

Organizadoras:
Gabriela Maciel Lamounier
Luciana de Castro Bastos
Renata Lourenço Pereira Abrão

DESAFIOS DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Uma obra cujo título é “desafios do Direito na contemporaneidade” já demonstra, apenas com isso, sua extrema atualidade e utilidade.

Os avanços tecnológicos ocorridos especialmente na última década, influenciaram – e continuarão influenciando – radicalmente a prestação de serviços jurídicos, o que, por sua vez, implica muitas dúvidas sobre qual o papel dos profissionais da área diante desta nova realidade.

Por outro lado, esta mesma realidade traz a necessidade de respostas a perguntas cada vez mais complexas, além de uma sensação de urgência típica de momentos históricos marcados por significativas mudanças. Não se deve, porém, imaginar um mundo cuja atividade jurídica seja prestada sem a atuação da inteligência humana. Não é este o futuro que se vislumbra.

Ao contrário, lidar com estas novas ferramentas exige cada vez mais preparo de profissionais, os quais serão essenciais para harmonizar estes novos recursos com a fundamental ideia de justiça - inerente ao Direito desde suas mais remotas manifestações - especialmente em um país cujo ordenamento se pauta pela democracia e pela busca incessante por justiça social.

Os textos contidos neste livro mostram que, sim, há sérios estudos sendo realizados na doutrina nacional, os quais abordam, cada qual à sua maneira, estes inquietantes temas na busca incessante por respostas ou, ao menos, pelo contínuo debate e construção de soluções.

Eduardo Goulart Pimenta

Doutor e Mestre em Direito Empresarial - UFMG

Professor Associado de Direito Empresarial na UFMG

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da PUC/MG

Procurador do Estado de Minas Gerais

Consultor e árbitro

ISBN 978-65-89904-50-2



9 786589 904502 >

DESAFIOS DO DIREITO

NA CONTEMPORANEIDADE





Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LAMOUNIER, Gabriela Maciel, BASTOS, Luciana de Castro, ABRÃO, Renata Lourenço Pereira (Org.)
Título: Desafios do Direito na contemporaneidade - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.
Organizadores: Gabriela Maciel Lamounier, Luciana de Castro Bastos, Renata Lourenço Pereira Abrão
ISBN:978-65-89904-50-2
Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>
1. Direito 2.contemporaneidade 3.tecnologia 4.Mudanças; I. I. Título.
CDD: 342.2

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



PREFÁCIO

Uma obra cujo título é “desafios do Direito na contemporaneidade” já demonstra, apenas com isso, sua extrema atualidade e utilidade.

Os avanços tecnológicos ocorridos especialmente na última década, influenciaram – e continuarão influenciando – radicalmente a prestação de serviços jurídicos, o que, por sua vez, implica muitas dúvidas sobre qual o papel dos profissionais da área diante desta nova realidade.

Por outro lado, esta mesma realidade traz a necessidade de respostas a perguntas cada vez mais complexas, além de uma sensação de urgência típica de momentos históricos marcados por significativas mudanças.

Não se deve, porém, imaginar um mundo cuja atividade jurídica seja prestada sem a atuação da inteligência humana. Não é este o futuro que se vislumbra.

Ao contrário, lidar com estas novas ferramentas exige cada vez mais preparo de profissionais, os quais serão essenciais para harmonizar estes novos recursos com a fundamental ideia de justiça - inerente ao Direito desde suas mais remotas manifestações - especialmente em um país cujo ordenamento se pauta pela democracia e pela busca incessante por justiça social.

Os textos contidos neste livro mostram que, sim, há sérios estudos sendo realizados na doutrina nacional, os quais abordam, cada qual à sua maneira, estes inquietantes temas na busca incessante por respostas ou, ao menos, pelo contínuo debate e construção de soluções.

Eduardo Goulart Pimenta
Doutor e Mestre em Direito Empresarial - UFMG
Professor Associado de Direito Empresarial na UFMG
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da PUC/MG
Procurador do Estado de Minas Gerais
Consultor e árbitro

SUMÁRIO

ANÁLISE DA PRISÃO EM RAZÃO DO NÃO PAGAMENTO DO ICMS DECLARADO

Ana Cristina Batista Carvalhais

1. INTRODUÇÃO	18
2. O ICMS	20
2.1 DEVEDORES DO ICMS PRÓPRIO.....	22
2.2 SONEGAÇÃO X DECLARAÇÃO E NÃO PAGAMENTO.....	23
3. O DIREITO PENAL APLICADA À MATÉRIA TRIBUTÁRIA	25
3.1 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO	26
3.2 O ELEMENTO SUBJETIVO DOS CRIMES DA LEI 8.137/90	28
4. A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA FISCAL	30
5. O DIREITO PENAL E A INADIMPLEMÊNCIA DO ICMS DECLARADO	35
6. CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS.....	42

DECLARAÇÃO DAS MOEDAS CRIPTOGRAFADAS NO IMPOSTO DE RENDA - A IMPORTÂNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Ana Paula Lima Souza Machado

Jully Ferreira Maia

Luciana de Castro Bastos

1. INTRODUÇÃO	48
2. CRIPTOMOEDAS	49
3. IMPOSTO DE RENDA	52

3.1 O IMPOSTO DE RENDA NO BRASIL	54
4. BITCOIN	62
5. AS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL.....	65
6. A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA AS CRIPTOMOEDAS....	67
7. CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS.....	77

OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Barbara Rezende Malard Leite

1 INTRODUÇÃO	81
2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	82
3. A SOBERANIA	85
4. A CIDADANIA	86
5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	87
6. OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA.....	89
7. O PLURALISMO POLÍTICO	90
8. CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	93

