade Industrial (Lei alterada aprovada pelo Decreto-Lei nº 3, de 6 de março de 2006, que incorpora modificações pela Lei nº 20.569, de 6 de fevereiro de 2012). Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/es/text/338935>

CHINA. Trademark Law of the People's of China. The 2nd amended edition on October 27, 2001. Disponível em: <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/tlotproc2ae526>

EUA. Trademark Act of 1946. Lanham Act, 15 U.S.C. § 1127. Disponível em: [https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark\\_Statutes.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf).

JAPÃO. Lei nº 121 de 13 de abril de 1959. Trademark Act. Disponível em: [http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail\\_main?re=&vm=02&id=3047](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=02&id=3047).

MARRAKESH. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh, de 15 de abril e 1994, internalizado através do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994

URUGUAI, Lei nº 17.011 de 25 de dezembro de 1988. Ley de Marcas. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17011-1998>.

### C) JULGADOS

BRASIL. Consulta pública – marcas de posição. INPI, 2021. p. 53. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt.br/servicos/marcas/consultapublica/Consulta\\_Publica\\_Marcas\\_Posicao\\_Respostas.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt.br/servicos/marcas/consultapublica/Consulta_Publica_Marcas_Posicao_Respostas.pdf). Acesso em 11.02.2022.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI. Busca de Marcas, processo nº 901514225 de titularidade de Christian Louboutin. Disponível em: <https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController?Action=detail&CodPedido=2213663>. Acesso em 15/05/2021.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI. Busca de Marcas, processo nº 790053853 de titularidade de \_\_. Disponível em [gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController?Action=detail&CodPedido=156130](https://www.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController?Action=detail&CodPedido=156130). Acesso em 03/03/2022.

BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI. Busca de Marcas, processo nº 790053853 de titularidade de LEVI STRAUSS & CO. Disponível em: <https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController?Action=detail&CodPedido=156130>. Acesso em 15/01/2022.

BRASIL, Justiça Federal do Rio de Janeiro, Juíza Marcia Maria Nunes de Barros, Processo nº 0803946-89.2011.4.02.5101. Sentença: 10/08/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª região. Primeira Turma Especializada. Apelação nº 94.02.03801-9. Des. Relator: Paulo Espirito Santo. Decisão proferida em 13.06.2014. DJE: 14.07.2014

COLÔMBIA, Superintendência de Indústria e Comércio - SIC. Processo nº 16064713 de titularidade de FABRICAÇÕES REYMON AS. Disponível em <http://sipi.sic.gov.co/sipi/Extra/IP/Mutual/Browse.aspx?sid=63782939626518409>. Acesso em 29/06/2021.

COLÔMBIA, Superintendência de Indústria e Comércio - SIC. Registro nº 95865/1 de titularidade de Europcar Internacional. Disponível em: <http://sipi.sic.gov.co/sipi/Extra/IP/Mutual/Browse.aspx?sid=637882247559733887>. Acesso em 29/06/2021.

EUA. Annual Review of EU Trademark Law. The Trademark Reporter, INTA, 2019. Disponível em: [https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/resources/the-trademark-reporter-european-union-trademark-law/TMR-vol110\\_no2\\_a1\\_scourfield.pdf](https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/resources/the-trademark-reporter-european-union-trademark-law/TMR-vol110_no2_a1_scourfield.pdf). Acesso em 13.04.2022.

EUROPA, EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE – EUIPO. Processo nº 014365217 de titularidade de Buena Vista Modevertriebs GmbH & Co. KG. Disponível em: <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/014365217>. Acesso em 10/04/2022.

EUROPA, EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE – EUIPO. Registro nº 008586489 de titularidade de JIMA Projects BV. Disponível em: <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/008586489>. Acesso em 20/04/2022.

EUROPA, EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE – EUIPO. UE, Registro nº 001777176 de titularidade de ZWILLING JA Henckels AG. Disponível em: <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/001777176>. Acesso em 18/06/2021.

---

# *PAPEL DA MEDIAÇÃO EM EMPRESAS FAMILIARES*

---

*José Aristóbulo Caldas Fiquene Barbosa*<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho estuda o papel desempenhado pela mediação como ferramenta adequada de solução de conflitos em empresas familiares. Nesse artigo será observado que nessas empresas há uma miríade de interesses familiares e profissionais que se entrelaçam e se confundem, serão observados problemas das mais diversas naturezas, dificultando o ideal desenvolvimento tanto da empresa quanto das relações na família. O objetivo então é analisar como o uso da mediação pode melhorar as chances de sobrevivência, eficiência e produtividade da empresa familiar a partir da aplicação de técnicas para a construção de um espaço de diálogo eficiente. Serão pesquisadas as nuances da empresa familiar e da mediação para compreender de que forma os interesses e necessidades podem ser acomodados em um nível primeiramente teórico e depois prático para bem compreendermos qual pode ser o verdadeiro impacto de aplicar o método da mediação nesse contexto.

**Palavras-Chave:** Mediação; Empresa; Empresa Familiar.

**Abstract:** The present paper examines the role played by mediation as an adequate tool for conflict resolution in family businesses. In this article, it will be observed that in these companies there are a myriad of family and professional interests that intertwine and get muddled, which causes problems of the most diverse natures, hindering the ideal development of both the company and the family relationships. The goal is to analyze how the use of mediation can improve the chances of survival, efficiency, and productivity of the family business by applying techniques to build an efficient dialogue space. The

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela PUC-Rio, advogado com ênfase em métodos autocompositivos de solução de conflitos, cofundador e pesquisador no Centro de Métodos Autocompositivos da PUC-Rio (CMA) e autor de obra no ramo de pesquisa do direito do autor e interesse público.

nuances of the family business and mediation will be researched to better understand what the real impact of applying the mediation method in this context could be.

**Keywords:** Mediation; Business; Family Business.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da mediação e das empresas familiares, observando principalmente a interação entre ambas. O foco se dará no estudo da mediação privada e em como ela pode ser aplicada de forma positiva às empresas familiares.

Suspeita-se que a forma de solução de conflitos pela via judiciária por vezes se mostra insatisfatória pelos mais variados motivos. Seja pela morosidade ou pelo processo decisório que, por vezes, falha em observar os reais interesses e necessidades dos envolvidos. Deve-se, então, ponderar se a via de resolução de conflitos pela mediação pode trazer melhores soluções para essas empresas.

Sabe-se, como será demonstrado, que os níveis de sobrevivência das empresas familiares ao longo das gerações são muito baixos, o que pode alertar para a possibilidade de que esse tipo de empresa precise de novas formas de solução de conflitos, que priorizem a manutenção e o equilíbrio das relações subjetivas familiares e objetivas profissionais.

Deve-se pontuar que tanto a relação familiar quanto a relação empresarial aqui são de trato sucessivo. Isto pode justamente ser um desafio para a longevidade da maioria das empresas familiares, visto que não basta preservar apenas um ou outro aspecto dessas relações humanas, é preciso conservá-las em sua totalidade para que empresa e família funcionem juntas.

Assim, o desenvolvimento do trabalho será estruturado em três capítulos principais, que tratam sobre: (i) a mediação em si, seus conceitos, formas e princípios, visto que primeiro é necessário compreender a ferramenta em si para ponderar as formas e efetividade de sua aplicação; (ii) as empresas familiares, levando em conta os conceitos técnicos que as definem, os elementos que as compõem, bem como o contexto econômico em que estão inseridas e por fim; (iii) a mediação aplicada nas empresas familiares, momento em que será estudada a adequação da ferramenta a esse tipo de empresa assim como questões recorrentes em que a aplicação do método pode surtir efeitos positivos. Nesse último capítulo tal efetividade será demonstrada por meio da narrativa de casos concretos colhidos em trabalhos de renomados autores.

Por fim, cabe apontar que a metodologia empregada é a da pesquisa bibliográfica e análise de casos, posto que o desenvolvimento do trabalho se deu a partir da leitura de livros, artigos científicos e doutrinas especializadas bem como do seu cotejo com casos concretos.

## CAPÍTULO 1 – MEDIAÇÃO

### 1.1 O Conflito

Neste trabalho, pretende-se investigar aplicações da mediação no contexto das empresas familiares. Para tanto, é necessário compreender precipuamente a própria natureza do conflito e os elementos que influenciam seu curso.

Historicamente, a disputa por recursos naturais logo deflagra o fenômeno do conflito entre os seres vivos que compartilham um mesmo espaço. O professor Horacio Falcão explica que, ao longo da história evolucionária, as espécies têm competido pelos recursos lutando e a raça humana encontrou na negociação uma forma mais eficiente de atribuir recursos<sup>2</sup>.

Nesse sentido, evitar uma luta é uma estratégia mais eficiente para ambas as partes e esta foi a origem da negociação: simplesmente alocam-se os recursos prevendo o potencial vencedor da luta<sup>3</sup>. Assim, iniciou-se um processo “tudo-ou-nada”<sup>4</sup>. Embora longe de produzir o melhor resultado, foi um exercício de mediação de poder que reduziu o risco de morte para ambas as partes<sup>5</sup>.

Para além do processo evolutivo e da busca natural por recursos que compõem aspecto objetivo da experiência compartilhada por todo ser vivo, é preciso reconhecer que há ainda, na comunidade humana complexa, uma realidade intrapsíquica e interpessoal do sujeito ou realidades interpessoais e intergrupais<sup>6</sup>, que compõem o aspecto subjetivo da experiência humana. É nesse

---

<sup>2</sup> FALCÃO, Horacio. *Gosain, u. Value Negotiation: How to finally get the win-win right*. Singapore: Prentice Hall, 2010. p. 15-17.

<sup>3</sup> Id.

<sup>4</sup> Em síntese, é um processo simples que atribui recursos através previsão do potencial vencedor de uma disputa, alocando tudo ao vencedor e nada ao perdedor.

FALCÃO, Horacio. *Gosain, u. Value Negotiation: How to finally get the win-win right*. Singapore: Prentice Hall, 2010. p. 15-17.

<sup>5</sup> Id.

<sup>6</sup> BIANCHI, A; JONATHAN, E; MEURER, O. Teorias do Conflito. In: ALMEIDA, T; PELAJO, S; JONATHAN, E. *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Ed. Juspodivm. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 72.

segundo ponto sobre o qual recai o foco da mediação, isto é, a mediação foca na qualidade relacional das interações humanas<sup>7</sup>.

Via de regra, cada ser humano tem percepções e visões de mundo construídas a partir de suas experiências. Como cada trajetória humana é diferente uma da outra cada um pode atribuir diferentes significados aos fatores da realidade<sup>8</sup>. Nesse contexto, surge o desentendimento e a desavença, que não estão nos fatos, mas na história contada a partir da percepção desses fatos<sup>9</sup>. Dessa forma, o desentendimento acontece quando, no sistema relacional, predominam relações antagônicas ao revés das atrativas<sup>10</sup>. Em outras palavras, a desavença não é destrutiva em si, mas a forma como se percebe e lida com ela<sup>11</sup>. Parece razoável, pois, concluir que, da mesma forma, o problema não é o conflito em si, mas a forma como se lida com ele e as consequências que decorrem desse tratamento<sup>12</sup>.

Nesse sentido, a mediação é uma forma de gerir o conflito que leva em conta a existência de diversas realidades, cada uma relativa a um indivíduo, ao mesmo tempo que legitima todas elas e dá espaço para que cada visão seja abertamente comunicada e investigada<sup>13</sup>. Nesse procedimento, há espaço para que os participantes possam questionar se suas percepções da realidade de fato são compatíveis com as intenções, os interesses e necessidades do outro e vice-versa<sup>14</sup>.

A mediação, assim, é um método que atua por meio da desconstrução do conflito, vez que visa ao desapego das posições e a compreensão dos reais interesses que motivam as pessoas<sup>15</sup>. A ideia é que, desse modo, seja estimulada a cooperação por meio da exploração conjunta de diversas perspectivas e opções, germinando a ideia de que visões diferentes podem ser complementares e não excludentes, aumentando o horizonte de possibilidades para resolver o conflito<sup>16</sup>.

---

<sup>7</sup> Ibid. p. 73.

<sup>8</sup> BIANCHI, A; JONATHAN, E; MEURER, O. Teorias do Conflito. p. 73.

<sup>9</sup> Id.

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> Id.

<sup>12</sup> Id.

<sup>13</sup> HAIMENIS, E; FERNANDES, F. Alguns aportes da Filosofia e da Negociação para a Mediação de Conflitos In: ALMEIDA, T; PELAJO, S; JONATHAN, E. *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Ed. Juspodivm. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 181.

<sup>14</sup> Ibid. p. 181.

<sup>15</sup> Ibid. p. 182.

<sup>16</sup> Id.

## 1.2 Conceitos e particularidades da Mediação

É preciso, pois, lançar vista ao instituto da mediação em si, modernamente considerada, isto é, importa estudar a mediação utilizada hoje como método de dissolução de disputas, como funciona e quais são seus princípios norteadores.

Em linhas gerais, como descreve Adolfo Braga Neto, a mediação pode ser definida como um processo conduzido por um terceiro imparcial e independente em que são realizadas reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, cujo objetivo é estimular que os mediandos reflitam sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução que atenda a todos os envolvidos<sup>17</sup>.

Nesta toada, Fernanda Pantoja e Diogo Almeida também expõe sua visão, em que a mediação é um procedimento dinâmico da negociação assistida, no qual o mediador, assim como para Adolfo Braga, é terceiro imparcial e sem poder decisório, que conduz a negociação e ajuda as partes a resgatar o diálogo para que possam refletir sobre seus reais interesses e enfim criarem em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre, sob uma perspectiva de voltada ao futuro da relação<sup>18</sup>.

Observa-se que parte da Doutrina aponta para conceitos similares. Na literatura especializada, é possível encontrar diferentes definições, embora elas não cheguem a divergir de forma substancial<sup>19</sup>. Finalmente, após acalorados debates, os atos normativos brasileiros passaram a se ocupar da temática<sup>20</sup>. Lê-se a definição dada pela Lei de Mediação, nº 13.140, de 26 de junho de 2015 em que a mediação é uma atividade técnica desenvolvida por terceiro imparcial escolhido pelas próprias partes que promove reflexão para que se possa identificar e desenvolver soluções consensuais para a controvérsia<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Conceitos e Técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. São Paulo: Ed. GEN, 2020. p. 149.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Diogo A. PANTOJA, Fernanda M. Natureza da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos*: para Iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 88.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 89.

<sup>20</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 191.

<sup>21</sup> “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.  
Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder

É preciso combinar a leitura desse dispositivo legal com o diploma processual do ordenamento pátrio, que define o instituto de forma similar, mas ressalta que o mediador atuará, de preferência, nos casos em que existir vínculo prévio entre os mediandos, cenário em que este terceiro imparcial desprovido de poder decisório irá auxiliar aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito de forma que, a partir do restabelecimento da comunicação, eles identifiquem soluções consensuais que gerem benefícios mútuos<sup>22</sup>.

As definições legais indicam que a mediação busca proporcionar um espaço qualificado de conversação que permita a ampliação de percepções e propicie ângulos plurais de análise aos envolvidos<sup>23</sup>. Ainda que os diferentes conceitos recebam foco em variados aspectos do instituto, é possível traçar alguns pilares fundamentais que de uma forma ou de outra serão contemplados<sup>24</sup>. O primeiro, a autonomia das vontades das partes e seu protagonismo na busca de uma solução mutuamente satisfatória<sup>25</sup>, seguido pela interveniência do mediador como profissional facilitador do diálogo<sup>26</sup> e por fim, o objetivo de restaurar a comunicação entre os envolvidos, com fins a solucionar a controvérsia, resguardar a relação e prevenir novos conflitos<sup>27</sup>.

Para melhor compreender as bases do instituto supracitadas, é preciso estudar os seus princípios. No plano normativo a relevância dos princípios tem sido amplamente reconhecida. O CPC afirma, no art. 166, serem princípios regentes da mediação e da conciliação em juízo a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada.

---

*decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”*

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 01 de abr. 2022.

<sup>22</sup>“Art. 165, § 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”

BRASIL. Lei nº 13, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 194º da Independência e 127º da República. 16 mar. 2015.

<sup>23</sup>TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. p. 191.

<sup>24</sup>Ibid. p. 89.

<sup>25</sup>Id.

<sup>26</sup>Id.

<sup>27</sup>TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. p. 89.

Na mesma linha, a Lei 13.140/2015 destaca, no art. 2.º, que a mediação será orientada pelos princípios: I – imparcialidade do mediador, que para além de garantir a idoneidade do profissional, garante que a função precípua do mediador, contribuir para o reestabelecimento do diálogo em condições proveitosas para as pessoas continue resguardado<sup>28</sup>. No mesmo sentido, II – isonomia entre as partes estabelece que o mediador deve tratar as partes de forma igualitária, inclusive, quando são identificadas disparidades de poder entre os envolvidos que impeçam uma negociação equilibrada, o mediador deve intervir para estabelecer a igualdade de condições pois compete a ele estar atento às necessidades e dificuldades pessoais dos sujeitos<sup>29</sup>.

Outra característica principiológica à mediação é a III – oralidade, com que a prática se desenvolve. É precisamente nesse ambiente em que o mediador poderá pôr em prática suas técnicas de facilitação de diálogo<sup>30</sup>. Quanto à IV – informalidade, há de se comentar que são dispensáveis quaisquer requisitos formais para o processo de mediação, as partes têm o poder de decidir qual será a forma do procedimento, para melhor adequar tanto a individualidade do conflito quanto dos participantes<sup>31</sup>.

Um dos pilares do procedimento, que representa senão seu mais importante elemento, é o V – autonomia da vontade das partes, vez que o processo existirá somente enquanto os mediandos assim desejarem<sup>32</sup>. Além disso, cabe a eles a própria incumbência de trazer os temas à mesa de negociação e geri-los, ainda que com auxílio do mediador<sup>33</sup>. Deriva-se também, desse pilar, a autonomia das partes para tomar quaisquer decisões na mesa de negociação, o que garante que a mediação seja desprovida de qualquer aspecto de natureza impositiva<sup>34</sup>.

Derivado desse princípio, vale comentar sobre o princípio da VI – busca do consenso, que determina que só haverá mediação, enquanto houver consenso

---

<sup>28</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. p. 219.

<sup>29</sup> TARTUCE, Fernanda. op. cit. p. 231-232.

<sup>30</sup> A exemplo, em um espaço aberto de fala, o mediador pode mais facilmente legitimar as falas dos participantes, visando acolher os integrantes da mediação com suas “idiossincrasias e distintas formas de participar do diálogo” a fim de gerar um sentimento de aceitação e legitimidade, também chamado de *rapport* ou confiança, o que vai possivelmente fortalecer e dar continuidade ao processo de diálogo.

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash Editora, 2014. p. 68.

<sup>31</sup> BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos*. p. 160.

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 150.

<sup>33</sup> BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos*. p. 150.

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 160.

das partes quanto a isso<sup>35</sup>. Importante pontuar também, que consoante ao princípio da VII – confidencialidade todo o procedimento da mediação é confidencial, em outras palavras, é vedada utilização das informações obtidas ali em qualquer outro contexto, salvo a própria vontade das partes seja o contrário, ou a informação extrapole um limite legalmente auferido<sup>36,37</sup>. O objetivo aqui é criar um ambiente seguro, que proporcione às partes a liberdade para falar com a garantia de o que for dito não será usado contra eles em contextos outros<sup>38</sup>.

Todos esses princípios que estruturam a mediação até então devem ser permeados por um último, o VIII – boa-fé. Isto, pois são necessárias à eficiência do procedimento tanto a lealdade quanto a real disposição para negociar<sup>39</sup>. Do contrário, se não levado a sério pelos integrantes, o procedimento perde sentido, vez que qualquer acordo alcançado estará possivelmente comprometido<sup>40</sup>.

Por fim, entende-se que um dos pilares do procedimento de mediação é a adoção de um tratamento do conflito como um todo, pois deve levar em conta pautas subjetivas e objetivas, ao mesmo tempo em que traz uma visão prospectiva da relação<sup>41</sup>. Em outras palavras, as definições doutrinárias e principiológicas têm em comum o destaque à abordagem construtiva propiciada pela mediação, que conta com alguém isento e capacitado para contribuir na conversação de modo que os envolvidos possam assumir posturas protagonistas na abordagem da controvérsia<sup>42</sup>.

### 1.3 Tipos de mediação

Diferentes propostas da aplicação dos princípios da mediação podem se

---

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos*. p. 161.

<sup>37</sup> Para elucidar a questão é necessário pontuar que a Lei de Mediação traz os limites a confidencialidade no seu artigo 30, § 3º e 4º, em que dispõe sobre a exceção de sigilo nos casos que envolvem crimes de ação pública e informações administrativo-tributárias: “§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”.

<sup>38</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. p. 236-237.

<sup>39</sup> Id.

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> ALMEIDA, Diogo A. PANTOJA, Fernanda M. *Natureza da Mediação de Conflitos*. p. 89.

<sup>42</sup> TARTUCE, Fernanda. *op. cit.* p. 189-190.

adequar mais ou menos a diferentes conflitos. Via de regra, é possível destacar três modelos principais de mediação: Mediação Linear, Mediação Transformativa e Mediação Narrativa. Cada uma funcionará melhor para contextos específicos.

A primeira, a chamada Mediação Linear, foi fortemente influenciada pelos princípios de negociação da Escola de Harvard<sup>43</sup>. Para esta escola, a negociação deveria ser guiada por uma lógica ganha-ganha, em que as partes podem construir juntas um acordo, por meio da aplicação da negociação por princípios<sup>44</sup> e do acolhimento dos reais interesses dos participantes de modo a resolver com imparcialidade os conflitos que ali surgissem melhorando a qualidade da interação e do relacionamento entre as partes, potencialmente criando acordos sustentáveis no tempo que melhor atendam às reais necessidades dos envolvidos<sup>45</sup>.

Na segunda escola, da Mediação Transformativa, há um foco no aspecto relacional e o objetivo desse modelo é dar novas formas ao relacionamento entre as partes<sup>46</sup>. Ela oportuniza aos integrantes que, como seu nome sugere, transformem seu relacionamento em algo que genuinamente os satisfaça, levando os mediandos a identificarem por si quais são os interesses, as necessidades e opções em jogo que favorecem o desenvolvimento de sua relação<sup>47</sup>. Nesse modelo, o mediador deve promover a mudança na qualidade da interação, criando contextos que possibilitem às pessoas a restauração do teor construtivo do relacionamento<sup>48</sup>.

Por fim, o modelo de Mediação Narrativa traz ainda uma outra visão, também focada no aspecto relacional, para ser estudada. Esse modelo está amparado na ideia de que a perspectiva de um indivíduo sobre um fato nunca está completa

---

<sup>43</sup> JONATHAN, E.; PELAJO, S. Diferentes modelos: Mediação Linear (Harvard) In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos*: para Iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 190.

<sup>44</sup> De forma resumida, nesta escola de mediação, o mediador aplica os ensinamentos da negociação por princípios e ajuda as partes a observar as seguintes regras: (i) separar as pessoas dos problemas, sendo duros com o problema e afáveis com as pessoas; (ii) focar nos interesses por trás das posições; (iii) buscar aumentar a torta para depois dividi-la, quanto mais opções e opções de benefícios mútuos, maiores as chances de haver maior captura de valor na mesa de negociação e; (iv) basear a negociação em critérios objetivos para garantir a realização legítima e não arbitrária da administração do conflito. Fica evidente que esse modelo concentra seu foco no problema e em sua solução, possivelmente sendo adequado a conflitos empresariais PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos*: para Iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. pp. 195-199.

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 195.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 205.

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 210.

e assim um ou outro ponto de vista não pode ser considerado mais ou menos verdadeiro que o outro<sup>49</sup>. O fator principal desse modelo, a narrativa, é baseada na seleção própria dos fatores objetivos e modo de percebê-los de cada um, é a forma como alguém descreve a realidade, o que significa dizer que tal narrativa pode ser questionada e reinterpretada<sup>50,51</sup>.

Nesse sentido, nota-se que mediadores experientes quando tratam de conflitos em empresas familiares, por exemplo, podem se valer de métodos objetivos como os da escola linear ao mesmo tempo em que utilizam de aspectos e técnicas das escolas transformativa<sup>52</sup> e narrativa<sup>53</sup> para tentar proporcionar um cenário de melhora tanto das relações de trabalho quanto das relações afetivas que permeiam conjuntamente essa modalidade de empresa, da qual se falará em detalhes adiante.

Observa-se que estabelecer e manter parcerias é ainda mais vital no contexto empresarial, inclusive focados na prevalência de ambientes cooperativos, colaborativos, transdisciplinar e de relações horizontalizadas no cenário mercantil<sup>54</sup>.

Em ambientes econômicos os instrumentos de gestão e normas estão cada vez mais voltados para atender às finalidades específicas das corporações, que precisam de eficácia, muitas vezes inclusive buscando soluções melhores que aquelas oferecidas pelos sistemas de Justiça. Assim, quando precisam resolver seus conflitos, não raro tomam apoio nos meios extrajudiciais como a mediação<sup>55</sup>.

Isso é verdade especialmente quando considerado que essas empresas são formadas por pessoas, cada uma com suas relações, necessidades, vontades e

---

<sup>49</sup> BRIGIDA, E.; ARAÚJO, I.; JACOB, W. Diferentes Modelos: Mediação Narrativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 215.

<sup>50</sup> BRIGIDA, E.; ARAÚJO, I.; JACOB, W. Diferentes Modelos. p. 216.

<sup>51</sup> Nesse contexto, as narrativas de cada um serão apresentadas e o mediador deverá ajudar os mediados por meio do processo de diálogo, a desconstruir suas narrativas já cristalizadas e também ajudá-los a reconstruir versões outras, ventiladas por novos fatos e compreensões que surgirem durante o diálogo<sup>6</sup>. Em outras palavras, a atuação do mediador será no sentido de ajudar os participantes a se distanciar do problema, engajar-se em reflexões críticas sobre seus pontos de vista narrativos e por fim que possam criar novas narrativas para facilitar a construção de novos caminhos para resolver o conflito.

BRIGIDA, E.; ARAÚJO, I.; JACOB, W. Diferentes Modelos. pp. 218-222.

<sup>52</sup> Ibid. p. 211.

<sup>53</sup> Ibid. p. 222.

<sup>54</sup> BRANDÃO, Clésia Domingos. *Mediação Empresarial: uma análise da aplicabilidade e efetividade do instituto nos conflitos entre empresas*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2019. p. 21.

<sup>55</sup> BRANDÃO, Clésia Domingos. *Mediação Empresarial*. p. 23.

medos singulares. Ainda, por vezes, além das relações de trabalho, os integrantes de uma empresa guardam laços entre pais, filhos, irmãos, primos, tios, avós e etc. A realidade é que o peso das decisões de caráter intrafamiliar leva a empresa familiar a se configurar como uma instituição com características singulares<sup>56</sup>, que, talvez, tenha na mediação uma ferramenta de grande valia.

Por isso, serão estudados os conceitos de empresa familiar, a fim de que, melhor conhecendo o instituto, seja possível aferir se a mediação pode ser realmente uma ferramenta positiva em seu contexto.

## CAPÍTULO 2 – EMPRESAS FAMILIARES

O conceito de empresa familiar é, na verdade, o somatório de outros dois, a família e o negócio, que estão conectados. As empresas familiares não detêm uma categoria própria no ordenamento pátrio, mas existem simplesmente enquanto há atividade empresária liderada por membros de uma mesma família, como aponta Caio Aguirre<sup>57</sup>.

Uma empresa familiar pode, inclusive, ser definida como qualquer negócio em que dois ou mais membros da família estejam envolvidos e a maioria da propriedade ou controle esteja dentro de uma família, como sugere Rossato Neto<sup>58</sup>. Por outro lado, esse é um conceito limitado, tendo em vista que a Doutrina diverge quanto à exata definição de empresa familiar<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2019. p. 17.

<sup>57</sup> “Nota-se, assim, que a empresa familiar não é, no ordenamento jurídico pátrio, um tipo societário autônomo. Não há uma disciplina legal específica para as empresas familiares.”. AGUIRRE, Caio Eduardo. *Mediação em empresas familiares*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 78.

<sup>58</sup> ROSSATO NETO, Félix João; CAVEDON, Neusa Rolita. Empresas familiares: desfilando seus processos sucessórios. *Cad. EBAP.EBR* [online]. 2004, v. 2, n. 3 [cited 2019-04-03], p. 01-16. Available from: ISSN 1679-3951. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512004000300007>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

<sup>59</sup> “A primeira preocupação de um estudo sobre o conceito de empresa familiar deve ser a própria imprecisão técnica inerente à expressão analisada. Conforme se extrai da definição de empresário expressa no art. 966 do Código Civil, empresa é a atividade econômica exercida profissionalmente e de forma organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Não há dúvida de que empresa é a atividade e empresários são os sujeitos titulares de direitos e obrigações que exercem tal atividade. É o empresário que, nos termos do Código Civil, tanto pode ser a pessoa jurídica que se dedica à atividade empresarial em seu nome e por sua conta e risco (o empresário individual) quanto também a pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade, para o exercício de empresa (as chamadas sociedades empresárias). Neste contexto, nota-se que a usualmente referida ‘empresa familiar’ é, nos termos do Código Civil, na verdade a sociedade empresária (e não a empresa) que, por ser composta por sócios ligados por laços familiares, destaca-se

Outro desafio é a própria definição de família. Esse conceito que adjetiva as referidas empresas, vem adquirindo novos significados a todo momento na medida em que a sociedade se transforma. A Constituição Federal dispõe, em seu art. 226, que “a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado”<sup>60</sup>. Entretanto, não a define conceitualmente, tarefa da qual se encarregou a doutrina. Para Caio Mário da Silva Pereira, a família pode ser definida, em sentido genérico e biológico, como o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum<sup>61</sup>.

A família, entretanto, está a se reinventar constantemente, buscando conferir novas funções e papéis a seus atores sociais, de modo a sobreviver diante de tantas inconstâncias que permeiam as relações humanas na atualidade<sup>62</sup>. O discurso em pauta no Direito de Família é o da busca da concretização e reconhecimento do afeto como fundamento da família. Nesse sentido Renata Barbosa de Almeida e Walsir Rodrigues Júnior conceituam família como “*toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem*”<sup>63</sup> e ainda ponderam sobre a existência mútua de três pilares: afetividade (local em que circula o amor), estabilidade (permanência) e ostensibilidade (público, reconhecido). Os autores concluem que “*reuniões pessoais que se sustentem no afeto, que sejam estáveis e, nessa medida, ostensivas, criam recinto favorável à constituição de identidades; são, portanto, família*”<sup>64</sup>.

Nesse sentido, a chamada família tradicional ou patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo em 1916, transformou-se, dando lugar à família moderna, que parte de dois princípios básicos: a liberdade e a igualdade<sup>65</sup>.

*e especifica-se.* MAÍRA, Eduardo Goulart Pimenta; ABREU, Máira Leitoguinhas de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (Coords.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

<sup>61</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 19.

<sup>62</sup> PACHÁ, Andreia Maciel. Quando menos interferência é mais justiça. In: *Curso Família do Século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*, 2012. Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

<sup>63</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen juris. p. 22.

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 23.

<sup>65</sup> GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Cláudio Kaminski. Empresa familiar e a governança corporativa: Breves apontamentos sobre as estruturas de gestão das empresas familiares. *REPATS*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 481-516, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8217>.

Na sociedade contemporânea, a família não desempenha mais a função religiosa, econômica e política da família patriarcal. Atualmente, a afetividade desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar<sup>66</sup>.

Dessa forma, para entrar no estudo das Empresas familiares, é preciso adentrar a pesquisa sobre as características práticas e legais dessa modalidade de empresa para que seja possível melhor compreendê-la, face ao fato de que ela é parte fundamental do objeto de estudo do presente trabalho.

## 2.1 Contexto Econômico

Tal modalidade de empresa nasce de forma natural no Brasil, tendo em vista que as primeiras empresas e unidades produtivas nacionais se formaram no setor da agroindústria<sup>67</sup>. Posteriormente, esse fenômeno se expandiu também para outros setores da economia, como prestação de serviços, comércio e etc., sendo a empresa familiar um modelo bastante presente na economia brasileira<sup>68</sup>.

Na atualidade, tais empresas, no Brasil, representam cerca de 90% do total de empresas em exercício<sup>69</sup>. Não apenas no Brasil tal modalidade apresenta relevância, em Portugal, por exemplo, mais da metade das empresas são familiares, e elas representam 60% dos postos de trabalho, o que varia entre 50% a 70% da contribuição para o Produto Interno Bruto (PIB) gerado pelo setor privado<sup>70</sup> e a nível mundial, a média de representatividade das empresas familiares varia de 65% a 80%<sup>71</sup>.

Outros autores afirmam também que as empresas familiares estão presentes

---

Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>66</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 54-78.

<sup>67</sup> Nesse sentido, Ricardo Padovini Pleti. PLETI, Ricardo Padovini. Empresas familiares & famílias empresárias: desafiadora transição entre duas realidades sistêmicas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÊRES, Marcelo Andrade (Coords.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

<sup>68</sup> Ibid. p. 66.