A EXPERIÊNCIA DO CLIENTE NA ADVOCACIA 4.0

Camila Soares Gonçalves

Cláudia Mota Amaral

1. INTRODUÇÃO	96
2. AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS E ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CONSUMO	98
3. O PAPEL DO CONSUMIDOR NA REVOLUÇÃO 4.0	100
4. A ADVOCACIA 4.0.....	102

5. A EXPERIÊNCIA DO CLIENTE NA ADVOCACIA 4.0	109
6. CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS.....	114

**INTERPRETAÇÕES E ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS
QUE INTERFEREM NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Cláudia Mota Amaral

1. INTRODUÇÃO	116
2. O CONCEITO FAMILIAR	118
3. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	120
4. CÔNJUGE E COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO	122
5. À EQUIPARAÇÃO DA FIGURA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO PARA ALGUNS DOUTRINADORES	134
6. CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS.....	142

**O DIREITO SUCESSÓRIO E O SURGIMENTO DAS
MOEDAS CRIPTOGRAFADAS: UMA BREVE ANÁLISE NA
TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DAS CRIPTOMOEDAS**

*Danielle Caroline Campelo Silva
Sarah Rúbia Alves Amorim
Wleidice Ferreira Dornellas*

1. INTRODUÇÃO	148
2. A CONCEPÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS - O SURGIMENTO DAS CRIPTO MOEDAS	150

2.1 A valorização das criptomoedas e sua crescente importância no mercado	152
3. O DIREITO SUCESSÓRIO E AS FORMAS DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	153
3.1 Evolução do Direito Sucessório	153
3.2 Formas de suceder no Brasil	156
3.3 Sucessão testamental.....	157
4. A TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DAS CRIPTOMOEDAS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	162
5. UMA BREVE ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS NO EXTERIOR.....	165
CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	168

**A INDIGNIDADE SUCESSÓRIA: O ABANDONO AFETIVO COMO
UMA QUARTA HIPÓTESE PARA O ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL**

*Lucere Márcia Mendes
Fabrício Roberto Araújo*

1. INTRODUÇÃO	171
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	172
2.1 Da legitimidade para propositura	172
2.2 Das hipóteses de exclusão por indignidade	173
2.3 Dos efeitos da exclusão por indignidade	177
2.4 Uma quarta hipótese?	178
3. CONCLUSÃO	182
REFERÊNCIAS.....	184

**A PROBLEMÁTICA DA COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS
DE CARÁTER PESSOAL NO CONCURSO DE PESSOAS NA VISÃO
DE CLAUS ROXIN: UMA ANÁLISE DO CRIME DE INFANTICÍDIO**

Gabriela Maciel Lamounier

INTRODUÇÃO	188
1. INFANTICÍDIO	190
1.1 Evolução histórica do infanticídio e o Direito Penal Brasileiro	190
1.2 O infanticídio no atual Código Penal de 1940	193
1.2.1 Conceito e características	194
2. CONCURSO DE PESSOAS	201
2.1 Conceito e Requisitos	201
2.2 Teorias	204
2.3 Autoria e Participação	205
2.3.1 Teorias Subjetivas	209
2.3.2 Teorias Objetivas	209
2.3.3 Teoria do Domínio do Fato	213
2.3.3.1 Domínio da Ação	216
2.3.3.2 Domínio da Vontade	217
2.3.3.3 Domínio Funcional	217
2.4 Circunstâncias do crime e sua comunicabilidade	219
3. O CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO	221
3.1 Corrente contra a comunicabilidade da circunstância subjetiva elementar	221
3.2 Corrente a favor da comunicabilidade da circunstância subjetiva elementar	222
3.3 Corrente mista	226

4. CONCLUSÃO	227
REFERÊNCIAS	230

**O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES
HOMOAFETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO**

*Gleidson César Costa Tavares
Guilherme Gonçalves Freire
Marcos Antônio Gonçalves de Oliveira*

INTRODUÇÃO	235
1. DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E DA TENTATIVA CONCEITUAL ..	237
2. DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	242
3. NORMAS LEGAIS APLICADAS AO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	248
CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS.....	256

**REGRAMENTO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO
BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA
E DOS ATUAIS PARADIGMAS DO DIREITO CIVIL**

*Jéssica Rodrigues Godinho
Lucas Scarpelli de Carvalho Alacoque*

1. INTRODUÇÃO	260
2. O SER HUMANO COMO PESSOA EM SENTIDO JURÍDICO E A PERSONALIDADE	263
3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	266
4. O CONCEITO JURÍDICO DE CAPACIDADE E DE INCAPACIDADE CIVIL	268

5. A TEORIA DAS INCAPACIDADES E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	271
6. CONCLUSÃO.....	285
REFERÊNCIAS.....	287

**A BLOCKCHAIN E SUA INEVITABILIDADE(?) NAS ATIVIDADES
DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL**

Luis Guilherme Alborgueti Martins

1. INTRODUÇÃO.....	292
2. OS DESAFIOS DOS CARTÓRIOS DE IMÓVEIS.....	293
3. CARACTERÍSTICAS DAS TECNOLOGIA <i>BLOCKCHAIN</i>	296
4. BENEFÍCIOS DO <i>BLOCKCHAIN</i> PARA O REGISTRO DE IMÓVEIS.....	297
4.1 Eficiência.....	298
4.2 Confiança.....	299
4.3 Transparência.....	300
5. LIMITAÇÕES/OBSTÁCULOS DO <i>BLOCKCHAIN</i> NO BRASIL.....	300
6. PROJETOS PELO BRASIL.....	302
6.1 Pelotas/RS.....	302
6.2 João Pessoa/PB.....	303
7. O PROJETO DE LEI N° 2876, DE 2020.....	304
8. COMO UTILIZAR O <i>BLOCKCHAIN</i> ?.....	304
9. ISSO SERIA O FIM DO CARTÓRIO?.....	306
10. CONCLUSÃO.....	306
REFERÊNCIAS.....	309

A AUTONOMIA PRIVADA E A PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO

*Marina Coelho Godinho
Renata Lourenço P. Abrão*

1. INTRODUÇÃO	312
2. DO DIREITO SUCESSÓRIO - ESFORÇO CONCEITUAL, ESPÉCIES, EFEITOS E FUNDAMENTOS.	313
2.1 Da abertura da sucessão e da lei aplicada.	317
2.2 Da legítima e dos herdeiros necessários.....	318
3. DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE	319
4. DA AUTONOMIA PRIVADA	321
5. DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO E DA PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE.	324
6. CONCLUSÃO	325
REFERÊNCIAS.....	327

A INDIGNIDADE NO DIREITO AOS ALIMENTOS

*Natanael Lud Santos e Silva
Renata Lourenço P. Abrão*

1. INTRODUÇÃO	330
2. A INDIGNIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO	331
3. DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	333
4. INDIGNIDADE EM RELAÇÃO À PERCEPÇÃO DE ALIMENTOS PELO CÔNJUGE	338
5. CONCLUSÃO	342
REFERÊNCIAS.....	343

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO

Reysa Taline Frois Lourenço

1. INTRODUÇÃO	346
2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	348
3. AUTOMATIZAÇÃO DO DIREITO	351
4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS SETORES PÚBLICO X PRIVADO	355
5. AS VANTAGENS DA I.A. NOS SETORES JURÍDICOS	361
5.1 Automação de Documentos	361
5.2 <i>E-learning</i>	362
5.3 Resolução de conflitos por meio eletrônico	363
5.4 Pesquisa Jurídica Inteligente	364
5.5 Análise massiva de processos.....	365
6. OUTRAS QUESTÕES ENVOLVENDO A I.A. E O DIREITO	366
6.1 Alto Custo	366
6.2 A Indispensabilidade do Advogado	367
6.3 O perigo das decisões automatizadas e a falta de transparência algorítmica	370
7. DIREITO 4.0	374
8. CONCLUSÃO	375
REFERÊNCIAS.....	379

PRISÃO CIVIL NOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Andreia Fagnoli Barbosa

José Lúcio da Silva Martins

1. INTRODUÇÃO	385
2. DOS ALIMENTOS E SUAS CARACTERÍSTICAS	386

2.1 Da obrigação alimentar	391
2.2 Dos sujeitos da obrigação alimentar	392
2.3 Das espécies de alimentos	393
3. DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E SUA FINALIDADE.....	396
4. EXECUÇÃO E (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL	401
5. CONCLUSÃO	405
REFERÊNCIAS.....	407

ANÁLISE DA PRISÃO EM RAZÃO DO NÃO PAGAMENTO DO ICMS DECLARADO

Ana Cristina Batista Carvalhais

ANÁLISE DA PRISÃO EM RAZÃO DO NÃO PAGAMENTO DO ICMS DECLARADO

Ana Cristina Batista Carvalhais¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O ICMS; 2.1 Devedores do ICMS Próprio; 2.2 Sonegação x Declaração e Não Pagamento. 3. O DIREITO PENAL APLICADA À MATÉRIA TRIBUTÁRIA; 3.1 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo; 3.2 O elemento subjetivo dos crimes da Lei 8.137/904. 4. A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA FISCAL. 5. O DIREITO PENAL E A INADIMPLEMÊNCIA DO ICMS DECLARADO. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de prisão em razão do não pagamento do ICMS declarado é uma questão extremamente relevante à sociedade brasileira, pois atinge os direitos e garantias fundamentais o que levou a discussão ao Superior Tribunal de Justiça, em seguida ao Supremo Tribunal Federal que necessitou de audiências públicas para formulação de sua decisão tamanhas controvérsias e opiniões diversas.

Após votação de seis votos a três, em decisão referente ao julgamento do RHC 163334, foi reconhecido a possibilidade da prisão pelo não pagamento do ICMS declarado, o que levou a perquirir sobre os aspectos jurídicos relativos à possibilidade de tipificação do não pagamento do ICMS declarado destacando os meios mais adequados para o recebimento do imposto. Instigou a possibilidade em tese da tipificação pela conduta por sua importância para os Estados, amplamente aplicado nas diversas atividades econômicas e

¹ Bacharela em Comunicação Social, especializada em Publicidade e Propaganda e Bacharela em Direito. E-mail:anacristinacarvalhais@gmail.com.

com reflexo em toda sociedade. Aplicar o direito penal é meio mais adequado a ser aplicado para o recebimento do imposto e quais possíveis consequências?

A pesquisa foi baseada fundamentalmente pelos ensinamentos e análises do doutor em direito tributário Leandro Paulsen, Pierpaolo Cruz Bottini também doutor em direito penal, e Fernando Facury Scaff doutor em direito econômico financeiro.

Foi procurado conceituar o tributo explicando a diferenciação entre ICMS próprio do substituto, ainda a diferença entre sonegar o imposto e declarar, mas não recolher ao fisco e suas incidências.

Em seguida foi explicado e demonstrado a aplicação do direito penal ligado a matéria tributária, foi analisado a função do direito penal. Buscou-se também analisar alguns institutos específicos quanto à criminalização de condutas tributárias extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e a necessidade da presença do requisito do dolo.