<sup>69</sup> FOLHA DE LONDRINA. No Brasil, 90% das empresas são familiares. SEBRAE/SC - Artigos para MPE'S. Publicado em: 03 out. 2005. SEBRAE/SC. Disponível em: <http://www.sebraesc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

<sup>70</sup> 4 TSF – Portugal. Um país de empresas familiares. Publicado em: 18 jan. 2017. TSF – Rádio Notícias. Disponível em: <https://www.tsf.pt/economia/interior/portugal-um-pais-de-empresas-familiares-5612344.html>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

<sup>71</sup> GERSICK, K. E.; HAMPTON, D. M. MC C.; LANSBERG; I. *De Geração para Geração: Ciclos de Vida das Empresas Familiares*. São Paulo: Negócio Editor, 1998.

em diferentes segmentos da economia e contabilizam papel relevante no Produto Interno Bruto e na geração de empregos<sup>72</sup>. Embora os estudos não sejam precisos, é possível observar que essas empresas comportam quase metade dos trabalhadores do mundo e, em alguns países, chegam a contar de metade a dois terços do PIB.

Tais observações nos apontam que as empresas familiares compõem expressivo quinhão da economia pátria e mundial. Para que se compreenda a seriedade com que se deve tratar o estudo dos conflitos nessa área, é preciso levar em conta a longevidade de tais empresas, dada a estimativa de que, a cada 100 empresas familiares, somente 30% chegam à segunda geração e 5% à terceira<sup>73</sup>.

Ainda, em estudo feito por Zborowsky, Leal e Bortolon em relação a empresas que fazem parte do Índice Bovespa e que possuem presença relevante de membros da família no quadro societário, na gestão e no controle, foi concluído que tais empresas apresentam características de controle, práticas de governança corporativa e resultados financeiros distintos em relação a empresas não familiares<sup>74</sup>.

Em geral, a empresa familiar possui estruturas de governança próprias e específicas que visam sua longevidade, especialmente com relação a sucessão de gerações na gestão da empresa<sup>75</sup>. Nesse contexto, métodos adequados de solução de disputas produzidos sob medida para essas empresas podem ter efeito positivo para a superação de seus desafios, visto sua estrutura singular. Para compreender como poderão se desenvolver esses conflitos é necessário antes, compreender um pouco mais sobre o que são e como se estruturam as empresas familiares.

---

<sup>72</sup>“No Brasil, a realidade não é diferente. Segundo dados do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC), entre os anos 1985 e 2005, foram constituídas no Brasil 8.915.890 empresas, dentre as quais 4.569.288 na forma de firmas individuais, 4.300.257 na forma de sociedades limitadas e 20.080 sociedades anônimas, em torno das seguintes proporções: 12% do segmento agrobusiness, 34% da indústria e 54% dos serviços (DNRC). Estima-se que 90% dessas empresas sejam familiares e que, juntas, somem 2 milhões de empregos diretos no País, além de participarem de forma relevante no Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro (SEBRAE).”

PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – características e conceitos. In: PRADO, Roberta Nioac. *Direito, gestão e prática – empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GV law. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

<sup>73</sup> PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – características e conceitos. p. 24-25.

<sup>74</sup> ZBOROWSKY, Isabel; LEAL, Ricardo; BORTOLON, Patrícia. Empresas familiares no Índice Bovespa. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Instituto COPPEAD de Administração, Rio de Janeiro, 2009. p. 3.

<sup>75</sup> Ibid. p. 3.

## 2.2 Conceitos e particularidades das empresas familiares

A Doutrina diverge e diferentes autores colocam que diferentes requisitos precisam estar presentes na Empresa para que ela seja familiar. Alguns argumentam que, por exemplo, não é necessário que, pelo menos, um membro da família faça parte da presidência, já que a sociedade pode ter pessoas estranhas na administração. Da mesma forma, seria desnecessário que a empresa tivesse sido originalmente constituída por membros da mesma família, pois ela pode, por exemplo, ter sido adquirida posteriormente pela família<sup>76</sup>.

Já outros colocam que, na verdade, é o intercâmbio de valores entre empresa e família e a existência da empresa há, pelo menos, duas gerações que caracterizará a empresa como familiar, como aponta René Alfonso Isaac Werner<sup>77</sup>.

Roberta Nioac Prado elucida o debate sobre as correntes doutrinárias mais recentes relativas ao tema em uma breve síntese:

“Dentre os conceitos existentes, ressaltamos alguns dos mais recorrentes: (I) a empresa familiar é aquela que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações, pois a segunda geração que, ao assumir a propriedade e a gestão, transforma a empresa em familiar; (II) é familiar quando a sucessão da gestão está ligada ao fator hereditário; (III) é familiar quando os valores institucionais e a cultura organizacional da empresa se identificam com os da família; (IV) é familiar quando a propriedade e o controle acionário estão preponderantemente nas mãos de uma ou mais famílias”<sup>78</sup>.

Como demonstrado, diversos podem ser os critérios para conferir a uma empresa a característica de ser familiar. Ainda assim, é necessário encontrar um fator comum a essas correntes para que se possa fazer uma análise sobre o impacto da mediação em tais empresas.

Na visão do presente autor, o aspecto mais importante e eficaz para definir se uma empresa é familiar, na verdade está na identificação do poder de controle, de modo que poder-se-ia considerar empresa familiar “*aquela sociedade controlada por uma ou mais famílias, que definem as diretrizes e comandam a administração*”

---

<sup>76</sup> MAÍRA, Eduardo Goulart Pimenta; ABREU, Maíra Leitoguinhos de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. p. 57.

<sup>77</sup> WERNER, René Alfonso Isaac. Teoria e prática da governança familiar: aspectos tangíveis e intangíveis. In: PRADO, Roberta Nioac. *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

<sup>78</sup> PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – características e conceitos. p. 4-5.

da sociedade, independente de haver ou não parentes nos órgãos de gestão” como muito bem nos mostram Eduardo Pimenta e Maíra Lima<sup>79</sup>.

Em outras palavras, para os referidos autores, assim como para Pedro Podboi<sup>80</sup>, importa averiguar quem factualmente detém o poder de controlar o curso de ação da empresa, quer sejam administradores ou não, é preciso que controlem a sociedade, isto é, os órgãos administrativos devem estar vinculados ao poder da família, que acaba influenciando sobremaneira nos rumos da empresa<sup>81</sup>. Por mais que critérios como fator hereditário e cultura organizacional tenham seu papel, não há possibilidade de se enxergar empresa familiar em um contexto de poder decisório pulverizado e difuso.

Não há, afinal, um conceito único de empresa familiar, mas importa considerar, para fins do presente estudo, que o traço distintivo da empresa familiar diz respeito à íntima relação que a família possui não apenas com a titularidade das quotas ou ações da empresa, mas com a propriedade e gestão dos negócios<sup>82</sup>. É nesse cenário que mistura família, gestão e propriedade, que surge o fértil espaço para o estudo da administração de conflitos por meio da mediação.

Nesse sentido, a doutrina se desenvolveu, a partir do início dos anos 1980, por meio do chamado modelo de dois sistemas, que afirmavam que as empresas familiares são compostas por dois subsistemas sobrepostos: a família e a gestão. Mais à frente, contudo – como nos elucida Bruno Albano Vizotto, John Davis acompanhado de Kelin Gersick, Marion Hampton e Ivan Lansberg – a propriedade foi reconhecida como parte fundamental do referido modelo, o que desagregou no chamado modelo dos três círculos<sup>83</sup>. Nesse sentido, a estrutura interna de uma empresa familiar se dá pela intersecção de três diferentes subsistemas que acabam por formar um grande sistema.

---

<sup>79</sup> MAÍRA, Eduardo Goulart Pimenta; ABREU, Maíra Leitoguinhos de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. p. 62.

<sup>80</sup> “Uma organização somente deixa de ser considerada uma empresa familiar quando o seu controle acionário, e conseqüentemente o poder decisório, deixa de estar centralizado em uma ou poucas famílias e passa a ficar pulverizado, de forma a não existir concentração de poder.”  
ADACHI, Pedro Podboi. *Família S.A.: gestão de empresa familiar e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

<sup>81</sup> MAÍRA, Eduardo Goulart Pimenta; ABREU, Maíra Leitoguinhos de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. p. 59.

<sup>82</sup> GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Cláudio Kaminski. *Empresa familiar e a governança corporativa*. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>83</sup> VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. p. 18.

“O modelo de três círculos auxilia na compreensão dos diferentes papéis assumidos pelas pessoas envolvidas em uma empresa familiar, desde um membro da família até um funcionário ou um investidor (i.e., não membros da família). Os conflitos de interesse entre as pessoas em uma empresa familiar passam a ser compreendidos a partir do entendimento dos papéis desempenhados em cada situação. Esse modelo teórico propõe a interdependência entre a propriedade, a família e a gestão, promovendo o desenvolvimento de uma empresa familiar. As relações que se processam nesse modelo permitem que as pessoas envolvidas em um subsistema possam também exercer outros papéis em outros subsistemas, que emergem das interfaces. Desse modo, cada membro de um subsistema pode desempenhar papéis em outro subsistema ou apenas desempenhar papéis nas interfaces entre os subsistemas”<sup>84</sup>.

O referido modelo teórico representa as vertentes principais das empresas familiares: família, propriedade e gestão, o que nos permite inferir as múltiplas inter-relações entre atores, os quais podem concordar ou divergir, de acordo com os seus interesses específicos e em suas perspectivas em relação à empresa.

Via de regra, os gestores da empresa, sejam apenas profissionais, pertencentes à família ou proprietários, detêm a responsabilidade de buscar o equilíbrio entre gerar bens e serviços e gerenciar conflitos internos da empresa. Quando conseguem a união e a convergência, conseguem proporcionar um clima de estabilidade e cooperação, mas quando não alcançam esse equilíbrio são eles mesmos os geradores de atrito e a empresa entra em um clima de litígio e contradições<sup>85</sup>.

Assim, na linha de pensamento de Davis<sup>86</sup>, pode-se ponderar que quando existem fatores que levam a uma articulação e harmonização dos círculos representados pelas vertentes da família, propriedade e gestão, a empresa vive um clima propício para se perpetuar com sucesso em sua vida produtiva. Nessa lógica, quanto mais harmônico se mostra o desenvolvimento dos três círculos do modelo teórico com a implementação de uma gestão que leve a empresa ao desenvolvimento e minimize os potenciais conflitos entre familiares e funcionários, a tendência encaminha-se para uma expansão sem problemas

---

<sup>84</sup> LAIMER, Claudionor Guedes. *RAIMED - Revista de Administração IMED*, 4(1), 2014. p. 123-140. ISSN 2237 7956. Acesso em: 17 de abr. de 2022.

<sup>85</sup> VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. p. 19.

<sup>86</sup> DAVIS, J. A. Entrevista a HSM Management: uma radiografia da relação empresa + família + propriedade. *HSM Management*, [S. l.], v. 41, p. 96-103. nov./dez. 2003.

que poderiam comprometer uma futura transição<sup>87</sup>. Uma vez que o poder de controle esteja nas mãos da família, a empresa trará consigo peculiaridades que poderão ser um diferencial a seu favor, mas, por outro lado, poderão pôr tudo a perder se não forem geridas de forma apropriada<sup>88</sup>.

Nessa lógica, espera-se por um desenvolvimento harmônico dos três conjuntos, com a implementação de uma gestão que leve a empresa ao desenvolvimento e minimize os potenciais conflitos entre familiares e funcionários, assim, a tendência aponta na direção de expansão sem problemas que poderiam comprometer uma futura transição<sup>89</sup>. Como será apresentado no próximo capítulo, a mediação é a ferramenta ideal para garantir o desenvolvimento eficiente e sem atritos, o que pode aumentar a capacidade de sobrevivência das empresas familiares no tempo.

### **CAPÍTULO 3 – MEDIAÇÃO EM EMPRESAS FAMILIARES**

As empresas familiares destacam-se como palco para conflitos das mais diversas naturezas<sup>90</sup>, vez que, como colocam Tania Almeida e Samantha Pelajo, as questões corporativas tendem a se entrelaçar com as relações de parentesco, levando a momentos de predominância de uma em detrimento da outra<sup>91</sup>. Filhos herdeiros que não obtiveram resultado satisfatório aos olhos dos pais, irmãos que acabam por tornar um encontro de família em um debate patrimonial, pais que não aprovam as inovações pensadas pela nova geração, inúmeras são as possibilidades de conflitos que são ao mesmo tempo familiares e profissionais<sup>92</sup>. Em matéria de fato, Adolfo Braga Neto nos elucida que:

“Dados do Centre Family Enterprise de Glasgow apontam que uma a cada dez empresas familiares no mundo sobrevive à quarta geração. No Brasil, 65% das falências de empresas familiares são decorrentes de conflitos entre os membros da família, e não de problemas ou concorrência no mercado”<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> VIZOTTO, Bruno. A. op. cit. p. 20.

<sup>88</sup> AGUIRRE, Caio Eduardo. *Mediação em empresas familiares*. p. 81.

<sup>89</sup> ARRUDA, C. et al. *Empresas Duradouras. Relatório de Pesquisa RP0701*, Fundação Dom Cabral, Belo Horizonte, a. 7, n. 1, jul. 2007.

<sup>90</sup> BONILHA, Alessandra F. *Empresas Familiares - Aprendendo a Lidar com Conflitos para Perpetuar*. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 473.

<sup>91</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. *A mediação de conflitos em casos concretos*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. São Paulo: Ed. GEN, 2020. p. 190.

<sup>92</sup> BONILHA, Alessandra F. op. cit. p. 473.

<sup>93</sup> BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação de conflitos no contexto empresarial*. *Revista do Advogado*, n. 123,

Dessa forma, as motivações altamente emocionais, em regra contidas no sistema familiar, podem acabar controlando a tomada de decisão da empresa<sup>94</sup>. Nesse sentido, muitas são as características potencialmente negativas para o desempenho e perpetuação dessas empresas, como pontua Caio Aguirre: (i) a preponderância de critérios subjetivos de competência sobre os objetivos, privilegiando a ascensão de parentes em detrimento de pessoas mais competentes; (ii) o controle patriarcal; (iii) a confusão de patrimônio pessoal com o empresarial e, por fim; (iv) a disputa por poder e confusão de papéis entre família e empresa<sup>95</sup>.

Ainda assim, as empresas familiares também podem apresentar vantagens em relação a empresas não familiares, dentre elas: (i) organização interna leal; (ii) formação de laços entre empregados antigos e os proprietários; (iii) sensibilidade em relação à comunidade onde atua; (iv) estrutura administrativa e operacional enxuta; (v) comando centralizado permitindo decisões rápidas<sup>96</sup>.

É notório, pois, que o vínculo observado em empresas familiares é único, e pode ser dividido em três níveis, como sugere Adriana Adler: emocional, financeiro e jurídico<sup>97</sup>. Em breves palavras, o nível emocional pode ser compreendido como a conexão da pessoa com a empresa, levando-se em conta fatores abstratos como honra, identidade, orgulho por aquilo que foi construído e realização profissional. Quanto ao nível financeiro, remete-se à dependência do indivíduo em relação à produção econômica da empresa. Já, quanto ao nível jurídico, relaciona-se ao modo como a pessoa responde judicial ou administrativamente pela empresa<sup>98</sup>. Todos esses fatores devem ser levados em conta para que se possa compreender mais profundamente as motivações de cada parte envolvida na disputa.

### 3.1 Adequação da mediação às empresas familiares

Nesse complexo mosaico de diferentes interesses, importa considerar os custos dos conflitos internos e como o método de solução de disputas aqui estudado pode contribuir para a longevidade das empresas e das famílias. Dessa

---

ago. 2014. p. 143.

<sup>94</sup>ADLER, Adriana. Mediação e Empresas Familiares. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 482.

<sup>95</sup>AGUIRRE, Caio Eduardo. *Mediação em empresas familiares*. p. 85.

<sup>96</sup>Ibid. p. 84.

<sup>97</sup>ADLER, Adriana. Mediação e Empresas Familiares. p. 482.

<sup>98</sup>Id.

forma, deve-se pontuar que boa parte dos conflitos internos são ocultos, mas não é possível correr o risco de ignorá-los, vez que impactam severamente o negócio<sup>99</sup>. É preciso estar atento a desperdício de tempo, custo de oportunidade, redução da motivação dos funcionários, reestruturações desnecessárias pautadas em problemas<sup>100</sup> e ainda outros desvios que podem surgir na empresa. Exemplo do impacto que a disputa tem nas empresas é a realidade de que cerca de 42% do tempo dos gestores, na verdade, é gasto com resolução de conflitos<sup>101</sup>.

Como será ilustrado a frente, é preciso considerar que esses conflitos têm seu preço e acabam por gerar custo significativo relativo à eficiência da empresa<sup>102</sup>. Nessa linha, Bruno Vizotto sugere que a mediação é um instrumento capaz de gerar o que chamada de cultura construtiva de resolução de conflitos, que pode melhorar a produtividade da empresa<sup>103</sup>.

Em especial quando se trata de empresas familiares, em que os laços afetivos fazem dos conflitos uma questão mais complexa e complicada na vida societária, a mediação pode ser uma resposta<sup>104</sup>. O objetivo é buscar o consenso em ambos: esfera dos interesses familiares e corporativos, a fim de resguardar tanto a afetividade dos laços familiares quanto os critérios das práticas de governança corporativa<sup>105</sup>. Como será apresentado nas ilustrações trazidas por Tania Almeida e Samantha Pelajo, para garantir a coesão dos participantes e fluidez na atividade empresária nesse tipo negócio, é importante manter clara a distinção dos laços da propriedade, do negócio e da família<sup>106</sup>.

Dentre os benefícios concretos que traz a mediação, é possível apontar a drástica redução de despesas e economia de tempo na resolução das disputas, isto é, tem-se uma redução expressiva de custos diretos e indiretos de resolução de conflitos<sup>107</sup>. Levando em conta esses fatores somados aos benefícios relacionais, temos que a mediação não é uma mera opção para a resolução de disputas, mas

---

<sup>99</sup> MANFREDI, D; BURBRIDGE, M. Mediação Corporativa: Desenvolvendo o Diálogo Estratégico. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 359.

<sup>100</sup> Ibid. p. 355.

<sup>101</sup> Id.

<sup>102</sup> VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. p. 71.

<sup>103</sup> Ibid. p. 71.

<sup>104</sup> Ibid. p. 71.

<sup>105</sup> Ibid. p. 71.

<sup>106</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. p. 190.

<sup>107</sup> FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 42, jul. 2014. p. 265.

sim uma opção econômica para litígios que objetiva a sobrevivência do negócio e da família. Possivelmente essa última característica é o maior contraste quando comparados os resultados de procedimentos autocompositivos com decisões tomadas por terceiros imparciais pouco engajados na busca dos interesses de cada parte<sup>108</sup>, que é a realidade do judiciário.

Para além de não haver uma especial preocupação com os interesses das partes, a via judicial tende a ser bastante demorada e, portanto, financeiramente custosa. Para uma empresa, especialmente as menores, esperar anos para resolver seus conflitos enquanto ainda direciona fundos para manter a batalha judicial pode não ser uma opção<sup>109</sup>. Em contrapartida, via de regra na mediação a empresa paga apenas pelo tempo de sessão usado e eventuais adicionais administrativos pelo custo de papelada ou por algum Memorando de Entendimento elaborado pelo mediador ao delinear os pontos acordados<sup>110</sup>. Em outras palavras, a mediação tende a ser um procedimento mais barato e rápido.

É preciso pontuar também que o termo final de mediação é vinculante e uma vez celebrado o acordo, constitui título executivo extrajudicial assim como, quando homologado judicialmente, torna-se título executivo judicial, como coloca o parágrafo único do artigo 20 da Lei de mediação<sup>111</sup>. Em outras palavras, a mediação também gera segurança jurídica às partes como faz o processo tradicional. Contudo, há uma diferença paradigmática: pode-se considerar que os acordos produzidos a partir da mediação são, além de juridicamente, emocionalmente vinculantes, vez que as partes têm forte investimento no resultado e conseguem enxergar a sua voz refletida no acordo<sup>112</sup>. Nesse cenário, as chances são de que as partes estarão satisfeitas com a solução, que reflete seu trabalho e interesses, e portanto têm menor probabilidade de renegar seus termos<sup>113</sup>.

Para além disso, é possível observar a contribuição das técnicas de mediação

<sup>108</sup> RUIZ, Ivan Aparecido. Princípio do acesso à justiça. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Tomo: Processo Civil*. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord. de Tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 324. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

<sup>109</sup> BAETA, Zínia. Gastos de Empresas chega a R\$110. São Paulo. Publicado em: 04 fev. 2014. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/02/04/gasto-de-empresas-com-processos-chega-a-r-110-bi.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2022.

<sup>110</sup> VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. p. 72.

<sup>111</sup> BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Art. 20, parágrafo único. Acesso em: 10 de abr. de 2022

<sup>112</sup> AGUIRRE, Caio Eduardo. *Mediação em empresas familiares*. p. 90-91.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 90-91.

em diferentes contextos dentro de uma empresa. Manfredi e Burbridge sugerem três formas de utilizar a mediação para solucionar conflitos em contextos corporativos: (i) Um cenário em que o gestor atua como mediador nos casos em que considera adequada a aplicação do procedimento; (ii) Autmediação, cenário em que os próprios integrantes da corporação são preparados para aplicar as técnicas da mediação se acharem necessário e; (iii) Cenário em que há um mediador designado, tanto externo quanto interno para mediar um conflito<sup>114</sup>.

A ideia na instrução de técnicas da mediação para os gestores é gerar uma mudança de paradigma. Não é necessário que eles se tornem mediadores profissionais, mas apenas que possam, apoiados na técnica, ajudar os integrantes de suas equipes a encontrar suas próprias soluções para os seus próprios problemas<sup>115</sup>. Em outras palavras, quando o conflito entre pessoas da mesma empresa coloca em risco os resultados do negócio, é favorável que o gestor possa contribuir para que o conflito seja tratado da forma mais adequada<sup>116</sup>.

Da mesma forma, no cenário em que todos estejam a par do bom uso das técnicas da mediação, pode-se esperar que as próprias pessoas gerenciem seus conflitos e a partir daí seja desenvolvido um diálogo estratégico<sup>117</sup>. Assim, a transformação do conflito de “você contra mim” em “nós contra o problema” pode trazer um significativo avanço na eficiência da resolução do conflito<sup>118</sup> entre pessoas na empresa e, portanto, um significativo avanço na produtividade do trabalho e, no caso de empresas familiares, também a preservação das relações subjetivas<sup>119</sup>.

Para tanto, os especialistas nas técnicas de mediação, farão uso das ferramentas de forma a criar espaços de diálogo eficiente, cenário em que será possível diferenciar a relação afetiva e a relação profissional, permitindo enfim uma análise nítida sobre a situação<sup>120</sup>. Outro fator que viabiliza a efetividade da mediação é a confidencialidade, que propicia às partes envolvidas compartilharem e portanto refletir, com o mediador, sobre seus problemas de foro íntimo que podem estar ligados ao desempenho da gestão empresarial e que, via de regra, não seriam expostas em uma negociação<sup>121</sup>.

---

<sup>114</sup> MANFREDI, D; BURBRIDGE, M. *Mediação Corporativa*. p. 359.

<sup>115</sup> *Ibid.* p. 360.

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> MANFREDI, D; BURBRIDGE, M. *Mediação Corporativa*. p. 362.

<sup>118</sup> Note-se que o ponto trazido é sobre conflitos que podem prejudicar os resultados da empresa e que portanto precisam ser resolvidos no âmbito do trabalho.

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 362.

<sup>120</sup> VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. p. 74.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 74.

De forma geral, o objetivo aqui é criar uma cultura de gestão em que a escalada do conflito seja evitada, liberando as tensões de forma não destrutiva e incentivando o fortalecimento das relações<sup>122</sup>. Nesse sentido, a cultura construída a partir da mediação se encaixa naquilo que é necessário dentro de empresas familiares, a durabilidade e eficiência das relações, que são chave para que se possa garantir a sustentabilidade da empresa no tempo. Nesse sentido, Caio Aguirre aponta que a mediação pode e deve ser usada na construção das regras e políticas da empresa contidas nos instrumentos de governança, vez que, como pontuado anteriormente, quando a parte é protagonista da construção da regra que deverá cumprir futuramente, a tendência é que ela a respeite<sup>123</sup>.

Nesse contexto, a mediação se mostra na teoria um método que pode ajudar sobremaneira no desempenho e sobrevivência nas empresas, em especial nas familiares. Adentra-se, então, a narrativa de casos concretos, para averiguar o tema na realidade.

### 3.2 Casos Concretos

Como ilustração, serão brevemente estudados os casos concretos trazidos pelas brilhantíssimas autoras Tania Almeida e Samantha Pelajo<sup>124</sup>. O primeiro caso, os Campelo: o pai, que era produtor de soja, faleceu prematuramente sem que houvesse preparado algum dos quatro filhos para assumir a liderança da empresa<sup>125</sup>. Nesse contexto, a filha mais nova, Norma, com 32 anos, assumiu a empreitada, vez que acompanhava de tempos em tempos o trabalho do pai na fazenda. Contudo, após cinco anos, tanto a mãe quanto os outros três filhos estavam precisando levantar fundos e para isso queriam celeridade na partilha de bens, ainda incompleta. Ao mesmo tempo a mãe e os filhos nutriam uma desconfiança em relação a administração de Norma, razão pela qual contrataram advogado para questionar judicialmente as contas do espólio e também da empresa<sup>126</sup>.

Nesse cenário, um velho amigo de Rubens sugere que talvez fosse mais

---

<sup>122</sup>MANFREDI, D; BURBRIDGE, M. *Mediação Corporativa*. p. 364.

<sup>123</sup>AGUIRRE, Caio Eduardo. *Mediação em empresas familiares*. p. 90-91.

<sup>124</sup>ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. *A mediação de conflitos em casos concretos*. p. 191-192.

<sup>125</sup>ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. *A mediação de conflitos em casos concretos*. p. 192.

<sup>126</sup> Id.

produtivo participar de uma mediação e família concordou com a ideia<sup>127,128</sup>. Ao iniciar o procedimento, houve consenso sobre quais seriam as pautas de trabalho: A pauta subjetiva seria relativa a retomada da qualidade do relacionamento familiar e a objetiva, relativa a partilha de bens, bem como administração do negócio, que posteriormente também entrou na pauta objetiva de negociação. A família realizou dez encontros de três horas cada, divididas em reuniões conjuntas e privadas<sup>129</sup>.

Durante as tratativas, o debate primeiramente foi direcionado para a pauta subjetiva, em que a família pôde conversar sobre o desconforto gerado pela desconfiança e consequente abertura de um processo judicial. Ao se permitirem dialogar sobre o tema, com o auxílio do mediador, foi possível desconstruir o sentimento de incômodo e reconstruir um diálogo proveitoso e eficiente. Nesse sentido, a escolha por iniciar o debate pela pauta subjetiva foi do mediador, que entendeu que antes de mais nada era preciso retomar esse bom diálogo para que os temas objetivos pudessem ser tratados de forma fluida<sup>130</sup>.

Quando finalmente os familiares passaram a debater os temas objetivos tais como a gestão do espólio e administração da fazenda, já haviam retomando a fluidez no relacionamento e no diálogo. Em seguida, o processo de prestação de contas foi retirado e um único advogado foi contratado conjuntamente para conduzir o espólio. Na mediação, cada um pôde identificar suas habilidades e definir como melhor poderia contribuir para os passos seguintes da gestão familiar. Os mediadores indicaram ainda a consulta a um contador, que junto ao advogado, lhes proveria o melhor direcionamento técnico e suporte para suas decisões a partir daquele momento<sup>131</sup>.

O segundo caso, trata-se da história dos Almeida: a família, dona de uma rede de supermercados, já estava na terceira geração<sup>132</sup>. A questão começa a surgir quando alguns dos netos começam a se engajar na empresa e estavam convencidos que o conhecimento técnico adquirido em suas formações

---

<sup>127</sup> Nota-se aqui a importância de impedir a escalada do conflito. Em breves palavras toda situação conflituosa é antecedida por um momento de tensão que se não for tratado adequadamente poderá crescer progressivamente para situações mais sérias de confronto, podendo colocar tanto a relação dos participantes quanto as questões objetivas em risco pelas dificuldades que surgirão desse diálogo ruidoso.

<sup>128</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. p. 193.

<sup>129</sup> Id.

<sup>130</sup> Id.

<sup>131</sup> Ibid. p. 194.

<sup>132</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. p. 188.

era a solução para renovar a gestão, considerada por eles obsoleta, e conseqüentemente alavancar financeiramente o negócio<sup>133</sup>. Após análise por uma consultoria contratada pela segunda geração (que geriam o negócio), a recomendação foi que a família se reunisse para definir como lidar com os crescentes passivos da empresa. Assim, os membros da família concordaram em realizar a mediação<sup>134</sup>.

Em síntese, tal como no último caso, a separação da pauta subjetiva e objetiva contribuiu logo de início para clarificar os temas sensíveis, melhorando a qualidade da comunicação<sup>135</sup>. Nesse caso, contudo, a pauta objetiva estava mais em voga, vez que há posições eminentemente divergentes: a terceira geração estava determinada em profissionalizar a gestão e a segunda geração sentia que isso em certa medida desprestigiava o trabalho que fizeram até então<sup>136</sup>.

Nesse ponto, as autoras reforçam que há uma tendência de que questões corporativas e familiares se entrelaçam, o que pode permitir que uma tenha premência sobre a outra<sup>137</sup>. Nesse sentido, Adolfo Braga Neto recomenda a mediação nas empresas familiares, vez que entende que esse é o meio adequado para separar o que é da família do que é da empresa, além de promover uma perspectiva de futuro baseado na nova interação que deverá surgir após a mediação<sup>138</sup>.

O resultado, finalmente, foi a compreensão dos interesses por trás das posições, sustentabilidade dos negócios e dos relacionamentos, que somadas a eleição de critérios objetivos, permitiram a construção de consenso, o que levou ao devido tratamento e cuidado com o negócio, a família e a propriedade<sup>139</sup>.

---

<sup>133</sup> Nesse ponto, visões diferentes sobre o futuro caminho da gestão ou críticas sobre o trabalho pessoal de cada um podem vir à tona. Não é difícil entender o porquê da dificultosa transição de poder, pois, nas palavras de René Werner, os membros da primeira geração se “auto escolheram” e geralmente possuem interesses coincidentes. Esses, definirão os valores do empreendimento, garantir a sobrevivência do negócio e fazer o patrimônio crescer. Já, na segunda geração ocorre a inclusão de membros alheios à família, como genros e noras, havendo, com isso, pulverização do capital em função das heranças. Nesse ponto, ressalta-se ainda mais a necessidade de equalizar o relacionamento entre acionistas diante dos conflitos de poder, que embora presentes na primeira geração, se tornam mais fortes na segunda. Já a terceira geração é marcada pela chegada dos netos e a pulverização do capital aumenta mais ainda. Aqui, já é necessário falar em equacionar critérios de representatividade e conflitos gerenciais.

WERNER, René Alfonso Isaac. Teoria e prática da governança familiar. pp. 178-179.

<sup>134</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. pp. 188-190.

<sup>135</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. op. cit. p. 190.

<sup>136</sup> ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. p. 190.

<sup>137</sup> Id.

<sup>138</sup> BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. p. 143.

<sup>139</sup> Id.

É nesse contexto que se deve ouvir a voz de Fabiana Spengler, sobre a mediação:

“À mediação não cabe efetuar cortes temporais ou buscar verdades reais e únicas. Desenvolve seu papel no sentido tão somente de pôr em contato os conflitantes, facilitando a comunicação direta entre eles sem, necessariamente (ainda que possível), a intervenção de terceiros (como os advogados) no tratamento do conflito. Por conseguinte, a mediação trabalha com um novo paradigma no qual os conflitos são entendidos como acontecimentos que fazem parte de eventos comunicativos e, como tal, tratáveis se restabelecida/mantida a comunicação. Essa comunicação se define, então, mediante procedimentos verbais e não-verbais de fluxo constante que permitem conhecer, reconhecer e estimular formas de operar através das quais as partes possam criar, manter, negociar, mediar e transformar suas realidades sociais”<sup>140</sup>.

Portanto, muito mais que ditar a resolução de uma disputa, a mediação permite que os envolvidos construam uma realidade em que coexistam de forma benéfica para ambos.

É nesse contexto que se deve observar que existem muitos estudos sobre empresas familiares de ponto de vista financeiro enquanto não há tantos que investiguem os aspectos humanos e relacionais dessas instituições<sup>141</sup>. É possível, pois, inferir que a dedicação ao estudo da vivência humana dentro desse tipo de empresa pode ser fundamental para compreender quais atitudes tomar diante dos mais diversos cenários.

Em vista disso, a mediação parece se mostrar como uma ferramenta valiosa na produção de reflexões, no sentido de trazer à luz a importância que existe em resolver os conflitos relacionais e subjetivos tanto quanto os conflitos objetivos e financeiros para que se permita a segurança da coesão familiar e patrimonial<sup>142</sup>.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho foram abordados a aplicação e o papel que a mediação desempenha na boa gestão das empresas familiares. Afinal, sistemas tão

---

<sup>140</sup> SPENGLER, Fabiana. O tempo do processo e o tempo da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. VIII, Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. e-ISSN: 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20823/15101>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

<sup>141</sup> LEBOVICS, Jacob. The Role of Transformative Mediation in Family Business Disputes. p. 481.

<sup>142</sup> Ibid. p. 471.

eminentemente diferentes como a empresa e a família apresentam também necessidades diferentes para funcionar em sinergia. Nesse sentido, foi observado que não raro o choque entre essas necessidades e interesses tão distintos são o motivo pelo qual muitas empresas familiares não sobrevivem até a segunda geração e a esmagadora maioria não sobrevive até a terceira.