Após essa pesquisa verificou-se imprescindibilidade em analisar as consequências em legitimar o uso do direito penal como instrumento de política fiscal. Fizera importante sopesar entre a necessidade da captação de recursos pelo poder público via arrecadação em prol da ordem tributária para adoção custeio das garantias constitucionais visando a redução das desigualdades sociais, em detrimento dos valores constitucionais da liberdade sendo prejudicados pela utilização do direito penal tributário como instrumento de cobrança arbitrário ignorando preceitos penais típicos e essenciais.

No avanço da pesquisa foi analisado e discutido se o direito penal é o meio mais eficaz para solucionar o problema da inadimplência do ICMS declarado. Quais seriam as suas possíveis vantagens e desvantagens em matéria tributária. E finalmente, foi analisado se observa o critério da utilização como *ultima ratio*².

O método utilizado para satisfazer o objetivo proposto foi a pesquisa qualitativa interpretada as informações coletadas durante

² *Ultima ratio*: expressão em latim que significa última razão, último argumento decisivo e terminante.

as leituras e escritos dos seus capítulos, relacionando conceitos e princípios e os significados de cada assunto. A partir daí será extraído um resultado dependente desse esforço intelectual de caráter subjetivo sendo o critério não exato, mas valorativo e, relação ao tema escolhido. Com isso, por meio de raciocínio dedutivo, utilizando método bibliográfico de estudo e pesquisas responder o questionamento referente a adequação da tipificação do ICMS declarado e não pago para o recebimento do imposto.

Finalmente, objetiva-se contribuir a uma reflexão a respeito da proporcionalidade da utilização do direito penal em face de contribuinte que reconhece o débito e o declara em detrimento a preceitos fundamentais e quem sabe a novas reflexões em ação de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O ICMS

Antes de adentrar a um conceito para compreensão do tema, reforça-se o entendimento de ser um dos impostos mais complexos do ordenamento tributário brasileiro, envolvendo diversas leis individuais de cada estado, convênios entre eles, resoluções do Senado, ou seja, uma legislação extensa. Pretendemos aqui expor uma conceituação em linhas gerais para entendimento do tema proposto a ser analisado (PAULSEN, 2020, p. 599).

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, é de competência dos Estados e Distrito federal, e nos termos do artigo 16 do Código Tributário Nacional - CTN - têm a obrigação por fato gerador uma situação que independe de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Em primeira análise o imposto é um tributo essencialmente com a finalidade meramente fiscal, ou seja, de caráter meramente arrecadatório. O fato gerador do imposto é não vinculado a nenhuma espécie estatal que esteja diretamente ligada ao contribuinte, por isso,

não há que se falar em despesa específica ou destinação específica (CARNEIRO, 2020, p. 257).

Segundo Leandro Paulsen (2020, p. 600) “Operações são negócios jurídicos; circulação é transferência de titularidade, e não apenas movimentação física; mercadorias são bens objeto de comércio.” Conforme entendimento firmado pelo STF a simples circulação da mercadoria não constitui fato gerador, é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade e essa transação pressupõe, efetivamente ato mercantil objetivando pela obtenção e lucro.

Ainda, é um imposto plurifásico existe uma cadeia de fases ou etapas que o produto/mercadoria passa incide sobre o valor agregado, respeitando a não cumulatividade princípio constitucional. A proibição supracitada é um artifício de evitar a tributação em cascata, ou seja, a incidência repetida do mesmo tributo por meio de operações sucessivas de tributação gravando diversas vezes sobre a mesma riqueza.

Referindo a base de cálculo do imposto em questão é o valor da operação, nos termos do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96. O cálculo está dentro do preço da mercadoria no valor final, não se opera a soma do preço da mercadoria ao ICMS, o dito preço da mercadoria é o valor da operação.

Quanto a apuração do ICMS próprio parecida com uma conta corrente com o fisco. Ao final do mês não se pode ter a certeza que haverá pagamento de ICMS, pois irá depender do saldo entre crédito e débitos dessa conta corrente. Exemplificando, uma papelaria para se organizar para as vendas referente aos materiais escolares de início do ano precisam formar estoques. Ela então fará as suas compras de materiais para estoque nos meses de janeiro e fevereiro, mas o volume maior das vendas ocorrerá somente em março. Possivelmente, o ICMS a pagar principalmente em janeiro e fevereiro será mais baixo ou até inexistente aquele. O que ocorre é que a papelaria estará com um crédito maior que o débito nessa conta corrente a qual só em março, será compensado, sem a certeza de ter todo o estoque vendido. Nessa

relação existe uma estrutura jurídica com o fisco tipo uma conta corrente com o fisco, que varia de acordo com a formação e baixas dos estoques da comercialização (FERNANDO FACURY SCAFF, 2019, n.p.).

2.1 DEVEDORES DO ICMS PRÓPRIO

Seguindo as explicações referentes ao ICMS, o destaque do imposto é apenas dentro do preço, faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor, com o fim de visualização e instrumentalização do sistema de créditos e de pagamentos do ICMS.

O comprador pagará o preço da mercadoria, tão somente, e será o vendedor em nome próprio (contribuinte direto – próprio) quem irá retirar desse valor recebido no percentual devido a depender dos termos legais do Estado. “A matéria restou pacificada no STF, com efeito de repercussão geral, no RE 582.461, relator o Ministro GILMAR MENDES” (PAULSEN, 2020, p. 616).

Importante salientar que infelizmente a imprensa, o povo em geral, os órgãos públicos por vezes utilizam-se da expressão contribuinte de forma errada, ou melhor dizendo atécnica, ou seja, referindo-se a qualquer pessoa que sofra a ocorrência econômica do tributo e, conseqüentemente contribua operação financeira do Estado. Por essa colocação o sujeito que compra alguma mercadoria estaria arcando com a carga do ICMS, sendo o contribuinte do dito imposto. O sujeito passivo quanto a obrigação de recolhimento do ICMS da operação é o comerciante e não o consumidor. Na situação exposta, no polo ativo está o Estado ou DF e no polo passivo o contribuinte, no caso, o comerciante assim definido pela lei. Por tudo isso, podemos conceituar como contribuinte de fato o consumidor e contribuinte de direito o comerciante (ALEXANDRE, 2017, p. 352).

Existem tributos que são cobrados ou descontados dos contribuintes por terceiros para facilitar a arrecadação. A exemplo do ICMS em substituição (tributo descontado pela fonte pagadora), do INSS, dentre outros. Em tal situação, o consumidor ou o empregado

são os contribuintes, já o comerciante ou o empregador tão somente descontam os valores e os transferem ao Fisco. Os citados valores não integram o patrimônio deles, e o não repasse dos recursos caracteriza a apropriação indébita.

Situação distinta do ICMS próprio. Nesse caso, como já citado acima o consumidor não é o contribuinte, ou seja, não tem capacidade contributiva. Ele arca com o ônus do tributo por vezes embutido no preço da mercadoria, tanto quanto despesas trabalhistas, com aluguel, dentre outras. Tal situação não tem o condão de perfazer uma relação empregatícia com o consumidor e nem de inquilinato, e tal qual não o torna contribuinte do ICMS pelo fato de comprar a mercadoria, ainda que arque com o valor do tributo – contribuinte de fato (BOTTINI, 2019, n.p.).

2.2 SONEGAÇÃO X DECLARAÇÃO E NÃO PAGAMENTO

O conceito de sonegação está expresso na Lei n.4.602/64 art.71 ação dolosa por parte do contribuinte visando impedir, retardar, total ou parcialmente, a informação e conhecimento por autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, sua natureza ou contexto material. Ainda, esconder condições pessoais de contribuinte, sujeito a afetar a obrigação tributária principal ou o crédito correspondente.

Outro conceito importante para a compreensão de sonegação é sobre a fraude constante no artigo 72 da Lei n.4.502/64, toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, parcial ou totalmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação ou a excluir ou alterar as suas características visando a redução do montante real devido para evitar ou diferenciar pagamento (BRASIL,1964, n.p.).

Fechando o conceito temos o artigo 73 que descreve o “conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Sonegação está prevista na Lei 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária praticados por particulares, e, em seu artigo 1º descreve as várias condutas que são tipificadas como crime de sonegação: omitir informação, prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; fraudar a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos ou omitindo operações de qualquer natureza; falsificar ou alterar nota fiscal, ou qualquer documento relativo à operação tributária; elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento; negar ou deixar de fornecer, quando necessário, nota fiscal e afins relativa a venda de mercadoria ou operação de serviço à fazenda. Prevendo a pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa (PAULSEN, 2020, p. 800).

Em caso de não emissão fiel e necessária de documentação fiscal, ou seja, omissão tendente a impedir ou retardar o conhecimento do tributo por autoridade fazendária, em razão da sua repercussão na apresentação mensal da Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), estaríamos tratando do crime de sonegação do art.1º da Lei 8.137/90. Porém, quando falamos em operações as quais ocorreram as declarações apropriadas, de forma idônea, não estamos tratando e nenhuma fraude ou omissão, mas sim o cumprimento das obrigações acessórias. Ocorrendo a emissão da documentação fiscal exigida em caso de venda de mercadorias, o destaque para o valor de ICMS, importante para possibilitar a informação, fiscalização e em caso de necessidade, apropriação de créditos perante regime não cumulativo. Sendo feita a declaração corretas com os devidos valores em GIA, não há que se falar em atitude fraudulenta ou ardilosa. O que sucede é o inadimplemento do tributo. Prova disso é que em caso de pagamento voluntário fora do tempo ou recolhimento pelo fisco incidirão apenas juros e multa moratória e não a multa de ofício (PAULSEN, 2020, p. 825).

A diferença entre sonegar um tributo e declarar e não pagar é que a sonegação se obriga-se o emprego da fraude, e por isso eleva a conduta a condições de ser aplicada como crime em desfavor a ordem tributária. Lado outro é declarar e não pagar qual seja o

inadimplemento da obrigação tributária, isoladamente considerado, não é crime, ou seja, se o contribuinte declara todas as hipóteses de incidência ao fisco, seguindo os preceitos legais, cumpre todas as obrigações acessórias e mantendo registro contábil regular, mas deixando tão somente de efetuar o pagamento do débito tributário, não há que se falar em crime, mas de mero inadimplemento (LIMA, 2018, p. 9).

3. O DIREITO PENAL APLICADA À MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Inicialmente, segundo Guilherme Nucci (2019, p. 74) o direito penal exerce a função de agir, no ordenamento jurídico, quando acabam todas as outras opções, ou seja, sendo a ultima ratio, não sendo possível a solução de determinada demanda pelos demais ramos do direito ante a lesão a um bem jurídico tutelado.

O direito penal é a parte do ordenamento jurídico responsável dos mais graves conflitos existentes, que só deverá ser aplicado como a última opção do legislador para que as regras tenham valor legalmente impostas a toda sociedade, aplicando-se da pena como forma de sanção, bem como exercendo o mesmo modo para impor limites à atuação punitiva do estado, evitando abusos e intervenções incorretas na esfera de liberdade (NUCCI, 2020, p. 81).