Ainda assim, advoga-se pela possibilidade da pacificação dos interesses das famílias e das empresas de forma a não apenas viabilizar a coexistência de tais sistemas, mas a fortalecer e aprofundar seus laços. Para cumprir esse objetivo, entendemos que a mediação é uma ferramenta especialmente adequada cujo objetivo é o estabelecimento de espaços de diálogo eficiente que possibilitam às partes tratarem da miríade de relações que compõe empresa e família de forma a justamente organizar, equacionar e solver as questões advindas das disparidades de interesses, expectativas e necessidades.

Em outras palavras, podemos enxergar que há espaço para diversos métodos de solução de disputas, mas após as ponderações trazidas, parece razoável assumir que em empresas familiares, a aplicação da mediação tem uma efetividade singular, vez que, por vezes, os integrantes dessas empresas em geral também têm interesse na construção de realidades benéficas entre família (relacionamentos), gestão e propriedade<sup>143</sup>.

Nesse sentido, como pontuado anteriormente, importa ter em mente que há uma boa quantidade de pesquisas que estudam como a mediação impacta de forma positiva uma empresa familiar a partir do viés financeiro, mas poucas que efetivamente mergulham no aspecto afetivo dos laços que também constituem a empresa familiar.

Dessa forma, conclui-se que a mediação pode trazer diversos benefícios à administração de uma empresa familiar que busque a eficiência e longevidade, por meio do fortalecimento dos laços afetivos e organização dos papéis que cada um desempenha em relação a família, negócio e propriedade. Ainda assim, insta pontuar que há uma latente necessidade de que sejam produzidas pesquisas científicas que abordem de forma profunda o impacto que um método como a mediação efetivamente tem nos laços afetivos, que estão em jogo tanto quanto as questões financeiras.

---

<sup>143</sup>LEBOVICS, Jacob. The Role of Transformative Mediation in Family Business Disputes. p. 490.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 4 TSF – Portugal. Um país de empresas familiares. Publicado em: 18 jan. 2017. *TSF – Rádio Notícias*. Disponível em: <https://www.tsf.pt/economia/interior/portugal-um-pais-de-empresas-familiares-5612344.html>. Acesso em: 01 de abr. 2022.
- ADACHI, Pedro Podboi. *Família S.A.: gestão de empresa familiar e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2006.
- ADLER, Adriana. Mediação e Empresas Familiares. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- AGUIRRE, Caio Eduardo. *Mediação em empresas familiares*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.
- ALMEIDA, Diogo A. PANTOJA, Fernanda M. Natureza da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen juris.
- ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. São Paulo: Ed. GEN, 2020.
- ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash Editora, 2014.
- ARRUDA, C. et al. Empresas Duradouras. *Relatório de Pesquisa RP0701*, Fundação Dom Cabral, Belo Horizonte, a. 7, n. 1, jul. 2007.
- BAETA, Zínia. Gastos de Empresas chega a R\$110. São Paulo. Publicado em: 04 fev. 2014. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/02/04/gasto-de-empresas-com-processos-chega-a-r-110-bi.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2022.
- BIANCHI, A; JONATHAN, E; MEURER, O. Teorias do Conflito. In: ALMEIDA, T; PELAJO, S; JONATHAN, E. *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Ed. Juspodivm. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BONILHA, Alessandra F. Empresas Familiares - Aprendendo a Lidar com Conflitos para Perpetuar. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. *Revista do Advogado*, n. 123, ago. 2014.
- BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Conceitos e Técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. São Paulo: Ed. GEN, 2020.

- BRANDÃO, Clésia Domingos. *Mediação Empresarial: uma análise da aplicabilidade e efetividade do instituto nos conflitos entre empresas*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2019.
- BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 13, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 194º da Independência e 127º da República. 16 mar. 2015.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm). Acesso em: 01 de abr. de 2022.
- BRIGIDA, E.; ARAÚJO, I.; JACOB, W. Diferentes Modelos: Mediação Narrativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- DAVIS, J. A. Entrevista a HSM Management: uma radiografia da relação empresa + família + propriedade. *HSM Management*, [S. l.], v. 41, p. 96-103. nov./dez. 2003.
- DOS SANTOS, Ivanna Pequeno; DOS SANTOS, Jahyra Helena Pequeno. Mediação Empresarial no Brasil: O conflito na empresa familiar. *Conpedi*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/gpjqM8SUy50h01dB.pdf>. Acesso em: 01 de abr. 2022.
- FALCÃO, Horacio. *Gosain, u. Value Negotiation: How to finally get the win-win right*. Singapore: Prentice Hall, 2010.
- FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 42, jul. 2014.
- FOLHA DE LONDRINA. No Brasil, 90% das empresas são familiares. SEBRAE/SC - Artigos para MPE'S. Publicado em: 03 out. 2005. *SEBRAE/SC*. Disponível em: <http://www.sebraesc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>. Acesso em: 01 de abr. 2022.
- GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Cláudio Kaminski. Empresa familiar e a governança corporativa: Breves apontamentos sobre as estruturas de gestão das empresas familiares. *REPATS*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 481-516, jan./jun., 2017. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8217>. Acesso em: 14 mar. 2022.
- GERSICK, K. E.; HAMPTON, D. M. MC C.; LANSBERG; I. *De Geração para Geração: Ciclos de Vida das Empresas Familiares*. São Paulo: Negócio Editor, 1998.
- GHILARDI, Dóris. Família Líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. *Revista Direitos Culturais*, 12. 135. 10.20912/rdc.v12i26.2202. 2017.

- HAIMENIS, E; FERNANDES, F. Alguns aportes da Filosofia e da Negociação para a Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, T; PELAJO, S; JONATHAN, E. *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Ed. Juspodivm. Salvador: Juspodivm, 2016.
- JONATHAN, E; PELAJO, S. Diferentes modelos: Mediação Linear (Harvard) In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- LAIMER, Claudionor Guedes. *RAIMED - Revista de Administração IMED*, 4(1), 2014. p. 123-140. ISSN 2237 7956. Acesso em: 01 de abr. 2022.
- LEBOVICS, Jacob. The Role of Transformative Mediation in Family Business Disputes. *Cardozo J. Conflict Resol.*, v. 20, p. 471-498, 2018.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAIA, A; BIANCHI, A; GARCEZ, J. Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, T; PELAJO, S; JONATHAN, E. *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Ed. Juspodivm. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MAÍRA, Eduardo Goulart Pimenta; ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (Coords.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MANFREDI, D; BURBRIDGE, M. Mediação Corporativa: Desenvolvendo o Diálogo Estratégico. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para Iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- PACHÁ, Andreia Maciel. Quando menos interferência é mais justiça. In: *Curso Família do Século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*, 2012. Rio de Janeiro. *Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.
- PLETI, Ricardo Padovini. Empresas familiares & famílias empresárias: desafiadora transição entre duas realidades sistêmicas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (Coords.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – características e conceitos. In: PRADO, Roberta Nioac. *Direito, gestão e prática – empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GV law. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSSATO NETO, Félix João; CAVEDON, Neusa Rolita. Empresas familiares: desfilingando seus processos sucessórios. *Cad. EBAPE.BR* [online]. 2004, v. 2, n. 3 [cited 2019-04-03], p. 01-16. ISSN 1679-3951. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512004000300007>. Acesso em: 24 mar. 2022.
- RUIZ, Ivan Aparecido. Princípio do acesso à justiça. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Tomo: Processo Civil*. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord. de Tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 324.

Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

SPENGLER, Fabiana. O tempo do processo e o tempo da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. VIII, Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. e-ISSN: 1982-7636. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20823/15101>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

VIZOTTO, Bruno. A. *Mediação em empresas familiares no Brasil e em Portugal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2019.

WERNER, René Alfonso Isaac. Teoria e prática da governança familiar: aspectos tangíveis e intangíveis. In: PRADO, Roberta Nioac. *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZBOROWSKY, Isabel; LEAL, Ricardo; BORTOLON, Patrícia. *Empresas familiares no Índice Bovespa*. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Instituto COPPEAD de Administração, Rio de Janeiro, 2009.



---

# *A FILOSOFIA HABERMASIANA E O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E DO NASCITURO*

---

*Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha*<sup>1</sup>

*Thiago Rodrigues-Pereira*<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por propósito analisar criticamente o atual panorama do ordenamento jurídico brasileiro no tratamento dos embriões *in vitro* e *in vivo*, apresentando os principais argumentos existentes, bem como a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. A seguir, se pretende discorrer sobre o construto habermasiano e nas contribuições que ele pode conferir para dar suporte a um novo discurso jurídico.

**Palavras-chave:** HABERMAS – DIGNIDADE – EMBRIÃO – NASCITURO

**THE PHILOSOPHY OF HABERMAS AND THE LEGAL STATUS OF THE CRYOPRESERVED EMBRYO AND THE UNBIRTH**

**Abstract:** This article aims to critically analyze the current panorama of the Brazilian legal system in the treatment of embryos *in vitro* and *in vivo*, presenting the main existing arguments, as well as the position adopted by the Federal Supreme Court. Next, we intend to discuss Habermas's construct and the contributions it can make to support a new legal discourse.

**Keywords:** HABERMAS - DIGNITY - EMBRYO - UNBIRTH

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Professor de Direito Civil do Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP; Pós-doutor em Gestão do Trabalho para Qualidade do Ambiente Construído pela Universidade Santa Úrsula - USU; Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ; Professor Associado na Universidade Autónoma de Lisboa - UAL; Investigador Integrado ao Centro de Investigação e Desenvolvimento Ratio Legis da Universidade Autónoma de Lisboa.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Questão das mais controversas no meio jurídico envolve a aquisição de personalidade civil para a pessoa natural. O tema, que compreende aspectos morais, bioéticos e legais (reduzindo a discussão à esfera laica e sem considerar argumentos de natureza teológica) transcende os limites do debate acadêmico, possuindo inúmeras consequências práticas e gerando comoção e reações acaloradas que mobilizam a sociedade em geral.

O objetivo desse trabalho é confrontar o entendimento doutrinário-jurisprudencial brasileiro com o pensamento habermasiano, exposto em seu livro *O Futuro da Natureza Humana* (2010), ocasião em que o autor desenvolve sua argumentação ética a respeito do estatuto moral do embrião humano. Para tanto, o trabalho será dividido em duas partes:

Em um primeiro momento, será apresentado um panorama geral do direito brasileiro, com uma análise das principais concepções teóricas acerca do momento aquisitivo da personalidade da pessoa natural. Especial destaque será conferido ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, manifestado quando do enfrentamento da questão pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 e pela Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 54.

Posteriormente, se pretende desenvolver a tese proposta por Habermas, em que o autor questiona a possibilidade de manipulação embrionária, ainda que para fins de DGPI<sup>3</sup>, advertindo para os riscos de uma eugenia liberal e para a própria autocompreensão ética da espécie humana. Na ocasião, o autor extrema as ideias de “dignidade humana” e “dignidade da vida humana”, ao discorrer sobre o estatuto moral do embrião, fornecendo substratos que podem colaborar para o debate jurídico no Brasil, ao permitir uma melhor compreensão ética acerca do tema. Assim, essa será uma pesquisa qualitativa, explicativa e bibliográfico-documental a partir do método fenomenológico, tendo em vista que se procurará apresentar a realidade construída socialmente e entendida da forma que é interpretada para, enfim, apresentar um caminho seguro pela moralidade, tendo em vista que, Habermas, marco teórico do presente estudo, é um neokantiano, especialmente em termos moralidade, mas já inserido dentro do que convencionou denominar de virada linguística<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sigla para diagnóstico geral pré-implantação.

<sup>4</sup> A virada linguística, também conhecida como “giro ontológico-linguístico” foi a superação da chamada

## 1. O MOMENTO DE AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – TEORIAS E CONTROVÉRSIAS

Definir o momento em que um ente se torna pessoa, adquirindo personalidade jurídica tem sido tarefa que divide a comunidade jurídica brasileira. Divergem os juristas quanto à correta interpretação a ser dada ao art. 2º do Código Civil<sup>5</sup>, surgindo assim as teorias natalista, concepcionista, da personalidade condicional e, para alguns<sup>6</sup>, a teoria pré-concepcionista.

Os adeptos da primeira teoria partem de uma interpretação literal do Código Civil, que afirma que a personalidade civil da pessoa natural surge a partir do momento em que ocorra seu nascimento com vida, ainda que venha a expirar poucos instantes após o parto. Parte da premissa de que o *nascituro* (ser concebido, porém ainda não nascido) ainda não pode ser considerado pessoa, cabendo, portanto, falar-se que detenha personalidade. Esta teoria foi dominante durante toda a vigência do Código Civil de 1916 (cujo art. 4º<sup>7</sup> continha redação muito similar ao atual), muito em função das limitações tecnológicas e da segurança jurídica (valor extremamente caro a um Código, como o de 1916, de matiz liberal) que proporcionava, especialmente no tocante a relações patrimoniais nas quais o nascituro poderia envolver-se, mas ainda hoje possui significativo número de adeptos, em sede doutrinária e jurisprudencial.

---

filosofia da consciência, o grande paradigma da subjetividade característica da modernidade. Conforme ensina Streck (2017, p. 86), “o giro ou guinada linguística não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propagada ‘invasão’ da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia.” E assim, continua Streck (2017, p. 86-87), a epistemologia caminhará na direção de perceber que para além da dimensão lógico-analítico, sempre existirá uma dimensão de caráter prático-pragmático, que em Heidegger se consubstanciará em sua ideia de estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender, em Wittgenstein, em sua ideia de estrutura linguística intersubjetiva, onde sempre existirão estruturas prévias que precedem ao próprio conhecimento.

<sup>5</sup> Código Civil Brasileiro de 2002, art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>6</sup> Determinados autores não negam o conteúdo da teoria da pré-concepção, sustentando, contudo, que se trata de mero desdobramento da teoria concepcionista.

<sup>7</sup> Código Civil Brasileiro de 1916, art. 4º: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A única – e relevante - diferença entre os dois dispositivos foi a substituição do termo “homem”, do Código Civil de 1916, por “pessoa”, na redação do atual Código, o que, inicialmente, se entendeu como uma tentativa de eliminar qualquer possível discriminação de gênero, mas hoje é sustentado por defensores dos direitos dos animais – tema estranho a esse trabalho – como conferindo a possibilidade interpretativa de dar à ideia de pessoa uma definição mais elástica, para abranger os animais não-humanos. Para uma leitura mais aprofundada do tema, cf. Lourenço, D. B. (2008). *Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.causa

Ocorre que a segunda parte do dispositivo – (...) “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” – causa espécie em inúmeros outros teóricos, sob o argumento de que só pode titularizar direitos quem detenha personalidade, e essa seria decorrente da condição de pessoa. Assim, toda pessoa natural tem personalidade, possuindo, em função desse fenômeno, patrimônio jurídico próprio. Dessa forma, ao assegurar os “direitos do nascituro”, o legislador teria declarado seu *status* de *persona*<sup>8</sup>.

Note-se que a adoção da teoria da concepção não necessariamente implica afirmar o embrião humano como pessoa, uma vez que, para muitos de seus adeptos, não seria possível “estabelecer-se, desde logo, uma sinonímia perfeita entre nascituro e embrião de laboratório”, uma vez que só se poderia falar em nascituro após o momento da nidação e, tratando-se de fertilização *in vitro*, somente após sua implantação no útero poderia ser atribuída sua condição de pessoa natural (Meirelles, 2003, p. 85-86). Namba (2009, p. 28-32), após apresentar os posicionamentos de diversos juristas, adere ao critério da vida independente, ao afirmar que:

O embrião, no útero ou elaborado em laboratório, ao que parece, não tem personalidade jurídica, tampouco possui direitos da personalidade, pelo fato de não ter uma individualidade própria. Nessa fase, que começa com a formação do sistema neural, a partir do 14º dia da concepção para uns ou 18º para outros, ele tem vida independente e não pode sofrer qualquer intervenção.

As duas teorias – natalista e concepcionista – disputam o protagonismo nos tribunais e nas faculdades de direito, mas, ao lado delas, criou-se uma teoria intermediária, denominada teoria da *personalidade condicional*, ou *condicionalista*, para a qual “a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais” (Tartuce, 2016, p. 120). Juridicamente, *condição* é termo que se refere a um evento futuro, previsto como algo incerto, porém possível. Assim, existiria quanto ao nascituro uma expectativa de nascer com vida. Enquanto tal condição -suspensiva - não se confirmasse, seus direitos seriam tidos como meramente potenciais. Inicialmente objeto de inúmeras

---

<sup>8</sup> Os defensores da teoria natalista rebatem esse argumento, ora evocando que o fato “quase certo do nascimento” justificaria os atos provisórios de proteção (Prudente, 2004, p. 310), ora estabelecendo uma distinção entre “personalidade” (que, tomada enquanto valor, seria atributo exclusivo da pessoa humana) e “subjetividade”, que permitiria a determinado ente ter reconhecida sua condição de “sujeito de direito”, ainda que não dotasse de personalidade (Tepedino, G; Oliva, M. D. 2020, p. 112).

críticas por ser muito próxima à teoria natalista (Tartuce, 2016, p. 120), a teoria da personalidade condicional recebeu, por alguns juristas, uma nova leitura, de modo a entender-se que, no tocante aos direitos de natureza existencial (como os direitos da personalidade, ou aqueles que visem assegurar o nascimento, tais como o de alimentos), a personalidade estaria estabelecida a partir da concepção, limitando-se a incidência da condição suspensiva aos direitos patrimoniais. Gozaria, então, de personalidade jurídica *formal*, desde a concepção, e de personalidade jurídica *material* quando do nascimento com vida (Diniz, 2014, p. 150). Ironicamente, essa releitura rendeu de outros juristas (Farias; Rosenvald, 2018, p. 347) críticas quanto a aproximação à teoria concepcionista. Parece-nos, contudo, que o maior demérito dessa vertente teórica seja o de estabelecer uma pouca justificável cisão entre a personalidade: o nascituro seria pessoa para fins de proteger suas relações jurídicas existenciais, mas não seria para fins de relações jurídicas patrimoniais. Talvez em virtude de suas inconsistências e pudores, a teoria da personalidade condicional não goze de muitos defensores.

Mais recentemente, o avanço das tecnologias reprodutivas, e a possibilidade de realização de fertilização *in vitro*, gerando embriões excedentários que, não sendo implantados no corpo da mulher que irá gestá-los, passam a ser conservados artificialmente em estado latente, fez surgir uma nova teoria, denominada *pré-concepcionista*, que, considerando os embriões *in vivo* (já concebido, natural ou artificialmente, e tendo o processo gestacional em curso) e *in vitro* que, tendo sido produto de uma inseminação artificial, ainda não foi implantado no ventre que irá gera-lo<sup>9</sup>), entende que já este pode ser considerado como pessoa de modo que, antes de iniciado um processo gravídico, já existiria uma pessoa. Note-se que alguns dos juristas que defendem a personalidade jurídica do embrião não estabelecem a distinção acima, absorvendo a teoria *pré-concepcionista* pela concepcionista.

O debate doutrinário envolvendo a condição do embrião encontrou seu ápice quando do enfrentamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF) nº 54 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510. Os limites desse trabalho impedem análise mais pormenorizada dos dois processos. Contudo, dada sua relevância para o

---

<sup>9</sup> Prefere-se, nesse trabalho, evitar o emprego da expressão “ventre materno”, uma vez que o fenômeno da gestação de substituição (*surrogate mother*) pôs em xeque o brocardo *mater semper certa est*, ao permitir a dissociação entre as figuras da gestante (*gestatrix*) e da genitora/mãe (*genitrix*), de modo que a expressão somente será usada quando inserida em citações diretas de outros autores.

tema que se debate e a compreensão do posicionamento da principal Corte do país, se fazem necessárias algumas considerações.

A ADI 3510 teve por objeto de debate a suposta incompatibilidade entre o art. 5º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança (que permite a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisa científica, desde que inviáveis, ou congelados há mais de três anos<sup>10</sup>) e o art. 1º, III, da Constituição Federal (que estabelece a tutela e promoção da dignidade humana como eixo central do ordenamento jurídico brasileiro).

No desenvolvimento da argumentação, sustentou-se que: a) a vida embrionária se inicia com a fecundação e que, a partir desse momento, se estaria diante de um ser humano; b) que a utilização de células-tronco adultas vem apresentando progressos significativos, ou até melhores, do que com as células-tronco embrionárias; c) aponta que, em outros países, há específica proteção aos embriões, proibindo-se a utilização de células-tronco embrionárias. No julgamento da ADI 3510, os Ministros, por maioria, decidiram pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Klevenhusen; Riccobene, 2008, p. 230).

O caso gerou grande envolvimento de inúmeros setores da sociedade, evidenciando o caráter metajurídico do tema, levando à convocação de uma audiência pública pelo STF, na qual foram ouvidos 22 especialistas que se manifestaram sobre o início da vida humana, conceito que, segundo observou o então ministro Carlos Ayres Brito, não encontrava previsão clara no texto constitucional (Klevenhusen, 2007, p. 223-224). Em síntese, os argumentos em favor do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa foram os seguintes:

1) 'as células-tronco adultas não servem para o tratamento de doenças genéticas porque todas as células do corpo de um paciente doente apresentam o mesmo erro genético'; 2) academias de ciências de

---

<sup>10</sup> L. 11.105/2005, Art. 5º: "É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa".

66 países já se declararam a favor de tais pesquisas; 3) 'pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é resultado de um ato de aborto, porque o embrião congelado por si só não é vida, se não for transferido para o útero'; 4) 'o pré-embrião, até o décimo quarto dia, não apresenta as células do sistema nervoso central, o que poderia ser comparado com o parâmetro utilizado para determinar a morte encefálica'; 5) 'DIU e pílula do dia seguinte são permitidos no Brasil, distribuídos pelo SUS e são procedimentos que impedem o desenvolvimento da gravidez dentro do corpo da mãe, mesmo assim não são considerados uma forma de aborto'; 6) 'Se não tivermos nossas células embrionárias, os brasileiros terão que procurar esse tipo fora do país'; 7) a vantagem da utilização de células-tronco embrionárias é a sua plasticidade (capacidade de se transformar em mais de 220 tipos de células diferentes; 8) Não são embriões criados especialmente para pesquisa, mas embriões que serão descartados; 9) 'como a morte do ser humano é condicente com a morte encefálica, então se a morte coincide com o término da atividade do sistema nervoso é lícito supor o início da vida humana com o estabelecimento dos três folhetos embrionários, que segundo a Resolução 33/206 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ocorre 14 dias após a fecundação (Klevenhusen; Riccobene, 2008, p. 230-231).

Pela análise dos argumentos *supra*, depreende-se que alguns deles (argumentos 3, 4, 9 e, de certo modo, 5) negam que o embrião excedente (ou aquele que ainda não alcançou um determinado estágio de desenvolvimento no interior do útero) possam ser considerados como forma de *vida*, ao passo que outros (1, 2, 6 e 7) são pautados por um caráter mais pragmático, havendo ainda argumento de caráter finalístico (8), que entende eticamente aceitável o uso para fins científicos de embriões que tenham sido obtidos para atender a um desejo procriacional - o que permite inferir que não seriam aceitáveis, caso obtidos para esse propósito.

De outro lado, os argumentos contrários ao uso de células-tronco embrionárias sustentaram que:

1) 'O embrião é indivíduo, inclusive na sua primeira fase de desenvolvimento'; 2) 'Somos humanos a partir do momento da fecundação e a dignidade humana está lá, intrínseca'; 3) 'A mudança que passamos ao longo da vida é apenas funcional, e não genética'; 4) 'O começo da vida está no início do processo e não no início do final, ou seja, temos que respeitar o ser humano a partir da fecundação. A sustentação desta afirmativa é biológica e o argumento

é racional';5)' Duas a três horas depois da fecundação, o embrião já se comunica com a mãe. Isto não é vida?'; 6) 'tanto no homem como na mulher, temos experiências com células germinativas (já diferenciadas) que podem ser revertidas para células com características de células embrionárias, pluripotentes, que podem ser utilizadas na medicina regenerativa'; 7) 'O êxito da aplicabilidade das células-tronco adultas nas várias especialidades médicas deve ser valorizado através da cooperação entre o pesquisador e o médico'; 8) 'Após o quinto dia, se este embrião não for transferido para o útero da mãe, ele morre, mas o seu desenvolvimento até este dia é autônomo'; 9) 'é importante que a comunidade científica uma esforços para obter algo que traga desenvolvimento, mas que não agrida a vida humana'; 10) 'Não é compreensível, do ponto de vista ético, mesmo em nome do progresso da ciência, envolver o ser humano em uma pesquisa que precisará destruí-lo'; 11) 'não seria respeitoso com a dignidade humana utilizar classificações didáticas para remanejar o marco inicial da vida de um ser humano e, a partir daí, passar a executar lesões físicas à sua estrutura, com a justificativa de que abaixo do período arbitrado já não haveria vida, quando todas as evidências mostram em contrário'; 12) 'É no mínimo contraditória a situação em que uns embriões são usados para pesquisas enquanto que outros são ofertados às condições para prosseguir no seu desenvolvimento'; 13) 'Parece preferível deixar aos embriões pelo menos a possibilidade de completar o seu desenvolvimento através de seus genitores ou eventualmente por adoção'; 14) 'Lembremos a metafísica dos costumes, de Emmanuel Kant, 'a dignidade é o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma"; 15) 'O embrião humano não é um simples aglomerado de células porque o comportamento dele é completamente diferente do que do de outras células'; 16) 'O cérebro se desenvolve porque o embrião se desenvolve. Não é a mãe que desenvolve o cérebro do feto' (Klevenhusen; Riccobene, 2008, p. 231-232).

Novamente analisando os argumentos expostos, nota-se que alguns deles (3, 5 e 8) apontam o embrião (*in vitro*, ou *in útero*) como vida (e, portanto, merecedora de amparo ético-jurídico), sem, entretanto, afirmar taxativamente que se trate de vida *humana*, enquanto que outros expressamente consideram-no como pessoa humana, já dotada de dignidade (1, 2, 4, 9, 10, 11 e 14), havendo ainda os que questionam o benefício de se utilizar células embrionárias para fins de pesquisa – com o conseqüente perecimento do embrião –, vez que o mesmo resultado poderia ser obtido usando-se células de pessoas adultas, sem produzir

qualquer dano (6 e 7) e, por fim, os que apontam para uma falta de critérios para a seleção de determinados embriões para fins de pesquisa enquanto outros serão destinados ao desenvolvimento de uma gravidez (12 e 13).

Ao decidir, a Corte, por sua maioria, entendeu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança. A decisão, entretanto, deixou claras as divergências entre os ministros. Dentre os argumentos evocados, apenas a título ilustrativo, o min. Eros Grau distinguiu o embrião *in útero* - que já integraria o gênero humano, sendo dotado de dignidade e (de modo questionável), autonomia - daquele que se encontra em situação extracorpórea - ao qual não haveria vida propriamente dita, em virtude da inexistência de um processo gravídico, sendo apenas um "óvulo fecundado congelado".

No contexto do art. 5º da Lei n. 11.105/05, embrião é óvulo fecundado fora de um útero. A partir desses óvulos fecundados - fertilizados *in vitro* é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito legal. Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, embrião não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. Embrião é, aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há, ainda, vida humana. Nos embriões [tomo o vocábulo em sentido corrente] sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é, porque abrigado em um útero.

Em sentido aproximado foi o voto do Ministro César Peluso, que igualmente fez referência à "ausência de movimento" que caracterizaria o embrião pré-implantatório, representando "condição objetiva necessária para a ativação da potência de promover, com autonomia, uma sequência de eventos, que, significam, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana". Note-se que, em que pese ambos os votos adotarem a mesma racionalidade, nenhum deles fornece critério que justifique porque determinados "pré-embriões" serão selecionados para dar início a um processo gravídico, enquanto outros serão destinados a pesquisa<sup>11</sup>.

A Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, equiparou o embrião a substâncias humanas e o Ministro Ayres Britto considerou-os mera produção laboratorial, sendo "um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico

---

<sup>11</sup> Naturalmente, essa crítica em específico se dirige aos embriões viáveis, que se encontrem criopreservados há três anos ou mais, não se dirigindo àqueles comprovadamente inviáveis, para os quais, parece-nos não haver maiores óbices éticos.

a que se refere a Constituição”. Dessa forma, não somente deu ao embrião o tratamento conferido aos bens jurídicos (coisas passíveis de propriedade), como ainda entendeu que a proteção Conferida pela Constituição abrange a pessoa em seu sentido *biográfico*, e não meramente *biológico*<sup>12</sup>.

A Ministra Ellen Gracie, inicialmente, afirmou que o legislador constituinte não se propôs a definir o momento inicial da vida humana, sugerindo para tanto um critério combinado entre a ciência (a quem caberia o papel definidor) e à legislação ordinária (que conferiria obrigatoriedade jurídica da definição científica adotada), critério político/científico, portanto. A seguir, adota um critério utilitarista, para afirmar inexistir ofensa à dignidade no uso científico de embriões destinados ao descarte: “não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte”.

Dentre os ministros que se posicionaram em desfavor da constitucionalidade da lei, o Ministro Menezes Direito sustentou sua inconstitucionalidade parcial, admitindo o uso de células-tronco em pesquisas somente quando tal utilização não acarretasse a destruição do embrião (Neves; Coelho, 2020, p.13). O Ministro advertiu, entretanto, que

O embrião já traz em si toda a carga genética do futuro ser que originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje, pelo que sua destruição é muito mais até que a interrupção de uma vida; é o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie.

O Ministro Lewandowski, ao proferir seu voto, ressaltou -citando Habermas (cujo pensamento será analisado *infra*) e Lukács-, para a necessidade do estabelecimento de limites éticos para a atuação da ciência, sob o risco de coisificação do ser humano:

O fenômeno da “coisificação” das pessoas mencionado por Habermas, já havia sido descrito antes por Georg Lukács, pensador e militante político húngaro, que aprofundou o conceito de “reificação”, segundo o qual as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das

---

<sup>12</sup> A distinção entre os sentidos biológico e biográfico da vida nos é trazida por Rachels (1986, p. 24-25), para quem apenas este último é dotado de valor moral relevante, referindo-se à possibilidade de construção de significados.

mercadorias, num processo denominado de “alienação”, em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se estranha a si mesma. É por isso que incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais, sobretudo nesse estágio de evolução da humanidade, em que a própria vida no planeta se encontra ameaçada, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar à “coisificação” ou “reificação” de que falam Habermas e Lukács, na qual as pessoas, de sujeitos dessas atividades, passam a constituir meros objetos das mesmas.

Em síntese, a Corte dissociou o embrião *in vitro* daquele que se desenvolve em processo gestacional e da pessoa já nascida, estabelecendo que aquele não é nem vida, nem muito menos pessoa humana, entendendo-o como *bem*, *coisa*, não possuindo nem direitos nem uma dignidade própria, sendo qualquer consideração moral devida a seus interesses submissa e secundária aos interesses maiores da pessoa humana, cedendo diante desses:

A potencialidade de algo para ADI 3.510 / DF se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

A ADPF 54, por sua vez, discutiu a possibilidade de interrupção da gestação em caso de gravidez de feto anencéfalo. Como já mencionado, uma vez inserido em corpo feminino, o embrião *in vivo* passa a ser juridicamente denominado nascituro. O julgamento, decidido por oito votos a dois, já com algumas mudanças na composição da Corte, voltou a enfrentar questões relevantes sobre o início da vida.

A Ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada pelo então advogado Luís Roberto Barroso. A tese da requerente era de que a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não é aborto, pleiteando ao Supremo Tribunal Federal que permitisse que gestantes nesta situação tivessem esse direito sem necessitar de autorização judicial ou qualquer permissão do Estado para realizar a terminação. A matéria foi ao plenário em abril de 2012, e foi julgada por maioria procedente (Neves; Coelho, 2020, p. 13).

O Ministro Marco Aurélio Melo, reconhecendo o caráter de vida em potência, sustentou que “o feto anencefalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica”. Mais adiante, o Ministro prosseguiu em seu voto:

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencefalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.

[...] o anencefalo jamais se tornará pessoa. Não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.

Note-se que o voto do Ministro Marco Aurélio aponta para um critério de viabilidade da vida, para justificar sua proteção, viabilidade essa que parece pressupor dois elementos: (i) a inserção em um corpo feminino e (ii) a ausência de uma má-formação que impeça seu desenvolvimento até o nascimento, ou sua viabilidade após esse. Nos parece que somente o item (ii), a rigor, esteja ligado à viabilidade. Obviamente que o processo gestacional se faz necessário para o desenvolvimento do feto, mas isso não torna o embrião congelado, em

que esse processo ainda não se iniciou, inviável propriamente. Há uma diferença sensível entre o embrião que não tem perspectiva de êxito e aquele em que o processo gravídico simplesmente ainda não se iniciou. Outro aspecto do voto proferido pelo Ministro destacado por Bunchaft (2012, p. 171) foi que este “refutou o argumento de que se trata de aborto eugênico, pois não se cuida de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Inexiste direito à vida dos anencéfalos, pois anencefalia e vida são termos antiéticos”.

O argumento mencionado acima, contudo, foi negado pelo Ministro Ayres Britto, que reiterou seu posicionamento manifestado no julgamento da ADI 3510, pelo qual somente considera válido falar-se em vida quando já se tenha iniciado processo gestacional:

A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana

O Ministro César Pelluso, por igual, reiterou seu posicionamento quanto à natureza de “coisa” dos embriões *in vitro*:

Estes embriões são, na verdade, objetos que podem ser manipulados para fins de desenvolvimento do conhecimento científico. Não basta a formação do material genético humano para o tratamento como vida a ser protegida. Se o embrião pode ser considerado biologicamente vivo é outro caso. Para o Direito ele simplesmente não o é.