Adentrando a aplicação do direito penal à matéria tributária, nos cenários dos crimes tributários dentre eles o referido supressão ou redução de tributo, contribuição ou acessório (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90), em absoluto cabe ao Estado criar tipos incriminadores para forçar devedores a pagar tributos ou contribuições atrasadas. Para isso, existem instrumentos civis de execução forçada. O emprego da seara penal deve ser reservado aos sonegadores cuja particular intenção é fraudar o fisco, visando não serem descobertos, figurando-se impunes e enriquecendo às custas do Estado (NUCCI, 2019, p. 185).

Para Machado (2018, p. 381) o contribuinte que declarar por meio das devidas escriturações e documentações, mas não paga o tributo devido, ainda que atribuindo-lhe enquadramento jurídico equivocado,

o judiciário disponibiliza ao fisco instrumentos para cobrança do crédito, por meio de lançamentos dos valores respectivos, de multas pesadas e do eventual ajuizamento de execução fiscal. É a fraude que retira do Estado recursos que lhe possibilitariam corrigir erros e cobrar diferenças, por ocultar definitivamente a própria supressão.

Basicamente é por meio dos tributos e demais formas de contribuição que o Estado promove o custeio de suas atividades essenciais, tais como saúde, educação, segurança pública, moradia, etc., previstos em nossa Carta Magna. Sendo assim, sempre que houver produção de riqueza seu agente terá obrigações perante o fisco.

Constitui ilícito tributário deixar de pagar tributo cujas sanções estão previstas no Código Tributário Nacional e em leis especiais. Porém, como deveria ser, o direito penal adentra nessa seara quando se tratar de questões mais relevantes, envolvendo fraude, sonegação e outros atos similares cujo objetivo é ludibriar o fisco e não recolher os impostos, taxas, contribuições, dentre outros (NUCCI, 2019, p. 93).

Feita essas considerações, passa-se ao advento dos institutos jurídicos empregados como instrumentos de política criminal-fiscal referente ao Direito Penal Tributário. Falaremos da: a) extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado, b) imprescindibilidade do dolo nos crimes da Lei 8.137/90.

3.1 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

Segundo Scaranello (2020, n.p.) no ordenamento jurídico brasileiro, o pagamento do tributo mesmo sonegado a qualquer tempo provoca a extinção da punibilidade, não é a ação penal que se extingue, mas o próprio *ius puniendi*³ estatal, impossibilita qualquer intenção punitiva em face do agente em certo fato típico, ilícito e culpável. Nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal sendo reconhecido

3 *Jus puniendi* (lê-se *iús puniendi*) o direito de punir. Enciclopédia jurídica Disponível em: < <http://www.encyclopedia-juridica.com/pt/d/jus-puniendi/jus-puniendi.htm> > Acessado em: 16/11/20.

a extinção sua aplicação poderá ser efetuada *ex officio* pelo órgão jurisdicional.

Segundo Cinthia Palhares (2004, p. 165) é inadmissível, por todos os ângulos e perspectivas a tipificação penal de condutas que não consistam em lesão ou grave perigo que não possam ser reprimidas por outros ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do administrativo, ou, ainda, excluídas da seara da ilicitude. Resumindo, a coibição da sonegação fiscal poderia se dar adequadamente de forma exclusivamente na esfera administrativa.

Segundo Machado (2018, p. 385) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, baseada na Lei 10.684/2003, o “o pagamento do tributo, a qualquer tempo, integral ou parceladamente, extingue a punibilidade, no que tange aos crimes contra a ordem tributária”.

Em relação ao parcelamento ocorre apenas a suspensão da pretensão punitiva do Estado e somente com o pagamento integral do valor devido, que ocorrerá a extinção da punibilidade proveniente do recolhimento da última parcela restará obrigatória.

Em razão dessa permissiva política criminal, banalizando o direito penal tributário, alguns doutrinadores têm aventado que o mais adequado seria a descriminalização dos ilícitos tributários. É evidente que o Direito Penal funciona como um meio eficaz de proteção de bens jurídicos e prevenção de ações delitivas, na medida que seja aplicado conforme as regras, evitando-se a impunidade. Geralmente certeza de não recair em si nenhuma punição faz com o indivíduo sintá-se estimulado a delinquir frente aos crimes tributários.

A *abolitio criminis* (abolição do delito) referente à questão tributária funcionará como um incentivo à sonegação, causando a diminuição do recolhimento pelos cofres públicos necessários à efetivação da função do tributo na sociedade bem jurídico pretendido no ramo penal tributário (AFONSO, 2011, n.p.).

3.2 O ELEMENTO SUBJETIVO DOS CRIMES DA LEI 8.137/90

Para Nucci (2020, p. 304) o dolo é o desejo e a consciência de praticar a conduta típica, pouco se importando se o agente tinha conhecimento ou não da ilicitude. Para a ótica finalista, chama-se dolo natural, pois não se introduz, nesse conceito, nenhum componente de valoração.

Podem perceber que o simples desejo ou vontade do agente é penalmente insignificante, visto que o Direito Penal não condena os pensamentos. Portanto, o dolo se constitui de dois elementos quais sejam um cognitivo ou intelectual, ou seja, ter consciência do que se pretende praticar e ela deve estar presente no momento da ação; e outro o volitivo ou vontade, ou seja, essa vontade deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexu causal (BITENCOURT, 2020, p. 799).

Os crimes definidos no artigo 2º da Lei 8.137/90 são formais, ou de mera conduta, quer dizer, são consumados independentemente do resultado. Contudo, não significa que o elemento subjetivo seja irrelevante. Os delitos descritos somente se configuram com a existência do dolo específico que é elementar do tipo.

Nesta linha de pensamento, Hugo de Brito Machado colaciona que:

Assim, e em suma, os artigos que cuidam da chamada “apropriação indébita previdenciária”, e do “não pagamento de tributos retidos ou descontados”, podem em tese ser interpretados conforme a Constituição, caso se entenda que exigem, para a configuração do crime: (i) dolo específico, representado pelo propósito de apropriação dos valores, propósito este revelado pela prática de atos no sentido de ocultar a dívida correspondente, inviabilizando sua cobrança pelo Fisco; (ii) efetiva existência de valores com os quais o pagamento pudesse ocorrer (MACHADO, 2018, p. 367).

Além de ser necessário o dolo, em se tratando do crime previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, a fraude é elemento fundamental do tipo. Não se configura o crime diante do erro, da imprecisão ou mesmo possibilidade referente ao enquadramento jurídico dos fatos (por equívoco ou erro em relação à aplicação da legislação tributária), mas sim na comprovação da ocultação ou da inexatidão quanto ao acontecimento dos fatos. O resultado, que é o não recolhimento do tributo, é igualmente indispensável à consumação do crime, mas ele sozinho não ensejaria sequer aplicação da sanção penal. A fraude, sim, pois caso o contribuinte apenas deixe de pagar o tributo, mas o declare devidamente, mesmo que o enquadramento esteja equivocado, o judiciário fiscal tem meios para constituir a cobrança do crédito devido, por meio a exemplo do lançamento do respectivo valor ao ajuizamento de execução fiscal (MACHADO, 2018, p. 381).

Entretanto, salvo em caso de confissão da intenção pelo contribuinte, a comprovação na prática se mostra bastante árdua. Portanto, não havendo um conjunto substancial inquestionáveis de provas a proporcionar a presença da intenção consciente e intencionalmente de afrontar direito de outrem, dificilmente será possível deduzir com segurança a existência ou não do dolo. (ANDRADE FILHO, 2015).

Os crimes previstos na Lei 8.137/90 são punidos somente na espécie dolosa, não se admitindo na modalidade culposa. Questão muito problemática, nesse âmbito, é a prova do dolo que, frequentemente, é erroneamente presumida para possibilitar a incriminação da conduta do agente, que é mero devedor do fisco, ou seja, simples inadimplente (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 30).

Com razão adverte Paulo José da Costa Jr. (2000, p. 111) que “se nas infrações tributárias a responsabilidade é objetiva, pois independe da intenção do agente, nos estritos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional, o que torna irrelevante a prospecção do elemento subjetivo, o delito fiscal não se configura sem a demonstração da conduta dolosa. Ou seja, sem dolo não há infração penal tributária”.

A reconhecimento do dolo é, regularmente, inadequadamente presumida porque se compara a realização da infração tributária com a ação dolosa de um crime contra a ordem tributária, como se a mera infração do dever extrapenal decorresse constitutiva de crime. Contudo, o dolo que caracteriza delito em face da ordem tributária acarreta o propósito de fraudar o Fisco, manifestado por meio da prática de atos confiáveis a essa finalidade (BITENCOURT, MONTEIRO, 2013, p. 30).

4. A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA FISCAL

Em agosto um acórdão de 2018 a Terceira Seção do STJ no julgamento do HC 399.109, por maioria dos, firmou-se entendimento que considerou que o não pagamento do ICMS próprio, embutido no valor de mercadoria comercializada, consistiria, iminentemente, crime de apropriação indébita, motivo pelo qual acarretou o prosseguimento de ação penal que responsabilizara a um réu essa conduta (PAULSEN, 2020, p. 823)

Segundo Dr. André Mendes Moreira (2020, n.p.) o Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2019 no julgamento do RHC 163.334, por maioria dos votos, decidiu pela criminalização do não pagamento do ICMS próprio declarado pelo contribuinte contumaz com dolo de apropriação indébita. No habeas corpus em questão se discutia-se a possibilidade em tese da tipificação pela conduta do empresário de declarar e não pagar o ICMS ao fisco. Para o magistrado de primeira instância não é possível pois o imposto é repassado ao Estado, mas é devido pelo contribuinte comerciante e não pelo consumidor de bens e serviços. Por não se tratar de valor de terceiro ou alheio não poderia ser tipificado como apropriação indébita.

No julgado do RE 574706 referente a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins resultou em uma votação com o seguinte entendimento de que o PIS e a Cofins são contribuições sobre a receita, incidem sobre a receita de vendas de mercadoria e de prestações de

serviços. Essa decisão beneficiou os contribuintes ao dispor que o ICMS não se inclui na base de cálculo do PIS e da Cofins. A corrente vencedora do STF entende que o ICMS que o empresário recebe ao vender a mercadoria não é receita dele seria na verdade um valor que o comerciante arrecada em nome próprio do consumidor final e repassa ao Estado. Diante disso, poderá o empresário incorrer no crime de apropriação indébita.

Segundo Heloisa Estellita (2019, n.p) o fato de o STF ter formado entendimento em 2017 que o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins não modifica a sua natureza. O Tribunal tão somente entendeu que o tributo não faz parte da receita do comerciante, devendo por isso, não sofrer a incidência de tributo sobre tributo, mas de maneira alguma decidiu que o ICMS é coisa alheia a ser passível de apropriação.