(..) Se não implantado, o embrião produzido *in vitro* jamais poderá ser pessoa e, portanto, não é alvo da proteção jurídica. Independente da genética humana, só é ser humano vivo para os fins do Direito o organismo que possa vir a desenvolver as capacidades mínimas intrínsecas aos seres humanos.

Em relação à possibilidade do aborto do feto anencefálico, o Ministro, em seu voto (vencido) traçou uma diferenciação entre a declaração de morte cerebral para fins de retirada de órgãos com o propósito de doação (o que objetiva salvar vidas alheias) e a interrupção da gestação do anencéfalo, em que inexistiria justificativa similar a legitimar o aborto, devendo prevalecer a proteção à vida intrauterina (Neves; Coelho, 2020, p. 14).

A análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais realizada nessa seção diagnóstica o tratamento jurídico conferido aos embriões *pré-uterinos* e daqueles que se encontram em um corpo feminino, em uma gravidez em curso. Em que pese o peso jurídico das decisões do Supremo Tribunal Federal, os debates ainda são calorosos e inúmeras questões permanecem em aberto. Dessa forma, se faz necessária a busca por critérios éticos mais sólidos que a sustentem, no que os critérios propostos por Habermas podem ser de inegável utilidade.

## **2. O PENSAMENTO HABERMASIANO E O ESTATUTO MORAL DO EMBRIÃO – DIGNIDADE HUMANA E DIGNIDADE DA VIDA HUMANA**

Na Alemanha, a Lei de Proteção ao Embrião (*Embryonenschutzgesetz*, ESchG) foi aprovada pelo Parlamento em 1º de janeiro de 1991. Seu objetivo foi permitir um equilíbrio entre “a proteção do desenvolvimento da vida humana, concebida extracorporalmente e a otimização das taxas de sucesso nas técnicas de reprodução assistida, com o fim de evitar complicações como gravidezes múltiplas”, proibindo inseminação artificial realizada com propósito diverso de iniciar uma gravidez e regulando “a proteção do embrião gerado fora do útero, como a vida do nascituro antes de sua implantação no útero” (Cordes, 2014, p. 327). Vinte anos após sua edição, a lei viria a ser objeto de reforma, para admitir a licitude do procedimento destinado a obter o DGPI, questão que já havia sido enfrentada em 2010, pelo Tribunal Federal de Justiça daquele país (*Bundesgerichtshof* BGH), ocasião em que se modificou radicalmente a orientação até então existente na jurisprudência germânica (Martins; Schlink, 2014, p. 25-26), entendendo pela admissibilidade do DGPI, desde que limitado a prever possíveis danos genéticos, não constituindo “via de seleção ilimitada de embriões com base em características genéticas para possibilitar, por exemplo, a escolha do sexo desejado”, buscando, desse modo, evitar propósitos eugenéticos.

Ao discorrer sobre as inúmeras possibilidades proporcionadas pelos avanços tecnocientíficos, escrevendo em período anterior à decisão do BGH e à alteração da ESchG, Habermas formulou uma série de indagações que se mostram pertinentes para os propósitos desse trabalho:

É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção? Uma questão semelhante se faz quanto ao aspecto do “consumo” de embriões (inclusive a partir

das próprias células somáticas) para suprir a vaga esperança de um dia poder-se produzir tecidos transplantáveis, sem ter de enfrentar o problema de transpor as barreiras da rejeição a células estranhas. Na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisas na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício. Hoje, ainda notamos a obscenidade de tal práxis reificante e nos perguntamos se gostaríamos de viver numa sociedade que adquire consideração narcísica pelas próprias preferências ao preço da insensibilidade em relação aos fundamentos normativos e naturais da vida (Habermas, 2010, p. 28-29).

Habermas demonstra sua adesão a ideia kantiana de dignidade do ser humano, da ideia que o ser humano é um fim em si mesmo. Sobre essas ideias, Kant (2005, p.69) vai afirmar que

“O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. (...) Portanto o valor de todos os objectos que possamos adquirir pelas nossas acções é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito). Estes não são portanto meros fins subjectivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito da nossa acção, mas sim fins objectivos, quer dizer coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que se não pode pôr nenhum outro no seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto; mas se todo // o valor fosse condicional, e por conseguinte contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão.”

Assim, a partir dos pressupostos morais kantianos, as reflexões propostas demonstram a preocupação ética de Habermas com os riscos potenciais da manipulação genética - ainda que inicialmente limitada a uma eugenia negativa (no sentido de prever e evitar patologias futuras) – desdobrar-se em verdadeira eugenia liberal, condicionando a questão a interesses mercadológicos (Habermas, 2010, p. 27). O argumento, do tipo “ladeira escorregadia”<sup>13</sup>, sustenta que concessões iniciais podem conduzir a desdobramentos de maior gravidade, tornando de difícil distinção a fronteira entre “a prevenção do nascimento de uma criança gravemente doente e o aperfeiçoamento do patrimônio hereditário (Habermas, 2010, p. 30), especialmente tendo em conta o contexto em que um neoliberalismo global triunfante produziu uma “mistura explosiva do darwinismo com o livre-comércio”, levando a um afrouxamento ético, libertando a medicina e a economia dos “grilhões sociomoraes do avanço biotécnico” (Habermas, 2010, p. 30-31). Desse modo, “Correríamos o risco de cair em um tipo de queda-livre moral, em que as pessoas não seriam capazes de distinguir o certo do errado” (Feldhaus, 2005, p. 312). Mais que isso, a questão do esboroamento dos limites entre o natural e o fabricado passam a afetar, em sua visão, a própria autocompreensão ética da espécie, demandando uma “moralização da natureza” (Feldhaus, 2005, p. 312) e permitindo falar-se em um direito a uma “herança genética não manipulada”:

A questão sobre o significado da indisponibilidade dos fundamentos genéticos de nossa existência corporal para a própria conduta de vida e sobre nossa autocompreensão enquanto seres morais compõe a perspectiva a partir da qual observo a discussão atual sobre a necessidade de regulamentação da técnica genética (I). Segundo minha concepção, os argumentos que se tornaram conhecidos com o debate sobre o aborto dão um encaminhamento inadequado à questão. O direito a uma herança genética não-manipulada é um tema diferente daquele sobre a regulamentação da interrupção da gravidez. (II). A manipulação dos genes toca em questões relativas à identidade da espécie, sendo que a autocompreensão do homem enquanto um ser da espécie também compõe o contexto em que se inscrevem nossas representações do direito e da moral (III). A mim interessa especialmente a questão que trata do modo como a neutralização biotécnica da distinção habitual entre “o que cresceu naturalmente” e “o que foi fabricado”, entre o subjetivo e o objetivo,

---

<sup>13</sup> Aqui, optou-se pela expressão “ladeira escorregadia”, tradução do inglês “slippery slope”. Argumentos similares, em alemão, recebem o nome “Dambruchargumente”, o que, em uma tradução livre, significaria “argumentos da ruptura de diques”. Na edição em português utilizada nesse trabalho, preferiu-se por “argumento do efeito bola-de-neve” (Habermas, 2010, p.27), possuindo todas as expressões o mesmo sentido, de uma situação que pode vir a agravar-se com o transcorrer do tempo, na medida em que certas concessões morais possam implicar em outras posteriores, mas abrangentes.

muda a autocompreensão ética da espécie que tínhamos até agora (IV) e afeta a autocompreensão de uma pessoa geneticamente programada (V). Não podemos excluir o fato de que o conhecimento de uma programação eugênica do próprio patrimônio hereditário limita a configuração autônoma da vida do indivíduo e mina as relações fundamentalmente simétricas entre pessoas livres e iguais (VI). O uso de embriões exclusivamente para fins de pesquisa e o diagnóstico genético de pré-implantação desencadeiam fortes reações, pois são percebidos como uma exemplificação dos perigos de uma eugenia liberal que se aproxima de nós (VII) (Habermas, 2010, p. 32-33).

Note-se que o norte das preocupações do autor envolve a manipulação de embriões para fins eugenéticos (com a possibilidade de alterar características físicas ou aptidões de uma futura pessoa), questão tangente aos propósitos desse texto, embora indubitavelmente constitua um forte dilema moral. Para enfrentá-la, contudo, o filósofo entendeu necessário antes compreender a natureza moral e jurídica do embrião, e é este dilema que constitui o foco central desse trabalho.

Concentrando-se nesse aspecto específico, Habermas dissocia os argumentos empregados no problema do uso de embriões para realização de DGPI daqueles que envolvem o aborto, uma vez que na primeira hipótese, “a decisão da escolha do patrimônio genético do próprio filho está em conflito, segundo Habermas, com a consideração do feto como um ‘bem material’ disponível e instrumentalizável” (Feldhaus, 2005, p. 313-314). Entretanto, toma de empréstimo as posições contrapostas do debate referentes à natureza do embrião – de um lado, os que o entendem como um “amontoado de células” e de outro, os que advogam que a fertilização do óvulo produz um exemplar “biologicamente determinável” da espécie, que deve ser considerado como uma “pessoa potencial”, portadora de direitos fundamentais – para afirmar que a indisponibilidade da manipulação/descarte do embrião pode derivar de outra causa, que independa de considerá-lo como um sujeito de direitos (Habermas, 2010, p.44):

“Indisponível” não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso, ser “intangível” no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da “dignidade humana”, conforme o art. 1º da Constituição) (Habermas, 2010, p. 44)<sup>14</sup>.

Desse modo, o filósofo aponta para “a ética discursiva na participação de algo

---

<sup>14</sup> O art. 1º mencionado na passagem é o previsto na Constituição Alemã.

que não usufrui de direitos para, mesmo assim, figurar num logos abrangente que lhe assegura o destino jurídico e uma história de vida” (Heck, 2006, p.46- 47). Ademais, sua evocação da cláusula “bons motivos morais” (*aus guten moralischen Gründen*) passa a ser relevante “uma vez que as premissas do agir comunicativo, do reconhecimento recíproco e da ética do discurso permanecem sem ação na malha argumentativa do cenário bioético e biopolítico dos embriões humanos” (Heck, 2006, p. 47).

Essa constatação tem o mérito de propor uma alternativa que se contrapõe à tentativa, ideologicamente marcada e algo arbitrária em sociedades pluralistas, de se estabelecer um marco absoluto a partir do qual se possa definir o início da existência de uma pessoa. Uma proposição que pudesse ser universalmente aceita em uma sociedade democrática plural precisaria buscar uma justificativa de outra ordem (Habermas, 2010, p. 44-46). Para Pinzani (2005, p. 362), em tal sociedade “pós-metafísica” e “pós-tradicional”, que “já não dispõe de concepções éticas compartilhadas e já não pode apelar para a tradição na tentativa de justificar normas morais específicas”, o solo comum passa a ser o direito. O autor afirma que:

Com efeito, na nossa sociedade complexa e pluralista, o direito constitui a esfera na qual os indivíduos chegam a formular visões compartilhadas deles mesmos como sujeitos agentes – definindo-se justamente titulares de direitos e deveres e estabelecendo assim uma certa identidade comum. Ao mesmo tempo, o direito moderno, fundado não sobre a tradição ou sobre uma determinada visão do mundo, mas sobre o consenso democrático que fundamenta o processo de produção legislativa, se situa naquela dimensão universal típica dos discursos morais. Nos sistemas jurídicos das sociedades pluralistas e pós-tradicionais, a dimensão ética e a dimensão universal da moral acabam coincidindo (Pinzani, 2005, p. 363).

O autor passa, então, a desenvolver sua ideia de dignidade humana (em um sentido moral e jurídico) como um produto relacional. Em sua visão, o que caracterizaria os seres como pertencentes a uma comunidade moral, seria a capacidade de “se impor *mutuamente* obrigações morais e esperar *uns dos outros* um comportamento conforme à norma” (Habermas, 2010, p. 47). Dessa “simetria de relações” dependeria a dignidade humana, na medida em que seu significado estaria ligado às “relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas” (Habermas, 2010, p. 47). A

dignidade não pode ser vista, assim, como um objeto colocado no próximo a partir de uma percepção pessoal de um dado sujeito cognoscente, mas como produto construído dessa relação interpessoal (Silva, 2013, p. 88). E novamente percebe-se a proximidade com a moral kantiana, quando Kant (2005, p. 77) vai afirmar que

“A razão relaciona, pois, cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da // dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.”

Habermas entende o agir moral como uma “resposta construtiva às dependências e carências decorrentes da imperfeição da estrutura orgânica e da fragilidade permanente da existência corporal” (Habermas, 2010, p. 47), de modo que a *subjetividade* e a identidade pessoal se constroem e constituem a partir das relações intersubjetivas e nas redes de reconhecimento que tecem, a partir da tomada de consciência que o indivíduo tem de sua própria vulnerabilidade física e dependência social em relação aos outros (Habermas, 2010, p. 47-48). A individualização e a personificação seriam, assim, dependentes da participação na esfera pública de um mundo partilhado intersubjetivamente (Habermas, 2010, p. 49).

Antes de ser inserida em contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres, goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres e um portador de direitos humanos. Disso não podemos tirar conclusões erradas. Os pais não apenas falam *sobre* a criança que cresce *in útero*, mas, *de certo modo*, também já se comunicam com ela. Não é apenas a visualização dos traços inegavelmente humanos do feto na tela que faz da criança que se move no útero materno um destinatário, no sentido de uma *anticipatory socialization* [socialização por antecipação]. Obviamente, temos para com ela deveres morais e jurídicos. Além disso, a vida pré-pessoal, anterior a um estágio em que se pode atribuir a ela o *papel destinado* a uma segunda pessoa, a quem se pode dirigir a palavra, também conserva um valor integral para a totalidade de uma forma de vida *eticamente* constituída. Nesse aspecto, dá-se a distinção

entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida juridicamente a toda pessoa – uma distinção que, de resto, reflete-se na fenomenologia da nossa maneira sentimentalizada de tratar os mortos (Habermas, 2010, p. 50-51).

Do extrato acima, se depreende a impossibilidade do embrião, inserido ou não no útero, ser considerado como pessoa e sujeito de direitos *humanos*, porque dele ainda não se pode esperar a capacidade de interação racional, necessária a torná-lo um agente moral e um integrante da comunidade sociojurídica. Entretanto, a ele são devidos consideração moral e jurídica. Aqui, Habermas parece considerar a possibilidade (controversa no meio jurídico) de relações jurídicas sem sujeito. O embrião poderia ser assim um ente despersonalizado, dotado de certo patrimônio jurídico, independente de considerações sobre sua qualidade (ou não) de pessoa.

Outro aspecto relevante é que o fundamento para essa consideração moral e para esses direitos do embrião reside em seu valor intrínseco e no reconhecimento de uma dignidade própria.

Afirmar que a vida pré-pessoa detenha valor intrínseco sendo, portanto, boa em si mesma, é assertiva que necessita de maiores considerações. Alguns afirmam que esse reconhecimento decorre de sua potencialidade em vir a tornar-se uma pessoa humana plena. Dessa assertiva, seria possível extrair duas conclusões: (i) esse entendimento retiraria o valor daquele embrião que ainda não se encontrasse *in útero* (uma vez que sem a complementação do corpo da gestante, não poderia desenvolver-se), ou daquele que se demonstrasse inviável e (ii) se é a potencialidade de se tornar vida humana que faz do embrião um ser dotado de valor, então este não é efetivamente intrínseco, mas instrumental.

À primeira conclusão, podem ser dirigidas duas objeções: uma, já mencionada *supra*, pela qual a gravidez não é o que constitui a potencialidade humana do feto, mas o fator que permite o ambiente necessário para seu desenvolvimento. *In vitro* ou *in útero*, a potencialidade é a mesma, apenas se encontrando latente no primeiro caso. Quanto ao embrião inviável por alguma condição genética, seria justamente o respeito a seu valor intrínseco que poderia justificar a descontinuidade da gravidez (no caso, já analisado, do feto anencéfalo), ou a não implantação no corpo da gestante, uma vez que insistir em tal procedimento conduziria a uma vida indigna, presumidamente contrária a seus interesses.

A segunda conclusão - que diz que entender que o valor intrínseco do embrião decorre de sua potencialidade em se tornar uma pessoa plena seria contraditória - parece mais pertinente. Parece-nos que, aqui, a solução é entender que toda forma de vida é, em si, dotada de um valor e uma dignidade próprios.

Em relação à ideia de dignidade, Habermas a elastece para além do construto racional kantiano, estremando a dignidade *humana*, dependente de sua condição de pessoa - para Kant, ser capaz de determinar a lei moral universalmente válida; para Habermas, ser inserido em uma comunidade relacional de reconhecimento recíproco - da dignidade da *vida humana*, de conotação mais ampla. Se não detém a "proteção absoluta da vida", de que as pessoas - portadoras de direitos fundamentais - desfrutam, a "vida pré-pessoal" gozaria de proteção própria, não sendo passível de disposição com base em outros interesses.

Tomando como válidas as premissas habermasianas, é possível repensar o posicionamento adotado pelo direito brasileiro. Como já exposto, as teorias predominantes acerca do tratamento a ser dado ao nascituro se divergem quanto ao fato dele poder, ou não, ser considerado pessoa, o que se dá em virtude do forte caráter antropocêntrico de nosso ordenamento jurídico. Se pessoa é aquele que detém personalidade, e se esta é requisito para titularizar direitos, ou possuir uma dignidade reconhecida, o debate tem sua razão de ser. Contudo, a adotar-se a tese de Habermas, a discussão se esvazia de significado, uma vez que esta dispensa o reconhecimento de um *status personae* para fins de justificar sua proteção moral e jurídica.

Além disso, não se negando que o embrião *in vitro* e o nascituro possuam uma dignidade própria, discussões nesse sentido devem ser reposicionadas para a busca de critérios ponderativos seguros que determinem em quais situações seus interesses poderão preponderar sobre os de pessoas humanas (*e.g.*, o interesse do embrião em não ser manipulado para fins de adquirir certas características físicas deve ser superior ao sentido estético dos pais; o interesse em não ser manipulado para desenvolver determinadas aptidões, restringindo suas possibilidades autônomas), em quais situações os interesses dessas deverão predominar (o interesse da mãe em não conduzir uma gestação nas hipóteses em que a lei permite o aborto) e em quais circunstâncias ambos serão coincidentes (não iniciar a gestação de um embrião propenso ao desenvolvimento de doenças ou não dar continuidade à gestação de um feto anencéfalo).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema envolvendo o início da vida humana e o estatuto jurídico do nascituro e do embrião pré-implantatário é desafiador em sociedades plurais, envolvendo considerações de natureza técnica, política, jurídica e ética, não podendo ser suficientemente enfrentado quando abordado por qualquer dessas perspectivas isoladamente.

O panorama atual do direito brasileiro – brevemente traçado nesse artigo – tende a negar ao embrião *in vitro* o *status* jurídico de pessoa, ou sujeito de direito, havendo grande divergência no que tange ao nascituro que se encontra sendo gerado. O debate ganha em importância prática uma vez que, não sendo pessoa, não poderia ser dotado de direitos próprios, o que reduziria em demasia sua tutela.

Nesse sentido, importante contribuição é apresentada por Habermas, que, considerando o pluralismo característico das sociedades democráticas pós-modernas, a impedir uma definição universalmente aceita do ponto a partir do qual um ser pode considerar-se pessoa, sustenta que, mesmo que o embrião não seja entendido como tal, consiste em uma forma de vida eticamente constituída, possuindo uma dignidade própria (mesmo que não seja considerada dignidade humana), a impedir sua instrumentalização. Essa cisão entre “dignidade humana” e “dignidade da vida humana” pode proporcionar um argumento sólido para não permitir seu descarte, manipulação ou apropriação para fins mercadológicos, ou eugênicos, fornecendo substrato para uma nova (e melhor) compreensão jurídica acerca da matéria.

Assim, o presente estudo alcançou seu objetivo geral ao demonstrar como o pensamento habermasiano se mostra efetivamente essencial na discussão sobre a dignidade do embrião humano e na construção do estatuto do embrião humano. O medo de uma coisificação do ser humano, do ressurgimento de uma eugenia, são preocupações que existem no pensamento de Habermas e que devem sempre estar na mente de todo cientista do Direito.

## REFERÊNCIAS

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em: 12.07.2021.

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false> Acesso em: 11.07.2021.
- Bunchaft, M. E. (2012). *O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin*. In: *Revista Sequência*, n. 65, p. 155-188, dez. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p155> Acesso em: 12.07.2021.
- Cordes, T(2014). *Medicina Reprodutiva na Alemanha – Aspectos da Lei de Proteção ao Embrião*. Trad. Samek, C. F. S. In: Gozzo, D; Ligiera, W. R. *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva.
- Diniz, M. H (2014). *O Estado Atual do Biodireito*. 9ª ed. São Paulo: SARAIVA.
- Feldhaus, C. (2005). O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas: um comentário. In: *Revista Ethic@*, v.4, n.3. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic> Acesso em: 12.07.2021.
- Habermas, J. (2010). *O Futuro da Natureza Humana*. Tradução de Karina Jannini, revisão Eurides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo, SP: Martins Fontes.
- Heck, J. N (2006). Eugenia negativa/positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas. In: *Veritas* (Porto Alegre), 51(1). <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2006.1.1881>.
- Farias, C. C. de; Rosenvald, Nelson (2018). *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 16ª ed. Salvador: PODIUM.
- Klevenhusen, R. B; Riccobene, B (2008). Estatuto Jurídico do Embrião Humano e a Lei de Biossegurança: Aportes Críticos aos Votos Proferidos no Julgamento da ADI 3510. In: Klevenhusen, R. B. (coord) *Direito Público e Evolução Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Klevenhusen, R. B (2007). O estatuto jurídico do embrião humano e a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança. In: *Juris Poiesis*, ano 10, n.10. Rio de Janeiro: Ed. Universidade Estácio de Sá.
- Lourenço, D. B. (2008). *Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- Martins, L; Schlink, B (2014). *Bioética à luz da liberdade científica – estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de Biossegurança e no direito alemão*. São Paulo: ATLAS.
- Meirelles, J. M. L (2003). Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo Código Civil Brasileiro e o texto Constitucional. In: Barboza, H. H; Barreto, V. de P (org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Neves, G.K. M; Coelho, M. M. dos S (2020). *Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal*. In: *Revista Civilística.com*, a.9.n.3. Disponível em: <https://civilistica.com/os-embrioes-criopreservados/> Acesso em: 12.07.2021.
- Rachels, J. (1986). *The End of Life: Euthanasia and Morality (Studies in Bioethics)*. Oxford, UK: Oxford University Press.

- Namba, E. T (2009). *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo, ATLAS.
- Pinzani, A (2005). O natural e o artificial: argumentos morais e políticos contra a eugenia positiva seguindo Habermas e Foucault. In: *Revista Ethic@*, v.4, n.3. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic> Acesso em: 12.07.2021.
- Prudente, M. C (2004). O nascituro e o início da personalidade jurídica no direito pátrio no novo Código Civil. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*, ano 16, n. 19. Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral.
- Silva, D.B(2013). Perspectiva habermasiana de dignidade da pessoa humana. In: *Revista Thesis Juris – São Paulo*, V.2, N.1, pp. 79-98, Jan./junho. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/issue/view/361> Acesso em: 12.07.2021.
- Streck, L. (2017). *Dicionário de Hermenêutica – quarenta temas fundamentais da Teoria Crítica do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Tartuce, F (2016). *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense.
- Tepedino, G. Oliva, M. D (2020). *Fundamentos do Direito Civil, v. 1: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: FORENSE.

---

# *A AUTONOMIA DO INTÉRPRETE À LUZ DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS*

---

*Luiz Felipe Bastos*<sup>1</sup>

**Resumo:** Tendo como ponto de partida um caso verídico de grande repercussão na mídia internacional, o artigo pretende analisar a autonomia do intérprete no exercício da sua atividade, tomando como base a Lei dos Direitos Autorais. Inicialmente, foram estabelecidos todos os parâmetros essenciais para determinar os limites dessa atividade, delimitando o seu alcance e realizando a devida distinção entre a interpretação e a tradução, almejando assim situar a atividade interpretativa enquanto objeto do direito autoral. Posteriormente, foi analisada a estrutura jurídica que compõe os direitos autorais, a fim de verificar a distinção entre obra derivada e titularidade derivada, permitindo assim constatar que a interpretação, enquanto obra derivada, confere ao intérprete um maior grau de autonomia em relação ao objeto da atividade, constituindo a pessoa deste como legítimo autor da obra interpretada. Em decorrência da autonomia ora sustentada, seria impossível imputar ao intérprete qualquer responsabilidade proveniente do exercício da sua atividade, ainda que decorrente do emprego de expressão tecnicamente imperfeita, uma vez que a interpretação realizada consistiria em criação intelectual distinta da obra originária, não guardando, portanto, qualquer correspondência com a mesma.

**Palavras-chave:** Direitos autorais, autonomia e intérprete.

**Abstract:** Taking as a starting point a real case of great repercussion in the international media, the article intends to analyze the autonomy of the interpreter in the exercise of his activity, based on the Copyright Law. Initially, all the essential parameters were established to determine the limits of this activity, delimiting its scope and making the proper distinction between interpretation and translation, thus aiming to situate the interpretive activity as an object of copyright. Subsequently, the legal structure that

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Civil e Práticas Jurídicas pela PUC-RJ, pesquisador com ênfase em Propriedade Intelectual.

composes copyright was analyzed, in order to verify the distinction between derivative work and derivative ownership, thus allowing to verify that interpretation, as a derivative work, gives the interpreter a greater degree of autonomy in relation to the object of the activity, constituting his person as the legitimate author of the interpreted work. As a result of the autonomy hereby sustained, it would be impossible to attribute to the performer any responsibility arising from the exercise of his activity, even if resulting from the use of technically imperfect expression, since the performed interpretation would consist of an intellectual creation distinct from the original work, not keeping, therefore, any correspondence with the same.

**Keywords:** Copyright, autonomy and interpreter.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma entrevista concedida em novembro de 2021, o ex-piloto e tricampeão de Fórmula 1, Nelson Piquet, utilizou o termo “neguinho” para se referir ao também piloto e heptacampeão na mesma categoria do automobilismo, Lewis Hamilton, gerando uma reação indignada por parte da comunidade internacional, ainda que sete meses após a gravação do conteúdo.

Em decorrência da repercussão do caso nas redes sociais, Nelson Piquet veio a público para apresentar uma retratação formal, justificando o uso da expressão “neguinho” por ele com uma conotação diversa daquela utilizada na tradução, além de classificar a expressão como sendo “coloquial”<sup>2</sup>.

A respeito do ocorrido, a Associação Brasileira de Tradutores e Intérpretes – ABRAT, na pessoa da sua Presidente, Sra. Giovanna Lester, emitiu a seguinte nota<sup>3</sup> em 30 de junho de 2022:

A Associação Brasileira de Tradutores e Intérpretes (Abrates) vem a público se manifestar sobre a declaração do ex-piloto de Fórmula 1 Nelson Piquet, segundo o qual sua fala em um vídeo teria sido mal traduzida à imprensa internacional:

O brasileiro pediu “desculpas de todo coração a todos que foram afetados, incluindo Lewis, que é um piloto incrível”. “Mas a tradução

---

<sup>2</sup> <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/termo-usado-e-coloquial-diz-piquet-apos-chamar-hamilton-de-neguinho>.

<sup>3</sup> [https://abrates.com.br/wpcontent/uploads/2022/06/CartaPiquet.pdf?fbclid=IwAR3T1JdMAEXR5WZIWVBII-TWoEqmqo1gV7knrV5Sf2wvD1kesy1\\_38Adis](https://abrates.com.br/wpcontent/uploads/2022/06/CartaPiquet.pdf?fbclid=IwAR3T1JdMAEXR5WZIWVBII-TWoEqmqo1gV7knrV5Sf2wvD1kesy1_38Adis).

que circulam (sic) agora nas redes sociais não está correta”, argumentou novamente.

Cabe ressaltar que o termo proferido pelo piloto em português, por si só, já não é mais considerado adequado, haja vista tantos anos de luta contra o racismo estrutural, e que tal termo fora devidamente traduzido para seu equivalente em inglês, mantendo a mesma carga pejorativa e inadmissível na sociedade atual.

Nós, tradutores, temos o dever de transmitir exatamente a mensagem que nos cabe traduzir, inclusive mantendo o mesmo teor, ainda que equivocado. Não somos responsáveis pelo conteúdo da mensagem no idioma original.

A Abrates tem a responsabilidade de defender sua classe profissional de ataques injustificados que afetam negativamente as conquistas realizadas até aqui.

A narrativa do caso concreto acima foi realizada com o objetivo de evidenciar a importância da atividade do intérprete, enfatizando os riscos a que estão sujeitos os profissionais exercentes dessa profissão e justificando a narrativa em defesa desses como legítimos titulares de direitos conexos.

Ademais, é conveniente ressaltar que Carta Magna, no seu artigo 220, resguarda que o direito à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição. Entretanto, como destaca o autor, é forçoso reconhecer uma “distância entre a liberdade planejada como meta do sistema jurídico e aquela praticada no mundo real, eis a diferença entre os projetos e mitos sociojurídicos<sup>4</sup>.

Dentro desse contexto, o autor ressalta “a existência de uma tensão existente especificamente quanto ao direito à informação de terceiros e a exclusividade legal do titular da obra, e a tensão entre a propriedade e o direito que tem um outro autor (ou qualquer um do povo) de se expressar de maneira compatível com sua própria liberdade<sup>5</sup>.

Nessa perspectiva, não obstante a relevante manifestação da entidade acerca de questão atinente ao racismo estrutural, o presente trabalho pretende abordar questão diversa e igualmente importante, também tratada na mencionada nota,

---

<sup>4</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de expressão, internet e signos distintivos. *Direito Digital: Direito Privado e Internet*. 2ª Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, local 8463.

<sup>5</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 140.

qual seja, a situação jurídica dos intérpretes à luz do ordenamento jurídico, examinando as suas principais peculiaridades a fim de aferir o grau de autonomia do intérprete no exercício da sua atividade, contemplando a possibilidade desses profissionais virem a ser responsabilizados por danos autorais.

Para tanto, é essencial estabelecer a devida distinção entre as atividades de tradução e a de interpretação, uma vez que os efeitos jurídicos provenientes de cada uma delas são completamente distintos, sendo possível adiantar desde já que a principal diferença entre tradução e interpretação é o meio pelo qual o trabalho se exterioriza, ou seja, enquanto o tradutor reproduz texto escrito, o intérprete realiza a tradução oralmente.

A atividade de tradução, em linhas gerais, pode ser definida como o processo de conversão de um idioma escrito em outro<sup>6</sup>, a ser exercido com a observância dos deveres de honestidade, ética, cultura, sensibilidade, amor e respeito às culturas e aos idiomas.

Diferentemente, o trabalho de interpretação consiste na intermediação realizada por um terceiro (o intérprete), entre pessoas que falam idiomas diferentes, com o intuito de viabilizar a comunicação entre elas<sup>7</sup>. Cumpre esclarecer, entretanto, que também o intérprete tem o dever de cumprir o seu mister de forma honesta e ética, estando sujeito à responsabilização decorrente da sua inobservância, mas respondendo apenas pela violação desses deveres verificados no objeto da interpretação, jamais no texto original, conforme restou evidenciado na nota publicada pela ABRATES.

Ainda que conceitualmente distintas as duas atividades, é forçoso reconhecer que ambas, ainda que pouco reconhecidas pelo público em geral, possuem um valor social inestimável, uma vez que, ao transpor o óbice comunicativo representado pela diversidade de idiomas e dialetos existentes, viabilizam o acesso ao conhecimento entre diferentes nações, promovendo o desenvolvimento e reduzindo o déficit informacional entre as civilizações.

Portanto, a devida regulação dessas atividades pelo ordenamento jurídico constitui condição essencial ao seu reconhecimento, o que muitas vezes pode ser feito sem a necessidade de inovações legislativas radicais ou revolucionárias,

---

<sup>6</sup> SIDOU, José Maria Othon. Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas. 11ªed. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.619.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 335.

bastando apenas repensar o enquadramento dessas categorias profissionais à luz dos dispositivos legais já existentes.

No caso específico da tradução, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) sofreu alteração recente e importante para assegurar a atuação desse profissional, que é revestida de subjetivismo, conhecimento técnico e sensibilidade, permitindo sustentar a sua autonomia e independência profissionais ao reconhecer a pessoa do intérprete como legítimo autor de obra derivada.

Nessa perspectiva, o presente trabalho visa justamente delimitar a situação jurídica do intérprete na lei de direitos autorais, examinando assim o seu grau de autonomia frente ao objeto da interpretação. Desta forma, é essencial analisar a Lei de Direitos Autorais a fim de verificar o enquadramento dado à atividade interpretativa, delimitando o status jurídico conferido à pessoa do intérprete.

## 2. A INTERPRETAÇÃO ENQUANTO OBJETO DO DIREITO AUTURAL

Em que pese a ausência de material específico acerca do surgimento histórico da interpretação, *é possível afirmar que essa atividade vem sendo desempenhada de forma recorrente ao longo da evolução da humanidade*, exercendo um papel preponderante no desenvolvimento e integração dos povos. Dentre os vários fatores de fomento à prática interpretativa, é possível citar o comércio e a religião como atividades que costumeiramente recorriam à tradução realizada de forma simultânea, ou seja, em tempo real, como forma de imprimir maior agilidade às suas celebrações<sup>8</sup>.

Em comparação à tradução convencional, a interpretação simultânea, inegavelmente, traz maior dificuldade à sua realização, uma vez que acontece em tempo real, ou seja, sem a possibilidade de acesso a qualquer recurso que auxilie o profissional como, por exemplo, uma biblioteca de dicionários ou o auxílio do computador. Quando possível, o intérprete deve ter acesso prévio ao objeto de sua tradução, bem como outros materiais de apoio, buscando reduzir os riscos decorrentes da tradução.

No tocante à técnica, a interpretação poderá ser simultânea ou consecutiva. Na modalidade simultânea, o intérprete permanece numa cabine com isolamento

---

<sup>8</sup> CALABRIA, Claudio. Interpretação: a tradução em tempo real: Interpretation: live translation. Rónai-Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios, 2006, p. 10.

acústico, usando fones de ouvido para ouvir o discurso e falando através de um microfone para o público que, por sua vez, usa fones para ouvir o discurso traduzido pelo intérprete. *Já na interpretação consecutiva, o intérprete começa a falar depois de terminada a intervenção do orador, reproduzindo a mensagem na língua de destino, como se estivesse ele mesmo discursando, geralmente apoiando-se em anotações*<sup>9</sup>.

Como visto, a interpretação simultânea *é uma atividade extremamente técnica que demanda do profissional responsável pela sua realização um grande esforço a fim de compreender o objeto da tradução em determinada língua e reproduzi-lo em outra, tudo isso em tempo real. Logo, além da assimilação do texto e sua reprodução num novo contexto, ele tem sua capacidade de processamento sobrecarregada pelo esforço a que submete sua memória de curto prazo, que deve reter a informação do texto original até que este seja traduzido.*

A complexidade da interpretação talvez ajude a justificar o fato da Lei de Direitos Autorais atribuir ao objeto da atividade interpretativa o status de obra derivada a ser titularizada pelos seus intérpretes, conferindo a eles o reconhecimento de alguns direitos decorrentes da interpretação. Entretanto, é oportuno ressaltar que a interpretação, enquanto obra derivada, jamais será equiparada à *obra originária no que diz respeito ao reconhecimento de direitos.*

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, a obra derivada *é baseada na essência criadora preexistente sobre a qual é realizada uma nova criação, sendo aquela passível de proteção ainda que essa não seja protegida. Em alusão ao afirmado, o autor exemplifica com a tradução de uma obra que esteja em domínio público, explicando que, em tais casos, existirão dois direitos, um sobre a obra originária e outro sobre a obra derivada*<sup>10</sup>.

O artigo 5º, XIV da Lei 9.610/98<sup>11</sup>, inserido por intermédio da Lei 12.853/13, expressamente reconheceu o intérprete como titular originário do seu trabalho, ostentando assim a condição de autor de obra derivada, que em hipótese alguma deve ser confundida com a titularidade derivada, que diz respeito apenas a aspectos patrimoniais dos direitos de autor. Nesse sentido José Carlos Costa Netto leciona:

---

<sup>9</sup> PAGURA, Reynaldo. A Interpretação de conferências: Interfaces com a Tradução Escrita e Implicações para a Formação de Intérpretes e Tradutores. Delta. [online]. 2003, vol.19, p.218.

<sup>10</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª. Edição. Editora Renovar, 1997, p. 84-85.

<sup>11</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

XIV - titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão.

Em relação à titularidade derivada, não deve ser confundida com outros atributos do autor de obra derivada (adaptações, traduções etc.) ou obras justapostas (uma poesia musicada, por exemplo). Com já visto, uma vez regularmente autorizadas pelos autores das obras preexistentes, e respeitando as exigências que eventualmente lhes sejam feitas por estes, os autores das obras derivadas – *uma vez presentes nestas o requisito da originalidade* – podem assumir verdadeira titularidade originária do direito de autor sobre sua criação intelectual, independentemente dos direitos de autor dos criadores intelectuais das obras preexistentes, que continuam íntegros<sup>12</sup>.

Visando melhor esclarecer a distinção existente entre autoria de obra derivada e titularidade derivada, o mencionado autor arremata:

A titularidade derivada, na verdade, diferencia-se da originária uma vez que – *na maior parte apenas referente aos aspectos patrimoniais dos direitos de autor* – depende da transmissão desses direitos, principalmente por meio de cessão ou sucessão. No primeiro caso somente vai abranger aspectos patrimoniais, e no segundo pode corresponder, também, a alguns dos atributos morais de autor que, por lei, são transferidos aos herdeiros do criador intelectual da obra protegida<sup>13</sup>.

O artigo 5º, VIII da Lei nº 9.610/98 determina que obra derivada é aquela que, “constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária”. Entretanto, conforme ressaltado pelo autor, embora a legislação autoral não exija que para a existência do direito de autor seja ela totalmente original, a necessidade de que a obra derivada constitua uma criação intelectual nova subsiste, uma vez que é decorrente da obra originária<sup>14</sup>.

A distinção entre obra derivada e obra originária é visualizada com mais facilidade em relação a uma produção musical. Nesse contexto, poderíamos citar o arranjo e a variação como hipóteses distintas no que diz respeito à alteração da música.

Nos dizeres do autor, o arranjo musical seria “a tradução da melodia da linguagem de um instrumento para o outro”<sup>15</sup>. Já na visão de outro autor, o

---

<sup>12</sup> COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 180.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 180.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Direito de Autor. 3ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 98.

<sup>15</sup> SANTISTEBAN, Silvio. A Melodia. Conservatório Conselheiro Lafayette (aula ministrada em 1998).

arranjador realiza um ato de submissão<sup>16</sup>. Portanto, podemos concluir que “o arranjo não modifica a essencialidade da obra, pelo contrário, traz para ela uma nova vida”<sup>17</sup>.

No tocante à variação, é possível afirmar que a mesma poderia vir a modificar a essencialidade da obra, sendo forçoso concluir haver maior atividade criativa, uma vez que é possível existir a inserção de novos componentes rítmicos e até melódicos<sup>18</sup>.

Não obstante a sutileza da distinção existente entre o arranjo e a variação, em ambos os casos a doutrina reconhece que os seus titulares são verdadeiros autores e não meros titulares derivados de uma obra<sup>19</sup>.

Já no tocante à interpretação, a sua caracterização enquanto obra derivada foi decorrência direta da Lei 12.853/13, que inseriu o inciso XIV na Lei de Direitos Autorais, conforme já mencionado. Portanto, não é possível haver dúvidas acerca da caracterização da interpretação *enquanto obra derivada, não só em face da previsão expressa nesse sentido no dispositivo mencionado, mas também pela falta de menção a essa atividade no artigo 29 da LDA, que elenca expressamente as hipóteses de utilização dependentes de autorização do autor da obra originária*<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> CHAVES, Antônio. Plágio. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, mar. 1993, p. 122.

<sup>17</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Op. cit. p.97.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>20</sup> Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação

A fim de melhor esclarecer a distinção feita acima, é essencial examinar a composição dos direitos autorais, buscando compreender melhor quais seriam os aspectos que integram a estrutura jurídica dos direitos autorais. Sendo assim, no próximo tópico será examinada a composição estrutural dos direitos autorais.

### 3.A ESTRUTURA JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS

A delimitação da estrutura jurídica dos direitos autorais é matéria ainda não pacificada pela doutrina. Ainda assim, a sua definição torna-se essencial para que seja possível estabelecer a distinção entre titularidade derivada e obra derivada, uma vez que, como já visto, o primeiro caso somente vai abranger aspectos patrimoniais, e o segundo pode corresponder, também, a alguns dos atributos morais de autor que, por lei, são transferidos aos herdeiros do criador intelectual da obra protegida.

O entendimento recente acerca dos aspectos que compõem os direitos autorais incluiu, aos já consagrados direitos morais e patrimoniais da obra, um terceiro componente denominado direito da coletividade. Nele, além da proteção já reconhecida como direitos do autor, foi contemplado também o direito de acesso ao conhecimento a ser reconhecido em favor da coletividade.

No início do século passado, a discussão era conduzida por duas correntes: a dos monistas (anglo-saxônica) e a dos dualistas (franco-romana). Até então, a discussão girava em torno somente do reconhecimento dos direitos morais e patrimoniais da obra, sendo irrelevante o direito coletivo.

A teoria monista assenta-se na natureza única desse direito, sendo este um direito exclusivamente da personalidade, emanação exclusiva do espírito, ou de um direito exclusivamente de propriedade, ainda que intelectual. A obra seria uma extensão da pessoa do autor, cuja personalidade não poderia ser dissociada do produto de sua inteligência.<sup>21</sup>

Já a teoria dualista vislumbrava a natureza dúplice do direito, defendendo a

---

similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

<sup>21</sup> NETTO, José Carlos Costa. Op. cit. p. 47.

existência simultânea de direitos de ordem moral, paralelamente aos de ordem patrimonial, com os quais se relacionam. O direito moral, considerado por alguns autores como uma das emanações dos direitos da personalidade, tem como características gerais ser extrapatrimonial, intransferível, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário, *erga omnes*, entre outras. Já o direito patrimonial é transferível onerosa ou gratuitamente pelo autor ou por seus herdeiros enquanto não cair a obra em domínio público.<sup>22</sup> Neste sentido, complementa o autor José Carlos Costa Netto<sup>23</sup>:

A solução pela teoria dualista, defendida pelo jurista Henry Desbois, não é pacífica, mas tem sido considerada como a mais adequada à conceituação do direito de autor na localização de sua natureza jurídica *sui generis* ou híbrida, como considerou Alain Le Tarnec.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar<sup>24</sup>:

“(...) os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incidível - não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela categoria citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados.(...) São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, de autor com sua obra, de índole especial, própria ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.”

O vínculo pessoal da obra ao seu autor é denominado de direitos morais e foi regulado de forma insuficiente pelos acordos internacionais, deixando muitas incertezas quanto aos aspectos da projeção da personalidade do autor sobre a obra, seus efeitos e consequências.<sup>25</sup> A Convenção Interamericana sobre os direitos do autor estabelece no seu artigo 6º as três prerrogativas pessoais reconhecidas ao autor afirmando:

---

<sup>22</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade – 5º Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 11.

<sup>23</sup> NETTO, José Carlos Costa. Op. cit. p. 49.

<sup>24</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 3º Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 11.

<sup>25</sup> SOUZA. Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 180.

“O autor de qualquer obra protegida, ao dispor do seu direito por venda, cessão ou de qualquer outro modo, conserva a faculdade de reclamar a paternidade da obra e a de opor-se a toda modificação ou utilização da mesma, prejudicial à sua reputação de autor, a não ser que, por seu consentimento anterior, simultâneo ou posterior a tal modificação, haja cedido esta faculdade ou renunciado à mesma, de acordo com as disposições da lei do Estado em que se celebre o contrato.”

A leitura do texto permite verificar o reconhecimento das seguintes prerrogativas: paternidade, modificação e restrição de uso. Portanto, estas são as faculdades constitutivas do direito moral do autor, destinadas a conferir a este a proteção da sua personalidade, refletida em obras de sua autoria.

A proteção legal reflete a importância conferida ao aspecto moral do direito dos autores que, mesmo após a venda ou cessão dos direitos, ainda conservam as faculdades consideradas como protetivas à personalidade do autor. Porém, esta deixará de existir caso o autor realize a cessão ou renuncie ao direito de opor-se às modificações, quando feito anteriormente à mesma.

A Lei de Direitos Autorais<sup>26</sup> (Lei 9610/98) também elencou em seu texto os direitos morais do autor, conferindo a estes as prerrogativas pessoais de serem irrenunciáveis e inalienáveis.<sup>27</sup>

Carlos Alberto Bittar define os direitos morais do autor como sendo “a expressão do espírito criador da pessoa, como emanção da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual estética.”

Na opinião de Pontes de Miranda, “o que se tutela, no direito autoral de

<sup>26</sup> Art. 24 São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar a sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado;

<sup>27</sup> Art. 27 – Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis.

personalidade é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria. (...) essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria é vínculo psíquico, fático, inabulível, portanto indissolúvel, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato jurídico. ”<sup>28</sup>

Desta forma, conclui-se que os direitos morais resultam da projeção da personalidade do autor em sua obra, tendo o seu fundamento na individualidade e personalidade impressa na concepção e sua exteriorização. Estes, porém, “não nascem com a personalidade, mas sim de seu ato criador.”<sup>29</sup>

Um outro aspecto presente nos direitos autorais é o patrimonial, classificado como sendo “aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público.”<sup>30</sup> Estão expressamente previstos no artigo 29 da Lei 9610/98, que vinculam a sua transmissão à necessidade autorização cumulativamente prévia e expressa do autor.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, tomo XVI, p. 143.

<sup>29</sup> CABRAL, Plínio. A Nova lei de Direitos Autorais. 4º Ed. São Paulo: Editora Habra, 2004, p. 44.

<sup>30</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. 49.

<sup>31</sup> Art. 29 – Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral;

II – a edição;

III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV – a tradução para qualquer idioma;

V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinado por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

Os direitos patrimoniais do autor constituem bens imateriais de repercussão econômica suscetíveis a circulação, a serem concedidos ao autor da obra criativa merecedora de proteção, como forma de compensação pela contribuição dada à sociedade. A concessão do privilégio ao autor importa um ônus para toda a sociedade, já que “todo exclusivo representa, em contrapartida, um gravame para o público, que vê dificultada, ou até excluída por força do direito outorgado ao autor, a susceptibilidade natural de utilização da obra.”<sup>32</sup>

Não obstante o ônus social a ser suportado, “o Legislador aceita, todavia, este gravame do comum – mesmo deixando agora de parte os aspectos pessoais – para premiar o autor pela obra realizada e incentivar genericamente a dedicação a atividades criativas.”<sup>33</sup>

Os direitos patrimoniais, portanto, consistem na atribuição de um exclusivo ao autor, em prejuízo do acesso à informação, justificando-se pelo relevante incentivo dado à criação e proporcionado o enriquecimento cultural da sociedade como um todo.

Paralelamente a estes dois aspectos consagrados pela doutrina, a inclusão de um terceiro aspecto torna-se necessária face ao reconhecimento da função social a ser desempenhada por estes direitos na garantia do direito de acesso à informação, cultura e conhecimento. Nas palavras de Guilherme Carboni:

“O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.”<sup>34</sup>

A existência simultânea do benefício social e do ônus a ser suportado permite concluir pela coexistência de interesses individuais e coletivos sobre a obra. A justa medida de cada um deles irá possibilitar a correta delimitação do instituto. Entretanto, a convivência destes interesses não é pacífica, revelando a

---

IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

<sup>32</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. Revista de Direito Autoral – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 12.

<sup>33</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos autorais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 332.

<sup>34</sup> CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Juruá, 2006, p. 96.

existência de tensões entre os interesses coletivos e individuais. Neste sentido, Newton Silveira afirma ser constante a contraposição entre os privilégios e o interesse geral da coletividade, destacando a necessidade de “harmonizá-los” com o progresso técnico e cultural e todos os demais direitos que envolvem o instituto dos direitos autorais.<sup>35</sup>

Nas palavras de Ascensão, a justa composição dos vários interesses “se faz através dos limites ou restrições ao direito de autor. Fala-se impropriamente de exceções, sem motivo: porque tão normal é o conteúdo positivo do direito de autor como o negativo.”<sup>36</sup>

Portanto, diversos casos de não incidência e limitações a estes direitos serão estabelecidos por tratados internacionais e legislações nacionais, a fim de estabelecer a exata extensão conferida a estes direitos e a preciso conteúdo deste instituto.

Uma vez realizada a exata distinção entre direitos morais e patrimoniais do autor, fica fácil verificar a distinção entre obra derivada e titularidade derivada, permitindo assim constatar que a interpretação, enquanto obra derivada, confere ao intérprete um maior grau de autonomia em relação ao objeto da interpretação, constituindo a pessoa deste como legítimo autor da sua interpretação.

Ademais, é forçoso concluir que, a autonomia do intérprete no desempenho da sua atividade vai ao encontro da função social dos direitos autorais ao promover direito de acesso à informação, cultura e conhecimento.

#### **4. OS DANOS AUTORAIS E A SUA REPARAÇÃO**

Inicialmente, é oportuno esclarecer que a utilização da denominação danos autorais se justifica na medida em que há distinções relevantes entre o regime geral e aquele voltado a reparação dos direitos autorais no tocante principalmente aos critérios reparatórios. Entretanto, preliminarmente, serão traçadas as semelhanças entre os dois sistemas indenizatórios.

Naquilo que diz respeito aos pressupostos da responsabilidade civil, quais

---

<sup>35</sup> SILVEIRA, Newton. Garantias Constitucionais aos Bens Imateriais. In Revista de Direito Mercantil, n° 60, 1985.p. 22.

<sup>36</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit. p. 32.

sejam: a ação ou omissão do agente, o seu dolo ou culpa, a relação de causalidade e a violação de direito (caracterização do ato ilícito) para a exigibilidade reparatória, é preciso reconhecer não haver significativas diferenças entre os regimes do plano genérico obrigacional civil e o regime especial do direito do autor<sup>37</sup>.

Entretanto, quanto ao pressuposto dano, é preciso registrar a existência de significativa distinção decorrente da estrutura jurídica que compõem os direitos autorais, ou seja, a utilização de obra intelectual sem a autorização devida acarretará danos de natureza moral e/ou patrimonial ao seu autor ou titular, gerando a conseqüente responsabilidade reparatória ao seu infrator.

A caracterização do dano patrimonial restará configurado quando violados qualquer um dos atributos exclusivos do titular relativos ao seu direito de utilizar, fruir ou dispôr de sua obra, bem como de autorizar a sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte<sup>38</sup>.

Nestes termos, os direitos patrimoniais do autor estariam consubstanciados na faculdade que este teria em autorizar, mediante remuneração e condição que este estabeleça, a utilização de sua obra através de sua comunicação (distribuição ou transmissão) ao público por qualquer meio ou processo como reproduções, adaptações, representações, execuções por radiodifusão ou qualquer outra modalidade de utilização.

Por outro lado, é preciso ressaltar a existência de limitações ao reconhecimento dos direitos patrimoniais do autor que irão mitigar a proteção autoral, ou seja, o exercício do direito exclusivo do autor sobre diversas utilizações da obra intelectual, tenham elas finalidades econômicas ou não. Essas utilizações de obra intelectual poderão resultar na inversão da responsabilidade reparatória nas hipóteses de limitação ao exercício do direito de autor, quando o titular, no âmbito dessas exceções, insistir em reivindicar seu direito exclusivo, com conseqüências danosas ao usuário, ensejando a configuração do abuso do direito autoral (Art. 187 do Código Civil)<sup>39</sup>.

Já por dano moral ou extrapatrimonial do autor temos toda e qualquer lesão a um interesse que visa o resguardo ao direito de paternidade, violações ao direito

---

<sup>37</sup> NETTO, José Carlos Costa. Op. cit., p. 579.

<sup>38</sup> Art. 28 da Lei n. 9.610/98.

<sup>39</sup> CARBONI, Guilherme. Op. cit. p.187.

de integridade, violações ao direito de publicar, a contrafação e o plágio<sup>40</sup>. Os danos extrapatrimoniais, nos dizeres de Oliveira Ascensão, são característicos da violação de cada direito pessoal, sendo, portanto, presumidos e dispensando assim a prova pelo titular do direito violado<sup>41</sup>.

Cumprido ressaltar que nem todos os casos de agressão aos direitos extrapatrimoniais de autor irão gerar somente efetivo e estrito dano extrapatrimonial, eis que poderá concorrer tal dano com o patrimonial<sup>42</sup>.

Ademais, é oportuno destacar o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes que destaca que a indenização tem um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório para confortar a vítima, e um caráter punitivo para impor uma penalidade exemplar ao ofensor<sup>43</sup>.

Por fim, é relevante pontuar que os danos autorais poderão acarretar sanções de natureza cíveis e penais. Portanto, uma vez verificada a infração a uma norma de direito público e a consequente perturbação da ordem social, a violação aos direitos do autor poderá ensejar a imposição de uma sanção penal que, diferentemente da sanção civil, irá dispensar a existência do dano efetivo.

Uma vez estabelecidas as peculiaridades características dos danos autorais, *é forçoso reconhecer* que, em relação à possibilidade de responsabilização da pessoa do intérprete por danos autorais, a sua condição de autor de obra derivada o investe na titularidade, tanto dos direitos morais, quanto dos direitos patrimoniais, sendo impossível sustentar qualquer possibilidade nesse sentido.

## 5. CONCLUSÃO

A inspiração para esse trabalho nasceu de um fato verídico de grande repercussão na mídia nacional e internacional no qual, em uma entrevista concedida em novembro de 2021, o ex-piloto e tricampeão de Fórmula 1, Nelson Piquet, utilizou o termo “neguinho” para se referir ao também piloto e heptacampeão na mesma categoria do automobilismo, Lewis Hamilton, gerando

---

<sup>40</sup> MORAES, Walter. Questões de autor. São Paulo: RT, 1977, p. 27-28.

<sup>41</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit, p. 544.

<sup>42</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Direito de autor. 3ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 171.

<sup>43</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219.

uma reação indignada por parte da comunidade internacional, ainda que sete meses após a gravação do conteúdo.

Em decorrência da repercussão do caso nas redes sociais, Nelson Piquet veio a público para apresentar uma retratação formal, justificando o uso da expressão “nequinho” por ele com uma conotação diversa daquela utilizada na tradução, além de classificar a expressão como sendo “coloquial”.

Diante de todas as circunstâncias envolvidas, uma reflexão se fez presente, qual seja, a possibilidade de responsabilização do intérprete pelo emprego de uma expressão supostamente indevida na tradução da entrevista.

Sem realizar qualquer juízo de valor acerca do fato, o presente trabalho procurou delimitar a situação jurídica do intérprete na lei de direitos autorais, examinando assim o seu grau de autonomia frente ao objeto da interpretação, contemplando a possibilidade desses profissionais virem a ser responsabilizados por eventuais danos autorais.

Os aspectos que compõem os direitos autorais são formados pelos direitos morais e patrimoniais da obra, acrescendo ainda um terceiro componente denominado direito da coletividade.

Os direitos morais resultam da projeção da personalidade do autor em sua obra, tendo o seu fundamento na individualidade e personalidade impressa na concepção e sua exteriorização. Portanto, qualquer lesão a um interesse que visa o resguardo ao direito de paternidade, violações ao direito de integridade, violações ao direito de publicar, a contrafação e plágio será hábil a configurar lesão aos direitos morais do autor.

Os direitos patrimoniais da obra dizem respeito à sua utilização econômica, constituindo um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público. A caracterização do dano patrimonial restará configurado quando violados qualquer um dos atributos exclusivos do titular relativos ao seu direito de utilizar, fruir ou dispôr de sua obra, bem como de autorizar a sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte.

O artigo 5º, VIII da Lei nº 9.610/98 é expresso ao determinar que obra derivada é aquela que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária.

Já o artigo 5º, XIV da Lei 9.610/98, inserido por intermédio da Lei 12.853/13, expressamente reconheceu o intérprete como titular originário do seu trabalho, ostentando assim a condição de autor de obra derivada. Desta forma, ele encontra-se investido na titularidade, tanto dos direitos morais, quanto dos direitos patrimoniais, sendo impossível sustentar qualquer possibilidade violação a danos autorais da obra originária proveniente do exercício da sua atividade.

Em conclusão, sendo o intérprete autor de obra derivada, seria impossível imputar a ele qualquer dano autoral proveniente do exercício da sua atividade, ainda que decorrente do emprego de expressão tecnicamente imperfeita, uma vez que a interpretação realizada consistiria em criação intelectual distinta da obra originária, não guardando, portanto, qualquer correspondência com ela. Logo, ainda que seja verificada a ocorrência de qualquer equívoco na atividade interpretativa, a mesma não teria o condão de violação aos direitos morais e/ou patrimoniais do autor da obra originária, uma vez que esta seria inteiramente distinta da obra derivada.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENSÃO, José Oliveira. **Direitos autoral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias**. Revista de Direito Autoral – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Júris.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Liberdade de expressão, internet e signos distintivos**. Direito Digital: Direito Privado e Internet. 2ª Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade** – 5ª Ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CABRAL, Plínio. **A Nova lei de Direitos Autorais**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Habra, 2004.
- CALABRIA, Claudio. **Interpretação: a tradução em tempo real: Interpretation: live translation**. Rónai–Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios, 2006.

- CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.
- CHAVES, Antônio. **Plágio**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, mar. 1993.
- COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de Autor**. 3ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo. RT. 1991.
- MORAES, Walter, **Questões de autor**. São Paulo: RT, 1977.
- PAGURA, Reynaldo. **A Interpretação de conferências: Interfaces com a Tradução Escrita e Implicações para a Formação de Intérpretes e Tradutores**. Delta. [online]. 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, tomo XVI.
- SANTISTEBAN, Silvio. **A Melodia**. Conservatório Conselheiro Lafayette (aula ministrada em 1998).
- SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 11ªed. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SILVEIRA, Newton. **Garantias Constitucionais aos Bens Imateriais**. In Revista de Direito Mercantil, nº 60, 1985.
- SOUZA. Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.



---

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O JUSPOSITIVISMO

---

*Reis Friede*<sup>1</sup>

**Resumo:** o debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Deste modo, o presente artigo analisa a contribuição conferida por diversos pensadores para o tema em questão.

**Palavras-chave:** Jusnaturalismo. Juspositivismo.

## CONSIDERATIONS ON JUSPOSITIVISM

**Abstract:** the debate involving the Jusnaturalism and the Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers. Although we can affirm that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and the Natural Law have already been surpassed, there are still countless aspects which deserve an academic dedication. Thus, the current article analyzes the contribution conferred by several thinkers about this subject.

**Keywords:** Jusnaturalism. Juspositivism.

## 1. INTRODUÇÃO

De início, interessante registrar que BOBBIO, fazendo alusão às pesquisas empreendidas por KUTTNER, afirma que o primeiro uso da fórmula *Direito*

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: [reisfriede@hotmail.com](mailto:reisfriede@hotmail.com) .

*Positivo (jus positivum)* teria ocorrido pelas mãos de ABELARDO, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que o emprego inaugural de tal expressão teria sido por DAMASO, nos idos do século XII. Para ABELARDO, segundo narra BOBBIO (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus istitutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a *natureza* ou *Deus*.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não-escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser imposto coercitivamente, abarcando a Constituição, as leis, os códigos, os tratados, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, as portarias, etc.

Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito"). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

Exatamente como acontece em relação ao Jusnaturalismo, que experimentou diversas perspectivas teóricas ao longo do tempo, o Positivismo Jurídico, de seu lado, também comporta várias incursões analíticas, reveladoras das mais diversas tendências explicativas, muitas das quais abrangentes de uma pluralidade de teses heterogêneas e até mesmo incompatíveis entre si, conforme será abordado.

## 2. A PLURIVOCIDADE DO TERMO POSITIVISMO

BOBBIO (1995, p. 15), ao definir o termo em destaque, adverte que não se deve confundi-lo com o denominado Positivismo Filosófico, explicando, ainda, que tal designação advém da expressão *Direito Positivo*, empregada em contraposição à noção de Direito Natural.

De sua parte, DINIZ (2000, p. 102) também reconhece a plurivocidade do termo em exame, que tanto pode designar o chamado Positivismo Sociológico (ou Sociologismo Eclético, de AUGUSTO COMTE, bem como as perspectivas teóricas que a ele se assemelham) como o estrito Positivismo Jurídico, o qual, ao “arredar o direito natural, procura reconhecer tão-somente o direito positivo, no sentido de direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando assim o conhecimento científico-jurídico ao estudo das legislações positivas, consideradas como fenômenos espacio-temporais”.

### 3. A TRANSIÇÃO DO JUSNATURALISMO PARA O JUSPOSITIVISMO

O século XVIII é mesmo crucial para o início do declínio das teorias jusnaturalistas, ocasião em que grandes filósofos e juristas começam a desenvolver diversas concepções *juspositivistas* do Direito, cujo aspecto central e comum corresponde exatamente à rejeição das ideias que apregoam a existência de um Direito Natural. Historicamente, conforme assevera BOBBIO (1995, p. 27), a transição do Jusnaturalismo para o Juspositivismo guarda relação com a formação dos Estados Modernos, fenômeno no qual se observou um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. Recorda o autor italiano que, naquela quadra, “a sociedade medieval era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um deles dispendo de um Ordenamento Jurídico, produzido pela própria sociedade.” Igualmente, FERRAZ JR. (2015, p. 49-51), ao advertir que “há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positivação”, explica que o primeiro “designa o ato de positivar”, vale dizer, a ação de “estabelecer um Direito por força de um ato de vontade”, enquanto que a segunda significação traduz um fenômeno que, no século XIX, “será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do Direito”.

Sintetizando o pensamento daquela época, AGUIAR (2004, p. 146) preceitua que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo Absolutismo.” Com efeito, o valor da *segurança jurídica*, em tal conjuntura, adquire relevante dimensão, o que somente poderia ser alcançado pelo primado da lei. É neste contexto, pois, que surge o Positivismo Jurídico, em sua contraposição ao

Jusnaturalismo. No mesmo sentido, BARZOTTO ilustra que o Positivismo Jurídico, enquadrado no paradigma cientificista, possui como promessa teórica a *segurança*:

“No Estado Liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado Absolutista. Neste último, o Estado fornece segurança contra a ação dos outros indivíduos. No Estado Liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra o próprio Estado.” (BARZOTTO, 2007, p. 15)

A expressão Positivismo Jurídico, desta feita, pode ser sucintamente definida como a doutrina que inadmita a existência de qualquer outro Direito senão o Direito Positivo, isto é, aquele estabelecido pelo Estado, opondo-se, portanto, ao Jusnaturalismo. Neste contexto, o Direito passa a ser concebido como decorrência da exclusiva vontade humana, fruto da atuação estatal, revelando-se através da *lei* (concebida como a expressão máxima da soberania popular), fenômeno que, segundo um segmento doutrinário, conduziu ao enfraquecimento teórico do Direito Natural, dado histórico observado, por exemplo, nas denominadas Escolas de Exegese (França) e Histórica do Direito (Alemanha), ambas percebidas, de um modo geral, como precursoras do Positivismo Jurídico, cuja construção teórica contou com as reflexões de verdadeiros expoentes da Filosofia do Direito.

#### 4. A ESCOLA DE EXEGESE E O POSITIVISMO JURÍDICO

A Escola de Exegese (que correspondeu, na Alemanha, à chamada Escola Histórica, e, na Inglaterra, à Escola Analítica) é frequentemente mencionada como uma das mais incipientes correntes positivistas surgidas ao longo da história do Direito. De seu inaugural surgimento na França do século XIX, notadamente à época da promulgação do Código Napoleônico (1804), diploma através do qual se procedeu à unificação do Direito Civil do referido país, o Exegetismo – que reuniu os mais renomados juristas franceses daquela quadra, tais como PROUDHON, BUGNET, DEMOLOMBE, POTHIER e outros – difundiu-se pela Europa Continental. DINIZ, ao analisar as formulações teóricas trazidas à baila pela Escola de Exegese, principalmente sob o prisma do dualismo Direito Natural – Direito Positivo, explica que:

“A ciência do direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola da exegese, a totalidade do

direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido. Todavia, é preciso não olvidar que o exegetismo não negou o direito natural, pois chegou a admitir que os códigos, elaborados de modo racional, eram expressão humana do direito natural, por isso o estudo do direito deveria reduzir-se a mera exegese dos códigos. Visavam os franceses a construção de um sistema normativo estruturado de acordo com as normas da natureza, com o escopo de assegurar os direitos subjetivos fundamentais do homem, que lhe eram inerentes. O estudo do Código Civil seria a concretização desse ideal jusnaturalista. A lei e o direito constituem uma mesma realidade, pois a única fonte do direito é a lei e tudo o que estiver estabelecido na lei é direito.” (DINIZ, 2000, p. 50)

Relativamente ao que interessa no âmbito de uma abordagem jusnaturalista/juspositivista, impende registrar que a Escola de Exegese, em linhas gerais, defendeu uma nova concepção no modo através do qual o Direito deveria ser interpretado pelo jurista, a quem competiria, sob tal perspectiva, tão somente aplicar as normas legais ditadas pela vontade do legislador, enfatizando, pois, o método de ensino jurídico calcado exclusivamente na lei, idealizada como genuína manifestação da vontade geral do povo.

## 5. A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO E O POSITIVISMO JURÍDICO

Conforme destacado acima, sob a perspectiva da Escola de Exegese, o *Código* nada deixava ao arbítrio do intérprete, sendo considerado, pois, uma obra absolutamente perfeita, entendimento que, por ser deveras equivocado, deu margem a rigorosas críticas ao exegetismo legalista.

Leciona NADER (2017, p. 13) que a “Escola Histórica do Direito, de formação germânica, criada no início do século XIX, valorizou e deu grande impulso aos estudos históricos do Direito”, sendo certo que, para esta Escola, “o Direito era um produto da História”.

REALE, ao situar temporalmente a Escola Histórica do Direito, alude às diversas conquistas tecnológicas alcançadas pela humanidade no decorrer do século XIX, quando se “operou a revolução técnica, especialmente através dos grandes inventos no plano da Física e da Química e das aplicações de natureza prática,

notadamente através da utilização da força a vapor e, depois, da eletricidade”, o que fez com que a vida social se alterasse profundamente, provocando, assim, um “compreensível desajuste entre a lei, codificada no início do século XIX, e a vida com novas facetas e novas tendências”. Diante de tal transformação, explica REALE (2002, p. 283-284), as “pretensões de ‘plenitude legal’ da Escola de Exegese pareceram pretensiosas”, tendo em vista que, frequentemente, surgiam problemas sobre os quais os legisladores do Código Civil não haviam cogitado.

“Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos de uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta.

Foi especialmente sobre a inspiração da Escola Histórica de SAVIGNY que surgiu outro caminho, a chamada *interpretação histórica*. Sustentaram vários mestres que a lei é algo que representa uma realidade cultural, – ou, para evitarmos a palavra cultura, que ainda não era empregada nesse sentido –, era uma realidade histórica que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo. Uma lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável.” (REALE, 2002, p. 283-284)

VENOSA (2006, p. 56, 58-59), por sua vez, confere à Escola Histórica do Direito (representada, principalmente, pelos jusfilósofos alemães GUSTAV VON HUGO, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY e GEORG FRIEDRICH PUCHTA) o mérito de ter, pela primeira vez, repellido frontalmente o Direito Natural, aumentando, assim, “o abismo entre a teoria e a prática do Direito, que vinha do início do Jusnaturalismo”, de modo que “aquilo que a razão representara para os adeptos do Direito Natural passou a ser substituído pelos fenômenos históricos”.

Segundo afirma FERRAZ JR. (2015, p. 50-51), a contribuição de GUSTAV VON HUGO (1764-1844), professor da Universidade de Göttingen, para o tema em análise pode ser constatada logo no primeiro volume de seu *Lehrbuch Eines Civilistischen Cursus*, quando o ilustre professor alemão propôs, “segundo um paradigma kantiano, uma divisão tripartida do conhecimento científico do Direito, correspondente a três questões fundamentais”: a) *Dogmática Jurídica* (“o que deve ser reconhecido como de direito?”), b) *Filosofia do Direito* (“é racional que o reconhecido como de direito assim o seja?”) e c) *História do Direito* (“como aquilo que é reconhecido como de direito se tornou tal?”).

GUSTAV VON HUGO, criticando a teoria jusnaturalista baseada na razão, procura desenvolver, metodologicamente, uma nova sistemática da Ciência Jurídica, na qual a *dimensão histórica* da relação jurídica passa a ser um ponto fundamental.

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779-1861), reputado como aquele que efetivamente desenvolveu a aludida Escola Histórica, aprofunda as reflexões de GUSTAV VON HUGO sobre tal método, notadamente a partir dos seguintes aspectos críticos: de início, opõe-se à codificação do Direito, “por considerá-lo como manifestação característica da livre consciência do povo ou do espírito popular, sob a forma do costume, e não como um produto racional do legislador.” Ademais, o Direito, na ótica de SAVIGNY, “surge na história como decorrência dos usos e costumes e da tradição”, o que significa dizer que o “legislador não cria o Direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, latente no espírito popular, que se forma através da história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades.” Diante da *concepção savignista*, o Direito não seria criação arbitrária da vontade estatal, mas, sim, “produto da consciência popular (*Volksgeist*), em determinadas condições de tempo e lugar, da qual o costume é a manifestação autêntica, livre e direta.” Assim, exatamente como se sucede com a língua, que “principia espontaneamente no modo de falar de um povo”, o Direito, na perspectiva de CARL VON SAVIGNY, “também começa como conduta consuetudinária popular”, ou seja, “a partir da convicção espontânea do povo a respeito do que se entende por necessário e justo” (DINIZ, 2000, p. 98).

Nesta conjuntura de profundas mudanças experimentadas pelo mundo de outrora, mormente no que se refere ao fenômeno da *codificação*, a doutrina alude ao paradigmático embate travado entre CARL VON SAVIGNY e ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT (1772-1840), outro jurista alemão da mesma época, professor da Universidade de Heidelberg, famoso por defender, exatamente como ocorrera na França em 1804, a adoção do mesmo modelo codicista no âmbito do Direito Alemão:

“Por um lado, THIBAUT era favorável à codificação para facilitar a integração alemã, nos moldes do que ocorrera na França, por ocasião do surgimento do código napoleônico. Por sua vez, SAVIGNY era contrário ao legalismo produzido com base no modelo codicista francês, propugnando, ao revés, a formação histórica do direito como decorrência da evolução espontânea dos costumes, produto do chamado espírito do povo (*Volksgeist*). Foi assim que SAVIGNY

inaugurou e consolidou a Escola Histórica do Direito, também conhecida como o historicismo jurídico.” (SOARES, 2013, p. 158)

Com efeito, THIBAUT, na obra intitulada *Sobre a Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha (Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814)*, “fundamentando-se nos muitos inconvenientes políticos e comerciais que ocorriam em razão das disparidades existentes entre as leis e os costumes dos Estados alemães” (CASTILHO, 2017, p. 116), e tendo como modelo o Código Napoleônico de 1804, pugnava pela criação de um *codex* comum para todos os Estados germânicos, iniciativa (de natureza nitidamente *iluminista*) que enfrentou forte oposição de SAVIGNY, que rechaçou tal proposta, publicando, em contraposição teórica, um texto denominado *Da Vocaçãõ de Nosso Século para a Legislaçãõ e a Jurisprudência (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814)*, no qual se declara contrário aos propósitos de THIBAUT, enfatizando, em linhas gerais, a primazia dos costumes do povo (e de sua história) enquanto fonte primária do Direito.

SOARES (2013, p. 159), ao empreender uma análise das teses defendidas pelo Historicismo Jurídico, “afirma que seu grande mérito foi situar o Direito corretamente na zona ôntica dos objetos reais e, particularmente, culturais, afastando-se da influência metafísica do positivismo legalista, que colocava o Direito no campo dos objetos ideais”.

## 6. O JUSPOSITIVISMO EM JEREMY BENTHAM

O inglês JEREMY BENTHAM (1748-1832), nos termos de sua Teoria Utilitarista do Direito, argumenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob o prisma dos efeitos produzidos quando de sua incidência concreta. Assim, na ótica de BENTHAM, *justa* é a norma que, uma vez aplicada, produz efeitos *bons*; ao contrário, aquela cuja incidência concreta acarreta consequências *ruins* deve ser reputada como *injusta*.

“JEREMY BENTHAM é considerado como o principal responsável pelo fortalecimento do utilitarismo na sociedade, e sua influência hoje é maior do que nunca. Todos os autores que abordam questões relativas à análise de *custo/benefício* têm para com BENTHAM uma dívida intelectual.” (EDMUNDSON, 2006, p. 72)

Nota-se, pois, que o critério esposado por BENTHAM, para o fim de qualificação dos aludidos resultados, consiste exatamente na noção de *utilidade*. Destarte, *bom*, na ótica do referido pensador inglês, é o que produz *prazer*; *mau*, por sua vez, o que causa *dor*. No plano social, *bom* ou *justo* é o que tende a aumentar a *felicidade* de todos ou, pelo menos, de um grande número de pessoas (DINIZ, 2000, p. 58).

“BENTHAM admite apenas o sentido ‘objetivo’ de direito, identificado pelos juristas medievais. Porém, mesmo neste sentido, o conceito ainda está sujeito a uma construção utilitarista. O que é direito é apenas o que é vantajoso para a sociedade, de onde se segue que nada é imprescritível - quando acaba a vantagem, acaba também o direito. ‘Direito’ e ‘vantajoso para a sociedade’ são termos coextensivos. É só nesta base que BENTHAM admite qualquer discussão sobre ‘direito’ fora do âmbito legal.” (EDMUNDSON, 2006, p. 76)

Explica DIAS (2015, p. 147-166) que, “por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor”, o princípio de utilidade “reconhece que os homens agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses.” No mesmo sentido, ensinam MARCONDES e STRUCHINER (2007, p. 116) que, de acordo com o princípio de utilidade, “o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou o sofrimento”, do que se depreende que “terão mais valor de um ponto de vista ético as ações que beneficiarem o maior número de pessoas possível”.

No que concerne especificamente ao embate entre Jusnaturalismo e Positivismo, cabe mencionar que BENTHAM, em sintonia (no seu aspecto global) com as premissas do Utilitarismo, formulou críticas ao Direito Natural, justamente por entender que as leis são fruto da vontade humana, consistindo, ademais, em meios que possibilitam a consecução de determinados fins (princípio de utilidade). Com efeito, BENTHAM entende que “não há direitos naturais em contraposição ou distinção aos legais, sendo a expressão uma mera figura de linguagem; e que, quando se emprega essa expressão, no momento que se tenta dar-lhe sentido literal, o resultado é o erro – o tipo de erro que leva à perniciosidade, ao extremo da perniciosidade” (EDMUNDSON, 2006, p. 75).

## 7. O JUSPOSITIVISMO EM JOHN AUSTIN

O inglês JOHN AUSTIN (1790-1858), a partir de influências teóricas advindas, principalmente, de JEREMY BENTHAM, mostrou-se preocupado em introduzir

um enfoque analítico no âmbito da Teoria do Direito, tendo publicado, em 1832, aquela que é considerada sua mais relevante obra, fruto das dez primeiras lições que havia proferido na Universidade de Londres: *A Delimitação do Objeto do Direito* (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

Contrapondo-se aos rumos jusnaturalistas de sua época, AUSTIN empreendeu esforços no sentido de estabelecer – organizada, sistemática e analiticamente – os aspectos conceituais do Direito, buscando promover a separação entre este e a Moral, embora admitisse a existência de conteúdos morais no âmbito do sistema jurídico. De fato, o Direito, afirma AUSTIN, existe independentemente de ser *injusto*, isto é, sua validade deve ser aferida sob o aspecto conceitual, e não a partir de fundamentos morais. Uma lei *existente*, menciona AUSTIN, *existe*, ou seja, é *lei*, ainda que a aproveemos ou não.

De acordo com as lições de EDMUNDSON, AUSTIN não admirava a expressão Direito Natural, tendo em vista que, na sua ótica, tal locução ensejava uma “analogia com as leis da natureza – tais como as da Física”, devendo, pois, ser evitada.

“Se o apelo aos direitos ‘naturais’ é apenas um apelo à moralidade, então os direitos naturais não passam de direitos morais. Mas ‘moralidade’ é também um termo ambíguo. No entender de AUSTIN, ele pode se referir tanto ao código moral convencional, ou positivo, da comunidade, como ao código moral ideal proclamado por Deus. Se o apelo for à consciência moral – *ainda em desenvolvimento*, da comunidade, ele deve ser entendido como referente a um ‘direito divino’. Há dois tipos de *direito divino*: o revelado e o não revelado. Os direitos divinos revelados encontram-se no âmbito da lei divina revelada, isto é, em mandamentos ou escritos bíblicos de inspiração divina.” (EDMUNDSON, 2006, p. 87)

AUSTIN é destacado por ter concebido – a partir de inspiração teórica buscada nas reflexões de JEREMY BENTHAM – o Direito como um autêntico conjunto de *comandos/ordens* (amparados na ideia de *coerção*) oriundos do *soberano* no exercício do seu poder ilimitado (Teoria Imperativa do Direito), razão pela qual, na visão austiniana, este não se submete ao próprio Direito por ele estabelecido, podendo utilizá-lo, portanto, como um instrumento de poder.

“AUSTIN assume como tarefa de sua formulação teórica separar o objeto do direito dos elementos que frequentemente são tomados equivocadamente como jurídicos. Para tanto, apresenta a noção de soberano como central, tornando-a, conjuntamente com as de

'comando', 'sanção' e 'hábito de obediência', os elementos do que designa ser a 'chave da teoria do direito'. Com efeito, procede nosso autor diferenciações finas a respeito 'das leis' em geral até alcançar lista que considera ser o foco da análise do estudo do Direito. A partir desse ponto, descreve as características do soberano e a importância dos componentes elementares do Direito. Nesse contexto, a ideia de comando e de sanção mantém relações próximas com a noção de soberano. Porque o comando é a ordem ou desejo editado ou pronunciado pelo soberano, e sanção é a consequência; e esta manifestação do poder do soberano corresponde ao mal que ele pode infligir se o seu desejo é ignorado ou desobedecido, com o que sua teoria afigura-se de extrema simplicidade e clareza: se uma norma **N** pertence a uma ordem jurídica **OJ**, isso significa que ela, a norma **N**, foi ditada pelo soberano." (SGARBI, 2006, p. 28)

Nesse contexto, cumpre ao juiz, ao decidir os mais diversos casos que se lhe apresentam, aplicar exatamente o *comando* advindo do *soberano*. Não obstante, diante da inexistência de um *comando* ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, posto que tacitamente autorizado a fazê-lo pelo mesmo *soberano*. Com efeito, sob o prisma de tal construção teórica de AUSTIN, a autorização tácita para decidir acaba por tornar tais decisões tomadas pelos juízes em autênticos *comandos* do *soberano*.

## 8. O JUSPOSITIVISMO EM HANS KELSEN

MORRISON, ao discorrer a respeito da visão crítica de KELSEN (1881-1973) em relação à teoria anterior, afirma que o professor austríaco "interpreta AUSTIN como um empirista relativamente simples, o que significa que AUSTIN interrompeu sua análise no nível descritivo geral, sem proceder aos atos interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada", asseverando, ademais, o seguinte:

"Em essência, KELSEN acusa AUSTIN de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teoria austiniana pretendeu extrair uma série de proposições 'dever-ser' de proposições 'ser' [...]. As unidades estruturais básicas da teoria de AUSTIN eram observações de fatos sociais, a redução da ideia de regras de obrigações aos comandos de um soberano e aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano

que costumava ser obedecido e não obedecia a ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. KELSEN, porém, perguntou: 'De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém deve obedecer ao direito?'

Para KELSEN, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de 'vontade' de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direitos adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: 'uma norma é uma regra que afirma que o indivíduo deve comportar-se de uma determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém.'" (MORRISON, 2012, p. 391-392)

A principal obra de HANS KELSEN é, sem sombra de dúvida, a conhecida *Teoria Pura do Direito* (1934). Segundo o magistério de MORRISON (2012, p. 411), tal produção teórica "fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectivismo e a indeterminação do objetivo social", sendo claramente identificada por KELSEN "como um projeto de direito antinatural". Na realidade, convém salientar, a *Teoria Pura* "não é apenas o nome de um livro, mas de um projeto", tendo em vista que a pretensão de KELSEN, em última análise, era conduzir o Direito ao *status* de Ciência Jurídica, intento que, de certa forma, acompanhou toda a trajetória acadêmica do formidável pensador austríaco, cujo escopo teórico sempre consistiu em "estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito", vale dizer, "a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país" (SGARBI, 2006, p. 31). Por oportuno, conforme dito pelo próprio KELSEN:

"A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito." (KELSEN, 1987, p. 1)

Assim, segundo explica SGARBI (2006, p. 33), o vocábulo *pura* é “palavra que expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre a ele, KELSEN, viabilizar”, isto é, uma “leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do Direito”, inclusive o pertinente à moral. No mesmo sentido, BUGALLO aduz que:

“KELSEN, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir ‘uma teoria do direito positivo’, do direito positivo ‘em geral, não de uma ordem jurídica especial’. Portanto, ‘teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas’, embora ‘forneça uma teoria da interpretação’. ‘Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto’. Teoria do direito positivo, isto é, do direito ‘que é e como é’, não do direito que deveria ou poderia ser. Destaca o específico da juridicidade, o *dever ser*, em seu aspecto formal, e, portanto, permanente, controlável e aferível. Por outro lado, no referente ao processo de produção, o aspecto formal, via de regra, é o fator determinante da validade, e portanto da juridicidade, na medida em que, em princípio, a validade de uma norma não depende de seu conteúdo. Ao limitar o objeto da teoria ao direito em sua especificidade, enunciado como *modelo de conduta devida*, independentemente de seu conteúdo, configurou a natureza pura da teoria e a razão do princípio da neutralidade na construção do conhecimento jurídico. A norma fundamental posta e especialmente a pressuposta, que não tem conteúdo nem é produzida por ninguém, constitui-se na categoria explicativa e legitimadora do sistema. Portanto, em KELSEN, o direito é fenômeno social, que regula sua própria produção e aplicação, produzido ou sancionado pelo Estado, configurando uma ordem normativa coativa e que dispõe de critérios de aferição da juridicidade (validade), que, por princípio, não depende do conteúdo ou autoridade externa ao próprio direito.” (BUGALLO, 2009, p. 11-12)

Com o advento da *Teoria Pura do Direito*, conforme explica SOARES (2013, p. 162), “o Positivismo Jurídico converte-se em uma variante do normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões valorativa e fática do fenômeno jurídico.” Da mesma forma, a aludida *Teoria Pura*, no dizer de SOARES (2013, p. 162), configura uma nítida “reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico”, tendo como escopo último afirmar “a autonomia e a especificidade metódica da Ciência do Direito”, aspectos que, na ótica de KELSEN, encontravam-se comprometidos “seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça”, seja pelo propósito

“empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia”.

A concepção kelseniana envolve, ademais, a Teoria da Norma Jurídica (na qual a norma jurídica é estudada como sentido objetivo de um ato criador de Direito dotado de validade) e a Teoria do Ordenamento Jurídico, identificado como um *sistema de normas*, disposto hierarquicamente como uma *pirâmide*, no qual a validade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua produção (SOARES, 2013, p. 163). Assim, consoante as formulações teóricas de KELSEN, “dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que *existe* no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente” (SGARBI, 2006, p. 41), do que se infere que, na visão de KELSEN, não cabe à Ciência do Direito responder o que é *justo* ou conforme a *justiça*.

Dissertando sobre a validade da norma sob a perspectiva de KELSEN, BUGALLO registra que “a validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal”.

“Como princípio metodológico, KELSEN trata do direito em sua especificidade, isto é, naquilo que configura a juridicidade e, como bom positivista, naquilo que na juridicidade existe de permanente, porque só o permanente é identificável no tempo e aferível. Ora, o permanente, na norma, não está no fato social, político ou fator axiológico, por se tratar de elementos mutáveis, mas na forma, no dever ser, isto é, enunciado de uma conduta devida, que pode ter qualquer conteúdo e, portanto, conter qualquer valor. Tal fator é a validade, a ser aferida, na dinâmica jurídica, pelo processo de produção e dimensionada pelo aspecto formal: a competência. Desta forma, conclui KELSEN, uma norma é válida, se produzida de acordo com o processo estabelecido por outra norma, razão porque a norma produzida tem seu fundamento de validade na norma que regula seu processo de produção.” (BUGALLO, 2009, p. 21-22)

A respeito da separação entre Direito e Moral, asseveram BITTAR e ALMEIDA que “validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos”, concluindo os autores, então, que “uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta”.

“O Direito possui a nota característica de poder ser moral (Direito justo), e de poder não ser moral (Direito injusto); e, certamente, prefere-se o Direito moral ao imoral, porém não é isso que retira

validade de determinado sistema jurídico. Um Direito positivo pode ser justo ou injusto, ou seja, um Direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido. O Direito não precisa respeitar o mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do Direito, para ser garantido em sua construção, não requer nada além do valor jurídico. Mais uma vez, deve-se afirmar que o que foi posto pelo legislador é norma jurídica, se consignado internamente no ordenamento jurídico dentro dos moldes procedimentais e hierárquicos suficientes para tanto.

Assim, a conclusão acerca da relação entre Direito e Moral não pode ser outra senão a de que: 'A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral'. Assim, é válida a ordem jurídica ainda que contrarie os alicerces morais. Validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos, portanto (uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta)." (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 396)

Como se observa, "a autonomia do Direito, para KELSEN, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico", o que significa afirmar "que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural, seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas". Em tal contexto, a "interpretação se torna um ato de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica"; com efeito, a "interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para KELSEN, transforma-se no ato da criação de uma norma individual" (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 402).

Ainda de acordo com KELSEN (1990, p. 13), o Direito não estaria vinculado a qualquer regime político ideal, posto que, "do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a *democracia* e o *liberalismo* são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a *autocracia* e o *socialismo*", não havendo, pois, "razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos"; afinal, prossegue KELSEN, "o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais".

## 9. O JUSPOSITIVISMO EM ALF ROSS

ALF NIELS CHRISTIAN ROSS (1899-1979), jurista e filósofo dinamarquês, é reconhecido como um dos fundadores do Realismo Jurídico Escandinavo,

corrente do pensamento jusfilosófico que concebe o Direito como um conjunto de fatos ou fenômenos psicofísicos, cujo estudo, portanto, deve seguir os “padrões tradicionais de observação e de verificação que animam toda a moderna ciência empirista” (ROSS, citado por SGARBI, 2006, p. 65), de modo a livrar o pensamento jurídico de uma série de pressupostos não examináveis e não alicerçados na ciência.

ALF ROSS, referido por BUGALLO (2009, p. 11), recusa a filosofia do Direito Natural por se tratar, segundo ROSS, de uma especulação metafísica e desprovida de justificação científica, do que se extrai, por conseguinte, que o “único direito é o Direito Positivo, compreendido como um conjunto coerente de normas vigentes, isto é, efetivas, portanto, observáveis e constatáveis, aferíveis e operacionalizadas através das decisões judiciais com base em diretivas de competência.” Assim, a proposta de ROSS é “desmistificar o Direito e as categorias com que este é tradicionalmente pensado”; para tanto, parte o professor dinamarquês de “uma concepção empirista e antimetafísica do conhecimento”, sendo o “Direito entendido como uma fusão de dois elementos”, a saber: “(1º) a realidade social que se manifesta por meio da aplicação, pelos juízes, do Direito positivado, e (2º) as normas que funcionam como um esquema para entender as ações dos juízes” (STOLZ, 2007, p. 115).

Enfim, ALF ROSS, em quatro capítulos da obra *Sobre o Direito e a Justiça* (1953), aborda e critica as diversas correntes fundamentadoras do Direito Natural, afirmando, em síntese, que tais perspectivas teóricas não se submetem a “critérios de verificação ou falsificação”, razão pela qual conclui que “as asserções metafísicas relativas às doutrinas do Direito Natural colocam-nas acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo” (SGARBI, 2006, p. 99).

## 10. O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

Foi dito anteriormente que JEREMY BENTHAM e JOHN AUSTIN, no que se refere ao assunto ora discorrido, são considerados autores *positivistas imperativistas*, tendo em vista que ambos acolhem uma noção comum, segundo a qual o Direito é fruto da vontade do *soberano*, tese centrada nas ideias de *comando* e *coerção*, concepção esta que, diferentemente, não pode ser atribuída ao inglês

HERBERT LIONEL ADOLPHOUS HART (ou H. L. A. HART, 1907-1992), jurista e filósofo do Direito, autor reconhecidamente importante para uma nova tomada de posição em relação às Filosofia e Teoria do Direito. HART, neste contexto, rejeita a denominada Teoria Imperativista, cuja característica fundamental, conforme consignado, consiste justamente em vincular o Direito às noções de *comando* e *coerção*. Em *O Conceito de Direito*, obra publicada em 1961, HART afirma que o termo *positivismo*, na literatura anglo-americana contemporânea, é empregado para traduzir uma ou mais das seguintes afirmações teóricas:

“1) que as leis são comandos de seres humanos; 2) que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.; 4) que um sistema jurídico é um ‘sistema lógico fechado’, no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5) que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...]. BENTHAM e AUSTIN defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); KELSEN defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos ‘juristas analíticos’, aparentemente sem boas razões.” (HART, 2009, p. 386-387)

HART, pelo que se observa no item 2 da transcrição supra, demonstra que, a seu ver, não há necessariamente um vínculo entre Direito e Moral, o que o situa, segundo um segmento doutrinário, entre os autores *positivistas inclusivistas* (ou *positivistas incorporacionistas*). Significa dizer que HART admite que conceitos e normas próprios do Direito possam incorporar regras pertinentes ao campo da moral, desde que o sistema jurídico o autorize.

Ademais, em *O Conceito de Direito*, HART contesta a aludida *teoria do comando*, delineada por AUSTIN na obra *The Province of Jurisprudence Determined (A Delimitação do Objeto do Direito, 1832)*, cujos contornos fundamentais consagram a ideia de que o Direito caracteriza-se por abarcar um conjunto de *comandos* e *ameaças* estabelecidos por um *soberano*. HART, partindo de uma distinção entre “*ter a obrigação de fazer algo*” e “*ser obrigado a fazer algo*”, e adotando como exemplo a conduta ameaçadora de um assaltante, afirma que, na verdade,

inexiste obrigação quando o único motivo para obedecer é a ameaça, exatamente o que acontece no caso de um *assalto*. Diferentemente da intimidação contida na ação do assaltante, o Direito estabelece normas de agir aptas a orientar o comportamento não apenas daqueles aos quais as orientações normativas são destinadas, mas também aos funcionários públicos encarregados da aplicação de tais diretrizes. Com efeito, HART, de um modo geral, opõe as seguintes objeções ao arquétipo teórico austiniano:

“Os fracassos principais da teoria [de AUSTIN] são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sobre o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidade do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimilados às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno.” (HART, citado por MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 98)

Ademais, HART, ao empreender uma análise crítica a respeito da teoria de AUSTIN, desdobra-a em três segmentos. De início, estabelece uma distinção entre as noções de *comando* e *regra*. Em seguida, procura demonstrar que os sistemas jurídicos são integrados por várias espécies de regras, sendo que algumas delas, como dito anteriormente pelo próprio HART, nem de longe se assemelham aos mencionados *comandos* da teoria austiniana. E, por fim, HART enfrenta as noções de *soberano*, *súdito* e *hábito de obediência*, concluindo que tais categorias são insuficientes para definir como funcionam as regras jurídicas. Desta feita, enquanto BENTHAM e AUSTIN fundamentam os respectivos pensamentos teóricos na noção de *comando* oriundo de um *soberano*, HART, por sua vez,

---

argumenta que o Direito constitui-se em um sistema composto por *regras primárias* e *secundárias*, modelo assim abreviado por STOLZ:

“Para HART, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de *regras primárias* e por três tipos de *regras secundárias*: *regras de reconhecimento*, *regras de alteração/modificação* e *regras de adjudicação*. As *regras primárias* prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as *regras secundárias*, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por *regras primárias*, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As *regras secundárias de alteração* outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as *regras de adjudicação* dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. [...].

A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, HART cria a noção de *rule of recognition* [*regra de reconhecimento*], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de *regras primárias*, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na *regra de reconhecimento*. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validade supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma *regra de reconhecimento* não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma *regra de reconhecimento* existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de

eficácia da *regra de reconhecimento* se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.

A *regra de reconhecimento* não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da *regra de reconhecimento* que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade.” (STOLZ, 2007, p. 101-120)

## 11. RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO

No domínio da temática versada no presente texto, cumpre consignar um aspecto das críticas direcionadas pelo norte-americano RONALD DWORKIN (1931-2013), professor de Teoria Geral do Direito e Jurisprudência das Universidades de Nova York (EUA) e Oxford (Inglaterra), ao modelo de Positivismo Jurídico preconizado por HERBERT HART, censura que, em resumo, assevera que as concepções hartianas não são aptas a definir uma doutrina verdadeiramente eficaz sobre a essência do Direito. Para DWORKIN, em contraste com a percepção de HART, o Direito não pode ser concebido apenas como um conjunto de *regras*, sendo integrado, igualmente, por *princípios*, posto que reduzir o “fenômeno normativo às regras gera prejuízos no que diz respeito à argumentação, debate e balanceamento de razões na prática jurídica” (SGARBI, 2006, p. 153).

Assim, segundo DWORKIN (2002, p. 27-28), é possível sintetizar os pilares sobre os quais se assenta o Positivismo Jurídico: *a)* em primeiro lugar, é preciso reconhecer o Direito como um conjunto de *regras jurídicas* utilizado pela comunidade a fim de estabelecer qual comportamento será punido ou coagido pelo Poder Público, regras que deverão ser cotejadas quanto à sua validade; *b)* ademais, diante da ausência, no âmbito do próprio Direito, de uma *regra* claramente apta a solucionar o caso concreto, deve a autoridade pública (leia-

se, o juiz), exercendo seu discernimento pessoal, buscar, além do Direito, um novo padrão que o oriente na elaboração de uma nova regra jurídica; **c)** por fim, consoante argumentação de DWORKIN, o conceito de obrigação jurídica está diretamente relacionado às regras jurídicas válidas, que exigem uma ação ou omissão dos sujeitos. Notadamente quanto ao exposto na letra *b* (supra), é lícito concluir que o ilustre jusfilósofo norte-americano pretendeu comprovar que o primado da lei não é suficientemente capaz de conceber uma solução aceitável para todos os casos, mormente para os chamados casos difíceis (*hard cases*).

DWORKIN, ao analisar a teoria hartiana, aborda o emblemático caso (*RIGGS versus PALMER*), ocorrido em 1882 nos EUA, no qual, em síntese, debateu-se sobre a possibilidade de um herdeiro (homicida) receber o que lhe fora deixado em testamento pelo testador, na hipótese em que a vida deste é injustamente ceifada por aquele, tudo com o torpe propósito de herdar. No caso em comento, ELMER PALMER figurava como o principal beneficiário da herança a ser deixada por seu avô (e sua vítima), o Senhor RIGGS.

Após muita discussão, a Corte de Apelação do Estado de Nova York decidiu pela exclusão de PALMER do recebimento da herança, sob o argumento de que a ninguém é “permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (DWORKIN, 2002, p. 37). Assim, ante a lacuna legislativa então detectada (inexistência de *regra* que impedisse o recebimento da herança por ELMER PALMER), a Corte de Apelação decidiu o caso em questão (um autêntico *hard case*) não com base em uma *regra*, mas, sim, aplicando o *princípio* segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

DWORKIN (2002, p. 39), na obra *Levando os Direitos a Sério*, assinala que as *regras*, diferentemente dos *princípios*, são aplicadas pelo método do “*tudo-ou-nada*”, ou seja, possuem uma *dimensão de validade*, significando dizer que, presentes os fatos que as mesmas estabelecem, a aplicação da regra será considerada: *a) válida* (e, por conseguinte, a consequência normativa prevista deverá ser igualmente aceita) ou *b) inválida*, em nada contribuindo para a decisão a ser tomada. Os *princípios*, por seu turno, não ostentam a aludida estrutura inerente às *regras*, tendo em vista que não estabelecem as condições cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação.

“DWORKIN assinala que o Positivismo Jurídico tradicional simplifica o direito descrevendo-o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual a sua validade ou invalidade é mensurada. Pontua, assim, que o direito não opera dessa maneira, pois existem referências diferentes das regras, tais como os princípios e as políticas que escapam a essa medida. [...].

Conforme sustenta, ao menos em termos exclusivos nesta fase, o direito é um conjunto de regras e de princípios morais; princípios estes que não são remissíveis a um critério de validade como o da regra de reconhecimento de HART. A isso, agrega uma série de informações.

A primeira delas é que as regras são normas aplicáveis na forma ‘ou tudo ou nada’, pois elas são aplicáveis apenas quando surgem as condições que elas próprias fixam. Já os princípios são normas que não firmam uma consequência jurídica precisa diante de uma circunstância igualmente precisa; eles expressam considerações de justiça, equidade ou outras dimensões da moralidade, ou seja, princípios não estabelecem uma solução unívoca para as controvérsias em que são aplicáveis, de tal modo que diferem das regras em sua operacionalidade lógica. [...].

De mais a mais, os princípios se caracterizam pela ‘dimensão de peso’ ou de ‘importância’, não determinando um resultado em específico, pois eles são ‘razões’ que ‘guiam’ e devem ser considerados quando as decisões jurídicas são tomadas, mesmo que, para tanto, devam ser submetidos a um ‘balanceamento’ frente a outros princípios que concorrem como razões contextuais para o caso.

[...] DWORKIN acrescenta ainda o fato de os princípios serem mais fracos que as regras no sentido de admitirem sempre incontáveis exceções, ao passo que, quando se trata das regras, as exceções que comportam podem ser enumeradas.” (SGARBI, 2006, p. 151-152)

Refletindo a respeito dos denominados *casos difíceis*, afirma DWORKIN que a decisão tomada pela Corte (em *RIGGS versus PALMER*) não se fundamentou em uma regra, mas em um princípio (“ninguém pode se beneficiar de seus próprios delitos”), cuja essência não fixa as condições que tornam sua aplicação necessária; ao invés disto, tal princípio tão somente exprime a *razão* que conduz o argumento em certa direção, motivo pela qual sua concretização requer uma decisão particular. Em casos assim, consoante afirmam BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 487), cumpre ao “juiz proceder a uma escolha”, recorrendo, para tanto, “a critérios de justiça (*justice*) externos à ordem jurídica concreta, abrindo caminho

para decisões polêmicas que parecem convidar o jurista a pensar os limites entre Direito e Política”.

De qualquer forma, esclarecem os referidos autores, a resposta de DWORKIN para tal “perplexidade não reafirma as teses positivistas e muito menos abre campo para um autorizativo indeterminado para que o juiz proceda simplesmente conforme seu arbítrio”. Entende o pensador norte-americano que um “sistema somente pode ser considerado coerente e completo se avaliados os princípios que a ele pertencem”, de modo que o sistema somente funciona porque há princípios que o completam, “o que por si só é argumento bastante para informar ao juiz que o seu papel crítico não está em reproduzir regras do ordenamento, repetir a lógica dos julgados anteriores, nem mesmo criar como se fosse legislador, mas sim *ponderar o peso* dos valores que estão em debate, especialmente diante de situações limite ou de *hard cases*” (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 487).

Desta feita, DWORKIN afirma que o modelo concebido pelo Positivismo de HART, por ser integrado apenas por *regras*, acaba por ensejar um problema, tendo em vista que estas nem sempre são suficientes para proporcionar uma solução para os casos difíceis, motivo pelo qual propõe um arquétipo igualmente constituído por *princípios*.

## 12. LON LUVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

LON LUVOIS FULLER (1902-1978), norte-americano, é conhecido no Brasil pela obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, cuja leitura é quase que obrigatória para os alunos que ingressam no curso de Direito. No que interessa ao tema ora abordado, cumpre registrar que LON FULLER entende que o Direito ostenta uma *moralidade interna*, proposta teórica construída no âmbito de sua principal obra jusfilosófica, cujo título é *A Moralidade do Direito (The Morality of Law, 1964)*, na qual o ilustre pensador “apresenta de forma mais sistemática as suas considerações contra o Positivismo e propõe de maneira mais desenvolvida sua versão peculiar e secular de Direito Natural” (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 109).

“Para FULLER, o direito é um método ético de se criar e assegurar uma forma para as relações sociais. As regras jurídicas são expressivas: cada

regra contém um objetivo voltado para a concretização de algum valor da ordem jurídica, e desse modo 'uma regra é ao mesmo tempo um fato e um critério para avaliação dos fatos' [...]" (MORRISON, 2012, p. 460)

LON FULLER, em *A Moralidade do Direito*, estabelece uma distinção entre o que denomina de *moralidade do dever* e de *moralidade da aspiração*. A *moralidade do dever*, explica o autor, "estipula as regras básicas sem as quais uma sociedade organizada é impossível, ou sem as quais uma sociedade organizada e voltada para certos fins específicos deve errar o alvo"; tal moralidade, prossegue FULLER, "não condena os homens por perderem as oportunidades da mais plena realização de seu potencial", mas, em vez disto, "condena-os por não respeitarem as exigências fundamentais da vida social." A *moralidade da aspiração*, por seu turno, condiz com a "moralidade do bem-viver, da excelência, da mais plena realização das potencialidades humanas" (MORRISON, 2012, p. 462), cabendo ressaltar que, sob um prisma hierárquico, a *moralidade da aspiração* encontra-se num plano superior.

MORRISON (2012, p. 460-461) assevera que FULLER "criou uma forma secular de direito natural, que definia o direito como atividade humana dotada de propósito consciente", tendo acusado o Positivismo Jurídico de várias imperfeições. Segundo MORRISON, na ótica de FULLER, os autores positivistas (tais como BENTHAM, AUSTIN e KELSEN) "recusavam-se a atribuir ao direito qualquer objetivo, por mais modesto e restritivo". Assim, "por estarem exclusivamente preocupados em descrever o direito como este era, acreditavam que nada podiam dizer, em termos científicos, sobre como deveria ser o Direito".

Prosseguindo em suas críticas ao modelo juspositivista, FULLER opõe-se à concepção hartiana, notadamente por entender que o Direito transcende o sistema de regras idealizado por HART, devendo, pois, abrir-se para a ética e a metafísica. Um dos debates travados entre estes dois grandes pensadores é registrado por MARCONDES e STRUCHINER, ora transcrito:

"Outro ponto de discordância entre os autores, agora mais centralmente ligado às relações entre direito e moral, diz respeito a certos casos que surgiram depois da Segunda Guerra Mundial. Terminado o conflito, os tribunais da Alemanha se viram diante da questão de como lidar com os atos de extrema injustiça realizados dentro dos contornos da lei nazista. Um caso específico foi o de uma mulher que denunciou o marido, do qual queria se ver livre, por ter falado mal do regime, algo que era proibido de acordo com a lei e que poderia levar à pena

de morte. O homem foi condenado e obrigado a lutar no *front*, onde acabou sendo morto. Depois da guerra, a mulher foi processada por ter justamente constringido a liberdade do marido. FULLER defendeu a decisão da Corte que estabeleceu que a lei nazista seria nula, e que nunca teria feito parte do direito. HART, por sua vez, que defendia a separação entre direito e moral, dizia que tal solução era um engodo: para ele era claro que a lei nazista era juridicamente válida, apesar de grosseiramente imoral. Ser juridicamente válida não implicava força moral absoluta. Para HART, o juiz deveria encarar o problema enquanto um problema moral, com toda a sua complexidade. Segundo ele, em certos casos juízes devem assumir que estão tomando uma decisão moral contrária ao direito por ser a coisa certa, e não fazer uso de subterfúgios para esconder o fato de que a decisão possui uma pintura moral. FULLER, por sua vez, achava que o sistema de leis de um regime ditatorial como o regime nazista não observava o que ele chamava de 'moralidade interna do direito', o conjunto de critérios mínimos capazes de garantir a juridicidade, ou existência jurídica, de certas leis. Em suma, HART e FULLER concordam com a condenação da mulher que denunciou o marido, mas discordam da justificativa para tal." (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 108)

Assinala VIEIRA (1999, p. 37-46) que um dos objetivos perseguidos por FULLER na obra *The Morality of Law* reside exatamente no "estabelecimento de um conceito de estado de direito que possa ser utilizado como escala para medir a qualidade intrínseca dos sistemas jurídicos", ou seja, o referido pensador estadunidense objetivou "criar uma versão paradigmática de estado de direito como instrumento cognitivo, distinto de parâmetros substantivos de justiça e de noções de direito natural, para servir como padrão de avaliação dos sistemas jurídicos [...]". Na visão de FULLER, prossegue VIEIRA, "a perspectiva positivista que entende a lei como um fato de autoridade, e não como um empreendimento propositivo moral, perde qualquer capacidade normativa para checar o cumprimento do ideal de legalidade pelo sistema jurídico".

"FULLER deriva seu modelo normativo de uma série de condições sociais. Neste sentido, indica quais são os elementos para a construção de um estado de direito.

Para ele, o modesto propósito dos sistemas legais é submeter 'a conduta humana à orientação e controle de regras gerais' [...]. Para alcançar este propósito, os sistemas legais deveriam incorporar uma série de elementos, ou 'excelências', que constituiriam a 'moralidade interna do direito'. A primeira destas excelências é a própria *existência de regras*.

Estas também devem ser *públicas, prospectivas, não contraditórias* entre si, *compreensíveis* e *estáveis* para que as pessoas possam se pautar por elas. A última excelência que compõe a moralidade interna do direito é a *congruência* entre as regras e sua *efetiva administração e aplicação*. São estas, portanto, as oito ‘excelências’ que compõem a essência do estado de direito [...]” (VIEIRA, 1999, p. 37-46)

No mesmo sentido, MORRISON (2012, p. 460-461) elenca as seguintes excelências relacionadas por FULLER: “as leis devem ser suficientemente gerais; publicamente elaboradas; prospectivas; compreensíveis; não contraditórias; razoavelmente constantes; possíveis quanto ao desempenho; administradas por autoridades de acordo com seu conteúdo, e deve haver congruência entre ação oficial e regra declarada”. A respeito de tais elementos apontados por FULLER, e no âmbito de uma perspectiva comparativa com a perspectiva hartiana, afirma STOLZ (2007, p. 101-120) que, diferentemente daquele, “HART não cria um catálogo de elementos considerados essenciais para a existência e funcionamento do Direito”, mencionando somente alguns avaliados como “imprescindíveis, dando-lhes o nome de ‘princípios de legalidade’, a saber: a *generalidade* e a *perdurabilidade* das normas jurídicas (elementos compatíveis com a moral interna do Direito de FULLER)”.

### 13. WILFRID J. WALUCHOW E A DIVISÃO NO POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

WILFRID J. WALUCHOW é um pensador canadense e ex-aluno de HERBERT HART em Oxford. No âmbito da Filosofia do Direito, e mais precisamente no que é pertinente à presente digressão, forjou a conhecida expressão *Positivismo Inclusivo*, em contraste com o denominado *Positivismo Exclusivo*. Na obra *Positivismo Jurídico Inclusivo (Inclusive Legal Positivism, 1994)*, WALUCHOW procura demonstrar como a validade das normas jurídicas pode depender de considerações morais.

Em uma breve sinopse distintiva, a ala *inclusivista* (HEBERT HART, JULES COLEMAN e WILFRID WALUCHOW) admite a possível inserção de valores morais no Direito, em contraposição ao segmento *exclusivista* (JOSEPH RAZ), que não acolhe tal possibilidade. Os adeptos do viés *positivista inclusivista*, segundo assevera DIMOULIS (2006, p. 137 e 139), “consideram que os valores morais não

são sempre decisivos para definir e aplicar o Direito”, embora admitam que, “em certas sociedades, pode haver uma convenção social impondo levar em consideração a moral para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas”, o que demonstra que os defensores de tal concepção “acreditam na possível existência de sistemas jurídicos que adotam ‘critérios de juridicidade de cunho moral’”, razão pela qual é adequado afirmar que tal manifestação positivista, apesar de não refutar “a tese da separação entre Direito e moral”, “considera possível a existência de sistemas jurídicos nos quais os imperativos morais desempenhem um papel crucial na identificação da validade das normas jurídicas e, principalmente, em sua interpretação.” Com efeito, em termos gerais, consoante também assinala DIMOULIS (2006, p. 139), a principal dissensão entre ambos os matizes positivistas reside exatamente na posição ocupada pela moral em um dado sistema jurídico. Enquanto que para a abordagem *exclusivista* “a moral *nunca* constitui condição de definição do Direito”, a perspectiva *inclusivista*, ao contrário, argumenta que a moral, embora não possa ser concebida como uma *conditio sine qua non* da significação do Direito, pode cumprir tal função em determinados sistemas jurídicos.

DIMOULIS (2006, p. 142), ao analisar criticamente as premissas do *Positivismo Jurídico Inclusivo*, assevera ser indiferente afirmar que o operador do Direito deve utilizar critérios morais quando da interpretação do material jurídico, posto que tal afirmação não aponta os preceitos morais a serem utilizados por ocasião da concretização das normas jurídicas abstratas e, especialmente, “não indica se aquilo que será apresentado como moralmente certo pela autoridade competente corresponde a uma exigência moral ou simplesmente decorre de preferências políticas do aplicador”. Desta feita, segundo o referido autor, o problema do *Positivismo Jurídico Inclusivo* reside justamente em acolher propostas teóricas tipicamente pertinentes ao denominado *moralismo jurídico*.

Ainda na esfera crítica, DIMOULIS reconhece que o *Positivismo Jurídico Exclusivo*, ao negar a influência da moral, “tende a admitir a existência de uma grande liberdade de decisão do aplicador, já que, em caso de dúvida interpretativa, de lacuna ou de norma de baixa densidade normativa, ele decidirá exercendo um poder próprio”. Neste sentido, JOSEPH RAZ, demonstrando a sua concepção *positivista exclusivista*, afirma que:

“Se um problema jurídico não pode ser respondido mediante padrões que derivam de fontes legais, então não há resposta jurídica. Nesse

caso, o direito não é posto. Decidindo sobre tais problemas, os tribunais devem necessariamente adentrar em um novo espaço (jurídico) e sua decisão faz evoluir o direito.” (JOSEPH RAZ, citado por DIMOULIS, 2006, p. 140)

Ao discorrer sobre a concepção (relativa ao *Positivismo Jurídico Exclusivo*) de RAZ, DIMOULIS (2006, p. 146) registra que a “tese da exclusão da moral da definição do direito possui uma versão extrema, se for entendida como um mandamento de ignorar a moral no momento de criação do Direito”, consignando, ainda, que o *Positivismo Jurídico* (em sentido estrito) “não tem motivos para afirmar que a moral não deve influenciar o Direito no momento de sua criação, pois tal afirmação normativa sobre o conteúdo do Direito não condiz com a pretensão descritiva”.

Ainda sobre o denominado *Positivismo Jurídico Exclusivo*, DIMOULIS (2006, p. 135) explana que, de acordo com tal vertente, a moral não pode ser utilizada como critério de identificação do Direito Positivo, seja no que se refere à constatação de sua validade, seja no âmbito de sua interpretação, aspecto que permite inferir “uma rigorosa tese da separação entre Direito e moral”. Neste contexto, segundo a explicação de DIMOULIS, a moral nunca interfere conceitualmente na definição do Direito:

“Para o PJE [Positivismo Jurídico Exclusivo], o direito é estabelecido única e exclusivamente por fatos sociais. Para constatar sua existência e conteúdo é suficiente observar as condutas humanas que o criam como convenção social. Mesmo quando o juiz cria uma nova norma para preencher lacunas ou por qualquer outro motivo e decide de acordo com crenças morais, não temos uma influência da moral no direito. Estamos diante de uma decisão humana que constitui um fato social. Essa decisão não cria direito porque é justa, moral ou adequada, mas por que a pessoa ou grupo que formulou essa vontade possui autoridade para tanto.” (DIMOULIS, 2006, p. 135)

Destarte, DIMITRI DIMOULIS adverte que mesmo que uma norma jurídica refira-se expressamente à moral, tal fato não possui o condão de “juridificá-la”, tendo em vista que o “único elemento juridicamente relevante é a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções de seu criador”.

## 14. CONCLUSÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos, tal como fizeram BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS, HART, DWORKIN, FULLER, WALLUCHOV e outros. Muito embora possamos afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática desenvolvida no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos.

## 15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roger. *O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro*; In CLEYSON MELLO, *Novos Direitos: os Paradigmas da Pós-Modernidade*, Niterói, Impetus, 2004.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma Introdução a KELSEN, ROSS e HART*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, compilação de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.
- BUGALLO, Alejandro Alvarez. *Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo, Lex Humana*, nº 2, 2009.
- CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.
- DANTAS, Marcus. *Jurisprudência dos Conceitos*, VICENTE DE PAULO BARRETTO (coord.), In Dicionário de Filosofia do Direito, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. *O Direito e a Ética em BENTHAM e KANT: uma Comparação*, Trans/Form/Ação, Marília, v. 38, nº 1, jan./abr., 2015, p. 147-166.

- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*, Coleção Professor Gilmar Mendes, São Paulo, Método, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- EDMUNDSON, William A. *Uma Introdução aos Direitos*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de JOSÉ LAMEGO, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito - de PLATÃO a FREDERICK SCHAUER*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Textos Básicos de Ética - de PLATÃO a FOUCAULT*, Rio de Janeiro, Zahar, 2007.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos Gregos ao Pós-Modernismo*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2012.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito, Primeiras Lições*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Clássicos de Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- STOLZ, Sheila. *Um Modelo de Positivismo Jurídico: o Pensamento de HERBERT HART*, Revista de Direito da FGV, v. 3, nº 11, jan./jun. 2007.
- STRUCHINER, Noel. *Para Falar de Regras – O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*, Tese de Doutorado, Departamento de Filosofia, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005.
- VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdade e Limites do Governo das Leis*, São Paulo em Perspectiva, 13 (3), 1999, p. 37-46.

---

# *CONSIDERAÇÕES SOBRE A EPISTEMOLOGIA DE THOMAS KUHN E A INSERÇÃO DA TECNOLOGIA NO PODER JUDICIÁRIO COMO APORTE PARA DIZER O DIREITO<sup>1</sup>*

---

*Simone Souza<sup>2</sup>*

**Resumo:** Nos últimos anos, a tecnologia cresceu exponencialmente, o que acarretou, inclusive, sua inserção no mundo do direito. Trouxe consigo uma verdadeira ruptura de padrões e modelos já estabelecidos no mercado. As novas preocupações jurídicas e legislativas apontadas pela tecnologia disruptiva, frente a um cenário de relações pautadas em arquiteturas distantes daquelas que conhecíamos, notadamente pelo uso da inteligência artificial, fez com que surgisse tentativas de regulamentação ainda pouco eficazes. Observa-se, portanto, que a temática em apreço, além de romper com paradigmas, alterando as bases da convivência social e da própria prestação jurisdicional, demanda novos questionamentos, ainda sem respostas do mundo jurídico científico. Contudo, o uso da inteligência artificial e de automações em órgãos públicos, principalmente pelo poder judiciário, tem gerado acirrados debates. Dentre esses, a

---

<sup>1</sup> Este artigo refere-se ao trabalho apresentado como conclusão da disciplina de Epistemologia, oferecida no Programa de Pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios - PPGDIN/UFF ministrada pelo Prof. Dr. Wilson Madeira Filho no semestre de 2021/2.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense –PPGDIN/UFF, Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF, Especialista em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda em Inteligência Artificial e novas tecnologias pelo CEDIN/MG, Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP, Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO. Membro da Associação Nacional de Advogados de Direito Digital - ANADD. Associada do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos - INPPDH. Professora de Processo Civil. [simonesouza@id.uff.br](mailto:simonesouza@id.uff.br)

questão da opacidade algorítmica e da influência na decisão. Objetiva-se trazer algumas reflexões e considerações a respeito da epistemologia de Thomas Kuhn para buscar compreender esse fenômeno que vem mexendo com os paradigmas jurídicos e refletir até que ponto a ciência do direito consegue responder as questões que surgem com essas inovações no direito. Para isso, insere-se na análise da mudança de paradigma em relação ao uso e desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial no universo jurídico. Desse modo, percebe-se a compatibilidade da teoria de Thomas Kuhn com essa ruptura do mundo contemporâneo e com essas novas problemáticas cujas soluções não são encontradas pela ciência jurídica, o que contribui para com as nossas reflexões.

**Palavras-chave:** Direito; Paradigma; Ruptura; Inteligência Artificial.

#### **CONSIDERATIONS ON THE EPISTEMOLOGY OF THOMAS KUHN AND THE INSERTION OF TECHNOLOGY IN POWER JUDICIARY AS A CONTRIBUTION TO DECIDING THE LAW**

**Abstract:** In the latest years, technology has grown exponentially, which has led to its insertion in the world of law. It brought a true rupture of patterns and models already established in the market. The new legal and legislative concerns pointed out by disruptive technology, in the face of a scenario of relationships based on architectures far from those we knew, notably by the use of artificial intelligence, led to attempts at regulation that were still ineffective. It is observed, therefore, that the subject in question, in addition to breaking with paradigms, changing the bases of social coexistence and of the jurisdictional provision itself, demands new questions, still without answers from the scientific legal world. However, the use of artificial intelligence and automation in public agencies, mainly by the judiciary, has generated heated debates. Among these, the issue of algorithmic opacity and influence on the decision. The objective is to bring some reflections and considerations about the epistemology of Thomas Kuhn to seek understanding of this phenomenon that has been messing with legal paradigms and to reflect to what extent the science of law can answer the questions that arise with these innovations in law. For this, it is part of the analysis of the paradigm shift in relation to the use and development of artificial intelligence systems in the legal universe. In this way, the compatibility of Thomas Kuhn's theory with this rupture of the contemporary world and with these new problems whose solutions are not found by legal science is perceived, which contributes to our reflections.

**Keywords:** Law; Paradigm; Break; Artificial intelligence

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos temos acompanhado um crescimento exponencial da tecnologia e sua inserção no mundo do direito, de forma a romper com padrões e modelos já estabelecidos no mercado.

A tecnologia disruptiva aponta para novas preocupações jurídicas e legislativas, pois, se por um lado, ao olhar a realidade nos deparamos com relações jurídicas pautadas em arquiteturas distantes das que conhecíamos, notadamente pelo uso de sistemas de inteligência artificial, por outro lado, a tentativa de regulamentação ainda se mostra pouco eficaz.

O uso de inteligência artificial e de automações em órgãos públicos, principalmente pelo poder judiciário tem gerado debates, dentre os quais, a questão da opacidade algorítmica e da influência na decisão.

Essa inserção da inteligência artificial no direito e no contexto da prestação jurisdicional, pode acarretar enviesamento no resultado sem que seja perceptível em um primeiro momento. Em outras palavras, o aporte tecnológico operado pelos sistemas de IA no poder judiciário poderá reduzir a percepção do julgador em relação ao todo se ele tomar o apoio como premissa para seu julgamento

E mais, em virtude do problema que temos em relação ao acervo existente no poder judiciário, a questão dos precedentes qualificados, conjuntamente com aplicação de inteligência artificial, poderá vir a ceifar o acesso aos órgãos jurisdicionais superiores, sem que tenhamos a compreensão clara dos motivos que redundaram os resultados operados pela máquina, uma vez que não há transparência nem compreensibilidade em relação aos dados objeto da aprendizagem da máquina, tampouco da arquitetura algorítmica aplicada.

No tocante a questão da transparência, um fator que torna mais agravante a questão é o fato de, ao olharmos para a outra área do saber, ciência da computação, a questão da "blackbox" é paradigma normal a nortear o conhecimento específico em tela, o que demonstra que problemas ora levantados trazem questões a demandarem por respostas em ambas as áreas que se entrelaçam.

O presente ensaio tem por objetivo tecer algumas considerações a respeito de como a epistemologia de Thomas Kuhn pode permitir compreender esse fenômeno que vem mexendo com os paradigmas jurídicos e refletir, até que ponto a ciência do direito consegue responder às questões que surgem com a inovação e a inserção tecnológica.

## QUEM FOI THOMAS KUHN

Thomas Samuel Kuhn, nasceu em 18 de julho de 1922, em Cincinnati, Ohio, EUA e faleceu em 17 de junho de 1996, em Cambridge, Massachusetts. Físico e filósofo estadunidense, seus principais trabalhos foram voltados para a Filosofia da Ciência. Sua carreira acadêmica começou em 1940, na Universidade de Harvard, onde estudou Física. Em 1943 ele terminou a graduação, em 1946 obteve seu mestrado e, por fim, em 1949, seu doutorado. Todos os estudos na área da Física, na mesma instituição.

Após terminar seu doutorado, Kuhn começou a lecionar em Harvard. Uma das disciplinas que ensinava era de Ciências para os alunos dos cursos de Ciências Humanas. A partir desse momento, todo seu estudo mudou. Kuhn precisou estudar os casos mais conhecidos acerca da História da Ciência para lecionar a disciplina e esse contato acabou moldando o que viria ser sua teoria sobre os Paradigmas Científicos.

Em 1956, Kuhn ministrou aulas de história da ciência na Universidade da Califórnia, em Berkeley. Enfim, tornou-se professor efetivo em 1961 dessa Universidade. Em 1964, assumiu a cadeira de Filosofia e História das Ciências, na Universidade de Princeton. Por fim, em 1971 Kuhn ministrou no Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), até o final de sua carreira

Embora sua carreira tenha iniciado como físico, posteriormente, em virtude de seu ingresso na cadeira de história da ciência em Harvard, e longas investigações, concluiu que a concepção de ciência tradicional não se ajustava ao modo pelo qual a ciência real nasce e se desenvolve ao longo do tempo, o que o conduziu à filosofia da ciência.

Dentre os trabalhos realizados por Kuhn, destacamos a obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, publicada no ano 1962, na qual o autor avança sobre o conhecimento científico e o conhecimento em geral.

Crítico das teorias indutivista e falsificacionista<sup>3</sup>, Thomas Kuhn defende que

---

<sup>3</sup> O referido critério de adequação relativa potencial (*relative potential satisfactoriness*), que formulei há algum tempo e que, incidentalmente, nos permite graduar as teorias, é extremamente simples e intuitivo. Caracteriza como preferível a teoria que nos diz mais – isto é, a teoria que contém mais informação empírica, ou *conteúdo*; que é logicamente mais forte; que tem maior capacidade explicatória e poder de previsão; e que, portanto, pode ser *testada mais rigorosamente*, pela comparação dos fatos previstos com observações. Em resumo, preferimos as teorias interessantes, ousadas e altamente informativas às que são triviais. Todas essas propriedades desejadas numa teoria vêm a dar numa só coisa: um teor maior de *conteúdo* empírico, uma maior *testabilidade*. (POPPER, 2008, p. 243).

as ciências são paradigmáticas, ou seja, progridem por revoluções científicas a partir da mudança de paradigmas. Segundo o filósofo, tanto a perspectiva indutivista quanto a falsificacionista falhavam na análise que elas faziam da ciência, pois desconsideravam o papel central da história nas decisões da comunidade científica.

## **A PROPOSTA DE THOMAS KUHN**

Na obra retro mencionada, Thomas Kuhn desenvolve uma nova noção de paradigma para a ciência. Segundo o filósofo o paradigma é a visão de mundo assumida pela comunidade científica, que levanta problemas e apresenta soluções para a pesquisa futura.

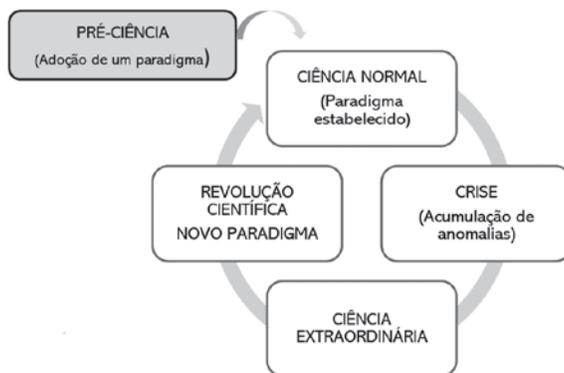
Nesse sentido por paradigma tem-se um modelo que engloba métodos, valores sociais, morais e linguísticos a servir como modelo adotado por cientistas em um determinado momento, o qual dispõe de bases teóricas, ferramentas, procedimentos e abordagens convencionais para a análise da matéria estudada, como veremos adiante.

A obra se divide em onze capítulos, nos quais Kuhn vai demonstrar que o progresso científico se perfaz praticamente de forma cíclica, donde se parte de uma atividade ainda desordenada na qual a comunidade científica busca a adoção de um paradigma que denota uma ciência de normalidade e a ela se volta com novos paradigmas, a partir de anomalias que demandam pesquisas extraordinárias voltadas a explicar fenômenos que a base fundamental existente não consegue responder a contento.

Desse modo, o autor propõe uma abordagem historicista ao descrever uma estrutura de evolução científica com base em cinco fases fundamentais para fins de mostrar que a ciência evolui e progride não por acumulação de conhecimentos, mas por movimentos de transformação revolucionária destrutiva e construtiva simultaneamente.

## **A ESTRUTURA DO PROGRESSO DA CIÊNCIA POR KUHN**

No desenvolvimento de sua tese, Kuhn nos apresenta um modelo cíclico com cinco fases para a ocorrência do progresso científico, como a imagem ao lado.



De acordo com o filósofo os cientistas que trabalham em determinado paradigma/modelo, fazem “ciência normal”. Nesse período, os cientistas articulam o paradigma para explicar e acomodar o comportamento das coisas do mundo real, ou seja, buscam adequar suas observações do mundo natural a esse paradigma adotado pela comunidade científica.

Dessa forma, nesse movimento de articular as questões do mundo real ao paradigma estabelecido, eventualmente encontram algumas dificuldades e, a depender da dimensão dessas dificuldades, o paradigma até então adotado entra em crise, à qual se resolverá com um novo paradigma que passa a ser aderido progressivamente pela comunidade científica, até que o paradigma anterior seja completamente abandonado. Essa mudança descontínua é o que Kuhn chama de revolução.

Assim, com o abandono de um paradigma e o aceite de um novo paradigma, uma nova visão de mundo é adotada e, com isso, teríamos novamente uma ciência normal que eventualmente entraria em crise e assim sucessivamente. Vejamos mais detalhadamente cada uma dessas fases propostas por Kuhn.

## **O PARADIGMA E A CIÊNCIA NORMAL**

O contexto de paradigma utilizado por Kuhn é de um composto de suposições teóricas gerais e de lei e técnicas que são adotadas pela comunidade científica específica, ou seja, é a junção de todos os procedimentos, leis, regras, normas, procedimentos e instrumentos que os cientistas utilizam e, eventualmente é

modificado por outro. Enquanto a ciência normal estaria voltada para um tipo de organização em torno de um paradigma.

Nesse sentido, paradigmas seriam, num primeiro momento, realizações científicas que são reconhecidas por toda uma comunidade científica e que fornecem problemas e soluções. Modelos existentes em uma atividade científica nos quais são verificáveis duas características básicas: a adesão de grande parte da comunidade científica e a abertura, problematização e resolução de problemas.

É possível, ainda, olhar o paradigma sob dois sentidos: *Lato e strito sensu*. No sentido geral, o paradigma se mostra como instrumentos, formas como tais instrumentos são utilizados, teorias, métodos, valores, crenças e visões de mundo e, em sentido restrito, seriam os exemplares, “soluções concretas que aos estudantes encontram desde o início de sua educação científica” (1998, 232), elemento da Matriz disciplinar.

Como Kuhn esclarece (1998, 226-227):

Para os nossos propósitos atuais, surgiram entre “matriz disciplinar; “disciplinar” porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; “matriz” porque a composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada. Todos ou quase todos os objetos de compromisso grupal que meu texto original designa como paradigmas, partes de paradigma ou paradigmáticos, constituem essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto

No início esses paradigmas se mostram como promessas (1998, 44) e, à medida em que se torna mais bem-sucedido que os paradigmas antecessores, começam a ganhar aceitação, adesão e reconhecimento, embora ainda numa perspectiva de promessa de que certos problemas e soluções são boas. Segundo Kuhn, a ciência quando é madura, se caracteriza pela adoção de um único paradigma.

Quando o cientista adere um novo paradigma ele passa a ver o mundo com outras lentes, logo, o paradigma traz uma nova visão de mundo e, com isso, o cientista assume novos compromissos, compartilha novos valores e novas teorias fundamentais.

Na epistemologia Kuhniana esse não é um fator central definir o que é ou não ciência, mas, ainda assim, é possível responder à indagação acerca do critério de demarcação para tal questão. Na visão de Khun, a existência de um paradigma

que seja capaz de sustentar uma tradição de ciência normal é a característica que sustenta o que é a ciência do que não é. Desta forma, a existência de um paradigma (modelos metafísicos, teorização simbólica e valores) consegue sustentar a ciência normal.

Ciência normal é definida por Kuhn como um longo período conservador de atividades de resolução de problemas governados pelas regras do paradigma, de tal modo que os cientistas pressupõem que o paradigma lhes fornece todos os meios para a resolução dos problemas em seu interior.

Nesse sentido, "O fracasso em alcançar uma solução desacredita somente o cientista e não a teoria. A este caso, ainda mais do que ao anterior, aplica-se o provérbio: "Quem culpa suas ferramentas é mau carpinteiro"" (Kuhn, 1998, 111). Diante da ciência normal, cientista não é um crítico do paradigma que ele trabalha, e é justamente por não ser um crítico do paradigma com o qual trabalha que ele consegue se concentrar para fazer avanços significativos.

O surgimento de problema que persistem e resistem ao paradigma são vistos como anomalias. Kuhn reconhece que os paradigmas contêm algumas anomalias, o que para ele é considerado normal, e aponta três tipos básicos: o aumento da acuidade e da extensão do conhecimento, o pareamento de fatos com a teoria e a articulação da teoria (1998, 46-51).

Essa última anomalia - articulação da teoria - tida como normal, significa dizer que é o processo de trazer à tona o que está implícito na teoria, e isso pode ocorrer, por exemplo, na resolução de ambiguidades para resolver problemas que antes não eram resolvidos ou mesmo para aplicação em outras áreas de interesse.

Embora Kuhn defenda que o progresso da ciência não seja cumulativo, este ocorre durante o período de ciência normal, porém, no sentido de fortalecimento do próprio paradigma. O autor explica que a ciência normal é como uma resolução de quebra-cabeças (1998, 59). Os problemas da ciência normal, assim como um quebra-cabeça, possuem uma solução assegurada, mas que não é o bastante. Para além de uma solução assegurada, há o dever de obediência às regras que limitam tanto a natureza das funções aceitas como os passos necessários para obtê-las.

## DAS CRISES E AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS

“A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas técnicos da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras”. (Kuhn, 1998, 95).

Embora algumas anomalias sejam comuns nos paradigmas, quando estas se apresentam mais sérias e persistentes, levam o paradigma à crise, que podem se caracterizar diante de ataques aos fundamentos do próprio paradigma, como a existência de uma entidade ontológica, algum problema de método e técnica da pesquisa que está sendo empregado.

A crise é uma pré-condição para a necessidade emergente de um novo paradigma e, só no surgimento dessa ocorre a revolução. Significa dizer que a crise enfraquece o paradigma a tal ponto, que a própria comunidade científica perde a confiança nele, momento em que se dá a revolução apontada por Kuhn (1998, 114).

Sobretudo, o aprofundamento da crise ocorre quando do surgimento de um paradigma rival, diferente e incompatível com o anterior, onde se tem a ideia do que Kuhn denomina de incomensurabilidade dos paradigmas, ou seja, cada paradigma vê o mundo de forma diferente.

À medida que os problemas mudam, mudam também, seguidamente, os padrões que distinguem uma verdadeira solução científica de uma simples especulação metafísica, de um jogo de palavras ou de uma brincadeira matemática. A tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas muitas vezes verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu (Kuhn, 1998, 138).

Essa incomensurabilidade apontada pelo autor, aponta para a direção de que não há argumento puramente lógico que demonstre qual paradigma é melhor ou superior sobre o outro, no sentido de levar o cientista racional a aderir um paradigma em detrimento do outro. Afinal, são mundos e métricas diferentes. Há nesse processo uma variedade de fatores que estão envolvidos no julgamento do cientista. E será o elemento da persuasão e dos argumentos racionais que terão

importância nesse momento. Significa dizer que caberá aos cientistas persuadir a comunidade científica a aderir ou abandonar um determinado paradigma.

Antes que novo paradigma se estabeleça, haverá a ocorrência de uma fase de pré- ciência, na qual os valores, padrões e técnicas estarão novamente desorganizados e indefinidos, período no qual os paradigmas competem entre si, ao que Kuhn denomina de ciência extraordinária (1998, 116-118).

Insta salientar que todas as crises podem redundar em três resultados (Kuhn, 1998, 115-116): 1) A solução é encontrada pela ciência normal, o que reforça o paradigma; 2) A crise resiste e a conclusão é a de que não há solução a ser dada diante do estado atual. Nesse caso o problema será rotulado para novas buscas futuras; 3) A crise leva ao desenvolvimento de novos paradigmas propostos e, uma vez aceito um novo paradigma pela comunidade científica, este será adotado e o anterior abandonado.

Dessa forma, revolução científica em termos Kuhnianos, corresponde ao abandono de um paradigma e adoção de um novo paradigma pela comunidade científica relevante. É a transição de um paradigma para o outro. Como aponta Kuhn:

O historiador da ciência que examinar as pesquisas do passado a partir da perspectiva da historiografia contemporânea pode sentir-se tentado a proclamar que, quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo. Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. [...] É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles se apregam objetos desconhecidos" (1998, 145-146).

A teoria de Kuhn não fornece apenas uma descrição da atividade do cientista, mas apresenta uma explicação da função dos diferentes componentes da atividade científica e, não apenas uma descrição das atividades dos cientistas. O que é apresentado em sua teoria são as funções dos elementos dessa estrutura.

Como pode ser visto, o trabalho nas ciências normais permite atividades teóricas e experimentais rigorosas, onde há progresso cumulativo. De fato, os cientistas confiam no modelo e podem, portanto, se concentrar em trabalhos sérios sem precisar analisar os fundamentos do modelo. É função da ciência normal garantir as condições necessárias para que os cientistas resolvam os problemas de forma

completa. E assim aprofundam, fortalecem e progredem. É só pelo fato de o cientista normal se aprofundar e propor articular o paradigma é que as anomalias aparecem, gerando crises e possibilitando essas revoluções científicas.

As revoluções científicas têm a função de romper com o paradigma para estabelecer um outro que, supostamente, é melhor. De outro modo o cientista ficaria imerso, eternamente, em um único paradigma, sem grandes avanços. Essa medida revolucionária de substituir todo um paradigma por outro, para Kuhn, é essencial para o progresso da ciência.

## CONCLUSÃO

O tema tratado na tese, Inteligência artificial e direito, tem provocado inúmeros debates na comunidade jurídica científica, notadamente pelo fato de que as bases jurídicas e tecnológicas então existentes não conseguem responder às diversas questões que se põem na realidade.

Nos parece perceptível o momento de crise como apontado por Kuhn, porém, se estamos diante da construção de um novo paradigma ou se a ciência tal qual a conhecemos se manterá, é um dos pontos que a pesquisa tentará responder.

A questão é que temas como *Big data*, *Deep Learning*, *Machine Learning*, Redes Neurais, são novos no universo jurídico e vem alterando as bases da convivência social e da própria prestação jurisdicional. Startups, sandbox regulatório, smart contracts, cidades inteligentes, carros autônomos, drones em entregas de mercadorias, fake news, jurimetria, criptomoedas, realidade virtual, metaverso etc. são problemas que o direito terá de enfrentar, estão presentes no dia a dia da sociedade e avançam exponencialmente sem que tenhamos ideia e nem limites de onde possa chegar.

A teoria de Thomas Kuhn compatibiliza-se com essa ruptura do mundo moderno e com esses novos problemas que não encontramos solução com a ciência jurídica atual. Por outro lado, a própria ciência da computação também se debruça para dar respostas a essas novas exigências que a intercessão com o direito acarretou, notadamente em relação a questões como ética e transparência que antes não lhes parecia importar.

Geralmente, o tecnólogo se contenta com “teorias de caixa preta”, vale dizer, aquelas que não penetram (ou não penetram demasiado) no funcionamento interno dos sistemas que se pretende modificar, limitando-se a levar em consideração somente as variáveis externas (Cupani, 2016, 98).

SCOTT HARTLEY<sup>4</sup> trabalha a importância dos profissionais das ciências humanas para fins de humanização, ética e empatia no desenvolvimento de tecnologias. Pontua que o programador precisa compreender o que está diante dele para poder fazer as perguntas certas e, embora a ascensão dos robôs tenha sido anunciada enfaticamente, a segunda era das máquinas tem mais a ver com máquinas que assumem papéis humanos do que com seres humanos fazendo com que as máquinas nos sirvam melhor<sup>5</sup>.

O próprio conceito de Inteligência Artificial sequer é unívoco, apesar da larga utilização pela sociedade. Inclusive o Poder Judiciário, por incentivo do próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ - tem se valido de investimento com tecnologias operadas por inteligência artificial, sem que alcance a própria orientação do órgão, qual seja: transparência e accountability.

Acreditamos estar num momento de mudança de paradigmas e a epistemologia Kuhniana é a que nos apresenta as melhores ferramentas para entender todo esse movimento que vem ganhando cada vez mais espaço e questionando o direito e a atuação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. “Desafios da nova responsabilidade civil”. São Paulo: Juspodivm, 2019.
- CHELIGA, Vinícius; TEIXEIRA, Tarcísio. “Inteligência artificial: aspectos jurídicos”. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CUPANI, Alberto. “Filosofia da tecnologia: um convite”. 3ª ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2016.
- FALBO, Ricardo Nery. “Reflexões epistemológicas sobre o direito e a prática da pesquisa jurídica”. In Revista Direito e Práxis, vol. 03, n. 02, pp, 194-228, 2011. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944673011> Acesso em 14/03/2022.

---

<sup>4</sup> HARTLEY, Scott. “O fuzzi e o techie: porque as ciências humanas vão dominar o mundo digital”. Tradução: Luis Dolhnikoff. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2017, p. 30.

<sup>5</sup> Idem, p. 40.

- HARTLEY, Scott. "O fuzzi e o techie: porque as ciências humanas vão dominar o mundo digital". Tradução: Luis Dolhnikoff. São Paulo: BÉI Comunicação, 2017
- HOLZ, Jonathan Carvalho; MACEDO, Elaine Harzheim; GILLET, Sérgio Augusto da Costa (Org.) "Processo e tecnologia" [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.
- KUHN, Thomas Samuel. "A Estrutura das revoluções científicas". Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectivas, 1998.
- MENDONÇA, André Luis de Oliveira, "O legado de Thomas Kuhn após cinquenta anos". In *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 535-560, 2012. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ss/a/shzDStF7nqTnJ5F4XjCNxm/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 20/03/2022
- NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. "Jurimetria e tecnologia: diálogos essenciais com o direito processual". In *Revista de Processo*. vol. 299/2020, p. 407 – 450, Jan/2020. Disponível em <[https://www.academia.edu/41451630/JURIMETRIA\\_E\\_TECNOLOGIA\\_DI%C3%81LOGOS\\_ESSENCIAIS\\_COM\\_O\\_DIREITO\\_PROCESSUAL\\_Jurimetrics\\_and\\_technology\\_essencial\\_dialogues\\_with\\_procedural\\_law?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/41451630/JURIMETRIA_E_TECNOLOGIA_DI%C3%81LOGOS_ESSENCIAIS_COM_O_DIREITO_PROCESSUAL_Jurimetrics_and_technology_essencial_dialogues_with_procedural_law?email_work_card=view-paper)> Acesso em 20/09/2020.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. "Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas". In *Revista de Processo*. vol. 285/2018, p. 421 – 447, Nov/2018. Disponível em <[https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA\\_ARTIFICIAL\\_E\\_DIREITO\\_PROCESSUAL\\_VIESES\\_ALGOR%C3%8DTMICOS\\_E\\_OS\\_RISCOS\\_DE\\_ATRIBUI%C3%87%C3%83O\\_DE\\_FUN%C3%87%C3%83O\\_DECIS%C3%93RIA\\_%C3%80S\\_M%C3%81QUINAS\\_Artificial\\_intelligence\\_and\\_procedural\\_law\\_algorithmic\\_bias\\_and\\_the\\_risks\\_of\\_assignment\\_of\\_decision\\_making\\_function\\_to\\_machines?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGOR%C3%8DTMICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATRIBUI%C3%87%C3%83O_DE_FUN%C3%87%C3%83O_DECIS%C3%93RIA_%C3%80S_M%C3%81QUINAS_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines?email_work_card=view-paper)> Acesso em 14/02/2020.
- PINTO, Henrique Alves. "A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: Por uma necessária Accountability". In *RIL Brasília* a. 57 n. 225 p. 43-60 jan./mar. 2020. Disponível em [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p43.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43.pdf) Acesso 13/03/2022
- POPPER, Karl Raimond. "Conjecturas e refutações". Tradução de Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- ROBERTO, Enrico. "Responsabilidade civil pelo uso de sistemas de inteligência artificial: em busca de um novo paradigma". In *Revista internet e sociedade*. N. 1. Vol. 1. Fev/2020, pp. 121 a 143 disponível em <<https://revista.internetlab.org.br/responsabilidade-civil-pelo-uso-de-sistemas-de-inteligencia-artificial-em-busca-de-um-novo-paradigma-2/>> Acesso em 04/01/2021.
- RODAS, Sérgio. "Metade dos tribunais brasileiros já rem sistemas de inteligência artificial". In *CONJUR*. 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/metade-cortes-brasileiras-proje-to-inteligencia-artificial>> Acesso em 25/07/2021.



---

# *A CONVERGÊNCIA DE OPORTUNIDADES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES PARA O SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO*

---

*Thaís Marçal<sup>1</sup>*

*Caio Lopes de Macêdo<sup>2</sup>*

**Resumo:** A Lei nº 14.026/2020 reformulou o Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil, com metas de universalização dos serviços de água e tratamento de esgoto para 2033. Para isso, adotou incentivos à prestação delegada dos serviços, por meio de contrato de concessão, precedido de licitação, para os prestadores que não integram a administração do titular dos serviços. Destaca-se que também buscou-se fomentar a prestação regionalizada do saneamento, em suas diferentes formas. Em meio a isso, a edição da Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, converge com as novidades do Novo Marco. Os novos institutos introduzidos, notadamente os que primam pela consensualidade e segurança jurídica, têm potencial para despertar a confiança dos investidores, facilitando as relações jurídicas que surgirão e garantindo os recursos necessários para atingimento das metas.

**Palavras-chave:** Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. Universalização. Licitações. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

**Resumen:** La Ley 14.026/2020 reformuló el Marco Regulador del Saneamiento Básico en Brasil, con objetivos de universalización de los servicios de agua y tratamiento de aguas residuales para 2033. Para ello, adoptó incentivos para la prestación delegada

---

<sup>1</sup> Presidente da Comissão de Estudos em Improbidade Administrativa da OABRJ. Coordenadora Acadêmica da Escola Superior de Advocacia da OABRJ. Mestre em Direito das Cidades pela UERJ. Advogada. E-mail: thaís-marçal@hotmail.com

<sup>2</sup> Estudante de Direito da UFRJ. E-mail: caio.lopes.macedo@gmail.com

de servicios mediante un contrato de concesión, precedido de un proceso de licitación para los proveedores que no forman parte de la administración del titular del servicio. Es importante señalar que también se buscó promover la provisión regionalizada de saneamiento en sus diferentes formas. En medio de esto, la edición de la Ley nº 14.133/2021 - Nueva Ley de Licitaciones Públicas y Contratos Administrativos, converge con las novedades del Nuevo Marco. Los nuevos institutos introducidos, especialmente los que priorizan el consenso y la seguridad jurídica, tienen el potencial de despertar la confianza de los inversores, facilitando las relaciones jurídicas que surgirán y asegurando los recursos necesarios para alcanzar los objetivos.

**Palabras-clave:** Nuevo Marco Regulador del Saneamiento Básico. Universalización. Licitaciones. Nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos.

## 1. INTRODUÇÃO

A aprovação do novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) propicia a abertura de uma janela de oportunidades para que o país avance nesse setor, cuja prestação é historicamente deficitária. A aposta é que, de maneira integrada, os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), atuando preferencialmente com a iniciativa privada, atinjam as metas de universalização dos serviços de saneamento básico até 2033, garantindo o acesso à água potável à 99% da população brasileira e a coleta e tratamento de esgoto à 90%.

O saneamento básico é um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, extraído do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos presentes na Constituição da República (arts. 6º e 225, respectivamente). Em complemento, o acesso à água potável também é reconhecido como um direito humano fundamental, ao ponto de parte da doutrina defender o enquadramento do mesmo como um direito fundamental de sexta dimensão.<sup>3</sup>

No cenário internacional, vale destacar que, em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução A/RES/64/292, que declara a água limpa e segura e o saneamento básico como direitos humanos essenciais. Já em 2011, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU, por meio

---

<sup>3</sup> FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Denise Marcelino. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium Editora, 2010.

da Resolução 16/2, reconheceu esses direitos como fundamentais à vida e à dignidade humana.

Além de um direito humano, o saneamento básico também é um instrumento eficaz de otimização dos investimentos públicos. Estima-se que a cada real aplicado em saneamento, o Poder Público economiza R\$ 4 em saúde, podendo chegar em torno de valores de R\$ 6 a R\$ 8 quando o investimento ocorre nas periferias das cidades, onde a carência de serviços públicos é maior.<sup>4</sup>

Apesar de assegurado na Constituição e em documentos internacionais, esses direitos ainda não são garantidos à grande parte da população brasileira. Segundo dados do Instituto Trata Brasil divulgados pelo relatório “Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil 2021”<sup>5</sup>, levando em consideração somente as 100 maiores cidades do país, existem 5,5 milhões de brasileiros sem água tratada e quase 22 milhões sem esgoto sanitário. É essa realidade que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico pretende alterar, atingindo, como se disse, a universalização desses serviços até 31 de dezembro de 2033.

## 2. O NOVO MARCO LEGAL DE SANEAMENTO BÁSICO

A Lei nº 14.026/2020 atualizou o marco regulatório de saneamento básico do país. O novo diploma alterou diferentes leis que abordam o tema em nosso ordenamento jurídico, sobretudo a Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o setor.

Para alcançar as ambiciosas metas nacionais de universalização dos serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto, o Novo Marco Legal reconfigurou a base normativa do setor. Existe, atualmente, o incentivo à prestação delegada, que ocorrerá necessariamente por contrato de concessão, precedido de licitação, para os prestadores que não integram a administração do titular dos serviços, ao mesmo tempo em que se busca fomentar a prestação regionalizada do saneamento.

Nesse novo cenário, as empresas estatais, que atualmente dominam o setor

---

<sup>4</sup> CAPOMACCIO, Sandra. *Investimento em saneamento básico retorna em benefícios à saúde*. Jornal da USP, 2021. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/investimento-em-saneamento-basico-retorna-em-beneficios-a-saude/>>. Acesso em: 27/10/2021.

<sup>5</sup> Disponível em: <[https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking\\_saneamento\\_2021/Relat%C3%B3rio\\_-\\_Ranking\\_Trata\\_Brasil\\_2021\\_v2.pdf](https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Relat%C3%B3rio_-_Ranking_Trata_Brasil_2021_v2.pdf)> Acesso em: 15/10/2021

de saneamento no país, deverão participar das licitações públicas em igualdade de condições com as empresas privadas, para que se selecione a proposta mais vantajosa para a Administração. Nesse contexto, foram proibidas as prestações de serviços públicos de saneamento básico mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária nos casos de o prestador não integrar a administração do titular (art. 10 da Lei nº 11.445/2007).

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão e Rafael Daudt D'Oliveira acrescentam:

“Note-se que esta igualdade de condições, em relação às estatais, é uma imposição de via dupla: nem as empresas estatais podem receber vantagens competitivas, como dispensas de licitação, nem podem ser discriminadas negativamente, como vedações a participarem de licitações, linhas de créditos públicos apenas para as empresas privadas etc. Igualdade em ônus e em bônus, de parte a parte. Contudo, o espírito da lei, em princípio, parece ser mais o de atrair empresas privadas para atuar no setor, em substituição às estatais”<sup>6</sup>

Outra marca importante do Novo Marco Regulatório, como se disse, é a regionalização dos serviços públicos de saneamento básico. O inciso VI, do art. 3º da Lei nº 11.445/2007 (com redação dada pela Lei nº 14.026/2020) define a prestação regionalizada como a *“modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município”*. Já as alíneas do dispositivo preveem a estruturação da regionalização nas seguintes formas: (i) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; (ii) unidade regional de saneamento básico; e (iii) bloco de referência.

Os benefícios desse sistema são vários e cada modalidade de prestação regionalizada apresenta uma vantagem agregada. No caso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, por exemplo, a execução dos serviços em bloco envolve o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura entre os municípios limítrofes e o interesse comum no planejamento, execução e operação das estruturas necessárias à prestação dos serviços (art. 3º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007).

---

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. 1 Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 34.

Além disso, o agrupamento de municípios pode viabilizar, do ponto de vista técnico e econômico, a concessão dos serviços de água e esgoto em municípios menos atrativos, que podem não despertar o interesse do mercado se considerados isoladamente. Essa engenharia contratual é comumente denominada subsídio cruzado. É preciso reforçar que pelo novo Marco Regulatório a concessão dos serviços ocorrerá, necessariamente, por licitação pública. Por isso torna-se fundamental que os modelos de concessão que surgirão a partir dessa imposição legal sejam atrativos e viáveis, evitando, desse modo, a ocorrência de licitações desertas que prejudicam o interesse público e, em última análise, os direitos dos cidadãos.

No modelo regionalizado, os ganhos financeiros ocorrem de maneira escalonada. Nesses casos, municípios que são mais rentáveis compensam aqueles que não são (art. 2º, inc. XIV, da Lei nº 11.445/2007).

Acrescenta-se que a regionalização é um processo lógico extraído do próprio desenvolvimento urbano das cidades, especialmente nas regiões conurbadas. Nesse sentido, Rafael Vanzella e Jéssica Borges destacam:

“A municipalização do saneamento básico é, por conseguinte, contraditória ao processo de desenvolvimento das cidades. O crescimento da população em determinadas cidades fá-la-á mais dependente dos municípios circunvizinhos que suportarão as infraestruturas necessárias para o atendimento da população regional. E vice-versa: as economias dos municípios mais adensados recomendarão o compartilhamento das eficiências com aqueles menos adensados. As soluções de projeto e de negócio levarão esses dados em consideração. O sucesso de uma cidade fará o interesse local ser afastado pelo interesse comum. Se tudo der certo, a municipalização é etapa histórica que deverá ser em algum momento superada, ao menos no setor de saneamento básico”<sup>7</sup>

As alterações introduzidas pela Lei nº 14.026/2020 vão ao encontro dessa análise. Conforme se verá a seguir, foram previstas diferentes formas de regionalização, compulsórias ou voluntárias, entre municípios limítrofes ou não e com diferentes desenhos interfederativos (instituída pela União, pelos Estados ou pelos próprios Municípios) como formas de superar as dificuldades geradas pela municipalização do setor.

---

<sup>7</sup> VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 232.

### **3. A REGIONALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO**

A Lei 14.026/2020 cristalizou no art. 8º da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) a titularidade dos Municípios e do Distrito Federal dos serviços de saneamento. A lei acompanhou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou nesse sentido, em 2013, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ.

Sem embargo, no próprio art. 8º existem formas de se estruturar a prestação dos serviços de saneamento básico de forma regionalizada. A primeira delas, mencionada no inciso II do dispositivo, diz respeito às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. A previsão funda-se no §3º do art. 25 da Constituição Federal, que condiciona a instituição desses agrupamentos à contiguidade dos municípios e à edição de lei complementar estadual, tendo em vista que nessas áreas existe o interesse comum, ou seja, compartilhado pelos municípios e pelo próprio Estado na gestão e execução dos serviços.

O inciso II do art. 2º do Estatuto da Metrópole (Lei Federal nº 13.089/2015) define a função pública de interesse comum como *“política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”*. Por essa razão, quando o estado institui uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, a participação dos municípios é compulsória.

Nesses casos, a titularidade deixará de ser exclusiva dos Municípios para ser compartilhada com o Estado, ou seja, trata-se de uma titularidade comum. No caso de delegação da prestação dos serviços, será considerado um único poder concedente para os vários Municípios que compõem o agrupamento regional. Importante destacar, além disso, que o §5º do art. 8º determina que será responsabilidade do titular dos serviços de saneamento básico a definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades, independentemente da modalidade de sua prestação.

Já o §3º do mesmo dispositivo estabelece que a estrutura de governança da prestação regionalizada do saneamento básico seguirá o disposto no Estatuto da Metrópole, que, por sua vez, prevê a promoção da governança interfederativa. Sobre esse aspecto, o tema tem suscitado discussões em relação à forma que ocorrerá a governança, uma vez que o Novo Marco Legal não definiu claramente as competências nos órgãos de gestão compartilhada dos entes federativos.

As outras formas de prestação regionalizada dos serviços de saneamento são as unidades regionais de saneamento básico e os blocos de referência (art. 3º, VI, alíneas *b* e *c*). A primeira grande diferença desses modelos para os anteriores (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões) é a ausência do aspecto compulsório em relação à participação dos municípios. Explica-se: os Estados (no caso das unidades regionais de saneamento) e a União (com os blocos de referência) instituem essas formas de agrupamento para a prestação de serviços de saneamento básico, que serão objeto de adesão voluntária pelos Municípios interessados. Nesses casos, não há necessidade que os municípios sejam limítrofes, bastando que sejam abarcados pelo projeto.

Tais formas de execução dos serviços de saneamento são meios de otimização e ganho em escala para viabilizar que todos os Municípios tenham condições técnicas e econômicas de atingir as metas de universalização de água e esgoto.

Vale o destaque de que, em que pese a liberdade dos Municípios para optar ou não pela adesão às unidades regionais de saneamento e aos blocos de referência, a Lei nº 14.026/2020 modificou o art. 50 da Lei nº 11.445/2007 para condicionar a alocação de recursos públicos da União e o acesso aos financiamentos com recursos federais à adoção de mecanismos de regionalização pelos titulares dos serviços de saneamento básico, especificados nos incisos VII, VIII e IX. Ou seja, na prática, o Novo Marco Regulatório empurra os municípios para adoção de alguma forma de prestação regionalizada.

Outro instrumento previsto para a execução dos serviços de saneamento básico é a gestão associada, que pode ser feita por: (i) consórcios públicos; ou (ii) convênios de cooperação; espécies de colaboração entre os entes federativos previstas no art. 241 da Constituição da República. Os consórcios públicos, disciplinados pela Lei nº 11.107/2005, são entes personificados, nos termos do §1º do art. 1º da referida lei, que poderão ser instituídos para prestação de saneamento básico exclusivamente pelos municípios, sob a forma de autarquia intermunicipal (art. 8º, §1º, inc. I. da Lei nº 11.445/2007).

Os consórcios públicos poderão prestar os serviços de saneamento básico diretamente, mas o inciso II do §1º do art. 8º traz importante regra que proíbe a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública. Trata-se de uma mudança de paradigma, uma vez que esse instrumento foi amplamente utilizado para a contratação dessas companhias,

sobretudo estaduais, que realizavam os serviços de abastecimento de água e esgoto. Também está proibida a subdelegação, pela autarquia municipal, sem prévio procedimento licitatório. Nesse sentido, reitera-se: o Novo Marco Legal opta pela prestação delegada e pela ampla competição mediante licitação pública.

Já os convênios de cooperação, que são a outra espécie de gestão associada, são acordos firmados pelos municípios e que, na forma do §4º do mencionado art. 8º da Lei nº 11.445/2007, não necessitam de autorização legal. Dessa forma, diferenciam-se dos consórcios porque não há a criação de um ente personalizado que seja parte integrante da administração indireta do ente que o instituiu.

Portanto, é possível extrair que as espécies de gestão associada, que estão relacionadas especialmente aos municípios, são as que o aspecto voluntário está mais presente. Ou seja, a discricionariedade da administração municipal, a partir de um juízo de oportunidade e conveniência, é que será o fator decisivo para a adoção dessas modalidades de prestação dos serviços de saneamento básico. O legislador, apesar de incentivar de maneira mais contundente as outras formas de regionalização, como a adesão compulsória dos municípios nas hipóteses de existência de interesse comum e a participação de Estados e da própria União em outros modelos de regionalização, previu formas de os Municípios preservarem o interesse local e se organizarem conjuntamente.

Finalmente, em qualquer uma das formas de prestação regionalizada, haverá necessidade de individualização das informações contábeis e dos registros financeiros de custos e receitas dos Municípios, na forma do art. 18 da Lei nº 11.445/2007 (com redação dada pela Lei nº 14.026/2020). Nesse sentido, Juliano Heinen esclarece que:

“Isso permite que se tenha transparência fiscal e orçamentária que possam compensar tarifas oriundas de diferentes titulares, ou mesmo organizar com clareza e transparência os subsídios cruzados (exemplo: a tarifa do tratamento e dispensação de água portátil custearia o esgotamento sanitário que, hipoteticamente, seria deficitário). Além disso, deixaria mais bem especificadas as balizas para o futuro equilíbrio econômico-financeiro.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> HEINEN, Juliano. *Regionalização do saneamento básico e conflitos interfederativos*. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/heinen-regionalizacao-saneamento-conflitos-interfederativos>>. Acesso em: 16/10/2021.

Ante o exposto, a opção do Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico pela prestação regionalizada resta demonstrada. O legislador incorporou diferentes modelos que vincularão os Municípios de forma compulsória ou voluntária, dando, na segunda hipótese, espaço para escolhas administrativas com base no interesse local. Ao mesmo tempo, contudo, foram criados meios de persuadir os Municípios a adotarem alguma dessas categorias, como é o caso de restrição ao acesso aos recursos federais para aqueles Municípios que não adotem mecanismos de regionalização.

#### **4. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O SETOR DE SANEAMENTO**

Além da novidade do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, introduzido pela Lei nº 14.026/2020, o país possui uma nova lei federal de licitações e contratos administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. As novidades dos dois diplomas legais, além de complementares, abrem janelas de oportunidades para a Administração Pública incrementar os ganhos e a forma de contratação e execução dos contratos advindos do setor de saneamento básico nos próximos anos.

Conforme se viu, a opção feita pelo Novo Marco Regulatório é pela delegação dos serviços públicos, com especial enfoque para maior abertura do mercado de saneamento para as empresas privadas. No novo regime, está vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, além de ser obrigatória a realização de procedimento licitatório para a concessão dos serviços de saneamento, nos casos de o prestador não integrar a estrutura administrativa do titular.

É nesse cenário, portanto, que a Nova Lei de Licitações tem muito a agregar. O primeiro aspecto que pode ser destacado são as formas consensuais de resolução de controvérsias que a nova legislação adota. O Capítulo XII da Lei nº 14.133/2021 institui, além da conciliação e mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e a arbitragem nos contratos administrativos.

A opção pelo modelo de regionalização, somado ao estímulo à concessão dos serviços, dão origem a contratos administrativos complexos e longos, que embora sejam firmados com um único poder concedente, envolvem diferentes agentes e

localidades. Nesse sentido, o comitê de resolução de disputas, previsto no art. 151 da Lei nº 14.133/2021, pode prestar auxílio fundamental aos contratantes, que terão suas controvérsias analisadas ao longo do contrato. Diante da constatação de que a modelagem dos contratos é feita para durar décadas, justamente para que o contratante consiga recuperar os investimentos realizados e obter margem de lucro, tal instituto mostra-se realmente útil e capaz de fortalecer a boa execução do contrato.

Além disso, esses contratos são cercados de complexidade, que envolvem, por exemplo, soluções de engenharia e questões econômico-financeiras e jurídicas de elevadíssimo grau de profundidade. Para isso, surgidas eventuais divergências, a instauração de procedimento arbitral possibilita que as decisões tomadas em cima das disputas sejam dadas por um tribunal técnico que conheça o objeto em discussão. Ganha-se também em relação ao tempo, consideravelmente menor que o praticado no Judiciário, mergulhado em números cada vez maiores de processos. É indiscutível, portanto, os benefícios, tanto para a Administração quanto para o parceiro privado, que uma decisão técnica e célere pode gerar nesses contratos.

O art. 5º da Lei nº 14.133/2021 também condiciona a aplicação das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB para as licitações e contratos firmados em todo o país. Sobre esse aspecto, o novo diploma incorpora um sistema normativo que preza, além da consensualidade, pela segurança jurídica. Nesse sentido, as decisões administrativas, como aquelas que optam pela realização ou não de uma licitação para delegar o serviço, devem levar em consideração as suas consequências práticas.

Ainda no âmbito da LINDB, considerando também que a Lei nº 14.026/2020 expandiu os poderes de regulação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, é preciso dizer que os arts. 29 e 30 aproximam a Administração dos interessados na edição e aplicação de atos normativos, além de prezar por uma atuação administrativa que aumente a segurança jurídica. Esse cenário cria um ambiente mais propício aos investimentos, tão necessários para a universalização dos serviços de saneamento básico.

Por fim, vale destacar que o art. 179 da nova lei de licitações e contratos administrativos alterou o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, para condicioná-las à realização de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo. A

segunda modalidade, novidade introduzida pelo novo diploma, aplica-se aos casos em que a Administração busca junto ao mercado soluções para objetos que envolvam: (i) inovações tecnológicas ou técnicas; (ii) casos em que haja a impossibilidade de a Administração ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; ou (iii) a impossibilidade de se definir especificações técnicas para uma contratação com precisão suficiente (art. 32, I, alíneas *a*, *b* e *c*, da Lei nº 14.133/2021).

Desse modo, é possível que a Administração utilize todas essas novidades na modelagem e execução dos contratos de prestação de saneamento básico no país. Por essa razão, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos vem complementar o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, que, ao primar pela regionalização e delegação, mediante licitação, dos serviços de água e esgoto, gera uma grande janela de oportunidades de investimentos e parcerias entre os setores público e privado. Ter institutos que facilitem a interlocução e relação entre esses dois polos é fundamental para o sucesso da tão aguardada universalização dos serviços de saneamento básico no país, que, como se demonstrou no início desse trabalho, é um direito humano fundamental, inerente à vida e à dignidade humana.

## **5. SÍNTESE CONCLUSIVA**

1. O acesso ao saneamento básico é um direito humano fundamental, extraído da Constituição da República e de documentos internacionais, como as Resoluções A/RES/64/292 e 16/2, da Assembleia Geral das Nações Unidas e do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, respectivamente. Esses documentos relacionam a prestação do saneamento básico ao direito à saúde (art. 6º, CF/88), ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88) e à dignidade humana (art. 1º, III, CF/88);
2. O Novo Marco Legal do Saneamento Básico, introduzido pela Lei nº 14.026/2020, trouxe metas ambiciosas de universalização dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto até 31 de dezembro de 2033. Para tanto, incentivou a prestação delegada, que ocorrerá necessariamente por contrato de concessão, precedido de licitação, para os prestadores que não integram a administração do

titular dos serviços;

3. Apesar da titularidade dos serviços ser municipal, no caso do interesse local e estadual, quando há interesse comum, conforme mencionado no inc. II, do art. 8º da Lei nº 11.445/2007, houve a opção pela regionalização dos serviços públicos de saneamento básico no país. O modelo regionalizado gera ganhos financeiros escalonados e agrega Municípios rentáveis e não rentáveis, compensando os custos dos investimentos e o retorno econômico dos prestadores, podendo ser configurado das seguintes formas:
  - Através de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, que devem ser instituídas por lei complementar estadual, considerando o interesse comum entre o estado e os Municípios na prestação dos serviços de água e esgoto. Além disso, devem abarcar Municípios contíguos, como dispõe o §3º do art. 25 da Constituição da República;
  - Por unidades regionais de saneamento básico, instituídas pelos Estados ou por blocos de referência, criados pela União. Esses modelos podem ser adotados pelos Municípios voluntariamente e não há necessidade de que sejam limítrofes;
  - Há, ainda, a previsão de criação de consórcios públicos pelos Municípios ou de convênios de cooperação, que possuem caráter totalmente voluntário. Os consórcios são entes personalizados, regidos pela Lei nº 11.107/2005, e que poderão prestar o serviço diretamente ou de maneira delegada, mediante realização de licitação pública, sendo vedada a formalização de contratado de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, que deverão participar das licitações em condições semelhantes às das empresas privadas;
4. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) complementa as novidades introduzidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento, aumentando a eficiência dos contratos advindos da

- nova fase do setor. Dentre as novidades, pode-se destacar o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, capazes de decidir eventuais controvérsias que surjam no decorrer do contrato de maneira mais técnica e célere;
5. As disposições da LINDB, incorporadas no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, primam pela consensualidade, segurança jurídica e análise dos impactos das decisões administrativas na realidade fática pela Administração Pública. Esse cenário cria um ambiente mais propício aos investimentos, tão necessários para a universalização dos serviços de saneamento básico;
  6. As licitações para concessão dos serviços públicos de saneamento básico são obrigatórias, como dispõe o art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995.
  7. Resta evidente, portanto, que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos complementa as previsões do Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Os novos institutos incorporados ao sistema de contratações públicas do país têm potencial para facilitar as relações jurídicas dos contratos longos e complexos que surgirão nos próximos anos no setor de saneamento. A busca por mais diálogo e segurança jurídica pela Administração servem para despertar a confiança dos investidores e garantir a disponibilidade de recursos que possibilitem a universalização dos direitos à água e saneamento básico no país.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007)*. 2. Ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2010.
- CAPOMACCIO, Sandra. *Investimento em saneamento básico retorna em benefícios à saúde*. *Jornal da USP*, 2021. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/investimento-em-saneamento-basico-retorna-em-beneficios-a-saude/>>. Acesso em: 27/10/2021.
- FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Denise Marcelino. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2010.

LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (Coord.) ... [et. al.]. *Saneamento Básico: Temas Fundamentais, propostas e desafios*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HEINEN, Juliano. *Regionalização do saneamento básico e conflitos interfederativos*. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/heinen-regionalizacao-saneamento-conflitos-interfederativos>>. Acesso em: 16/10/2021.

\_\_\_\_; MAFFINI, Rafael. *A regionalização do saneamento básico e sua titularidade*. O Jota, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-regionalizacao-do-saneamento-basico-e-sua-titularidade-07072021>> Acesso em: 16/10/2021.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 232



<https://emarf.trf2.jus.br/site/index.php>



Av. Rio Branco, 241 - 2º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465  
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL  
Tribunal Regional Federal da 2ª Região