Em outras palavras, o contribuinte que não paga o ICMS próprio não se apodera de nada. É simplesmente devedor do Fisco e deverá sofrer a execução fiscal, porém não comete crime. A constituição veda a prisão por dívida, excetuando casos de alimentos, nesse diapasão o STF está contrariando a constituição criminalizando a inadimplência fiscal.

Para Leandro Paulsen (2020, p. 824) a tese referente ao montante do ICMS pertenceria ao Fisco decorrente do precedente do julgado do STF sobre a exclusão do ICMS da base de cálculos do PIS e da Cofins mostra-se um posicionamento equivocado, que seria melhor interpretado e compreendido de que o tributo que grava a operação não constitui, por si e nessa medida, mostra de capacidade contributiva, pois conserva correspondência direta no passivo do comerciante.

Ainda, segundo Paulsean (2020, p. 820) a decisão do Egrégio tribunal tendo por base uma interpretação equivocada tanto da lei penal como do evento tributário. O crime de apropriação indébita tributária em geral encontra-se estritamente relacionada à substituição tributária, em tal circunstância um terceiro colaborador considerado substituto, por proximidade de suas relações junto ao contribuinte e ao fato gerador do tributo, é obrigado, por lei, a recolher em dinheiro,

em nome do contribuinte determinado tributo. Em consequência a lei garante ao substituto o meio para obter do contribuinte, mediante retenção ou cobrança o valor recolhido. Tais valores não pertencem ao substituto que apenas têm acesso a ele, pois são devidos aos cofres públicos daí a apropriação indébita pelo não pagamento.

A Lei 8.137/90 que trata do tema dispõe em seu artigo 2º, II, que constitui crime contra a ordem tributária “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”. Os verbos “descontados ou cobrados” referem-se a diversas modalidades referentes a substituição tributária (BRASIL, 1990, n.p.).

Via de regra a apropriação indébita se dá pelo não pagamento pelo substituto, ou seja, terceiro retém parcela tributária do contribuinte e se apropria dos valores dando-lhes outra destinação, que não o recolhimento aos cofres públicos.

A pretensão de tipificar a apropriação indébita do ICMS próprio declarado e não pago traz preocupação e insegurança jurídica aos agentes econômicos. Está havendo uma interpretação equivocada pela perspectiva tributária da Lei 8.137/90 artigo 2º, II, deixar de recolher valor de tributo “descontado ou cobrado” destinaria aos tributos indiretos, até mesmo ICMS embutido no preço das mercadorias, cobrado pelos consumidores. Em análise tributária a apropriação indébita, como citado acima, no caso de tributo cobrado remete a substituição tributária a frente. A apropriação indébita de valores de outrem, de coisa alheia, é elementar do tipo.

Entretanto, o ICMS, diversamente, é tributo obrigatoriamente devido pelo próprio comerciante sendo ele o contribuinte, incidindo por dentro da mercadoria. No caso em pauta ocorre a cobrança pelo comerciante das mercadorias vendidas e, com essa receita, paga o tributo incidente na operação, nos termos da Lei 87/96. Não ocorre a circulação pelas mãos do comerciante de valores de terceiros, daí a inviabilidade de caracterizar a apropriação indébita, mas sim o inadimplemento de tributo.

A aplicação do preceito penal pelo não pagamento do ICMS acaba por tratar-se de violação a concorrência questão afeta ao direito econômico e não tributário. Mesmo a criminalização do inadimplemento deliberado e contumaz pudesse proteger a higidez dos mercados, não foi o que se pretendeu o legislador ao escrever o objeto a ser tipificado, ou seja, não deverá ser considerado, salvo sobrevenha lei nesse sentido.

A inobservância de tais conceitos, princípios, e disposições tributárias demonstra uma utilização do direito penal como meio de política fiscal propensa a coibir as garantias fundamentais constitucionais. Possibilita ao estado o poder de Coerção em prol de um bem maior indistinto das premissas legais, o que deve ser observado com a devida cautela (PAULSEN, 2020, p. 825).

Não se pode deixar de expor que a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, não delimitou alguns conceitos necessários quanto aos elementos indispensáveis para que essa conduta seja digna de persecução penal.

Na decisão do STF restou-se pacificado a necessária comprovação do dolo em se apropriar indevidamente dos valores de ICMS próprio, afirmando assim que a nova interpretação não deve atingir o devedor que não fez o recolhimento do tributo em razão da insuficiência no fluxo de caixa em suas contas, a exemplo.

Por esse ponto, os critérios apontados pelo STF firmam exigir a confirmação do dolo e ser a conduta praticada por devedor contumaz que age intencionalmente a fim de beneficiar-se de vantagens ilícitas por meio do não pagamento do tributo devido ao fisco. Todavia, o Egrégio não conceituou devedor contumaz e essa ausência de delimitação traz insegurança jurídica.

Caso o intuito do STF tenha sido de conscientizar a população por meio da coerção estatal, extrapolando a esfera administrativa, a criminalização dessa conduta, em verdade, terá efeitos práticos pouco eficientes, visto que essa compreensão coincide com a introdução do acordo de não persecução penal.

O ministro Gilmar Mendes, voto vencido, firmou entendimento no sentido de apenas tipificar a conduta como crime “se o não pagamento do tributo envolver artifício fraudulento que impossibilite a cobrança”, sob pena de estar se implantando uma “política criminal arrecadatória”.

Entende-se diante dos fatos deverá considerar-se a possibilidade de induzir as práticas de crimes mais gravosos a exemplo dos crimes previsto no artigo 1º da Lei 8137/90 sonegação e fraude, visto que o contribuinte que encontrar-se-á em situação de instabilidade financeira, pela insegurança jurídica devida a nova deliberação, ainda deixarão de repassar aos cofres públicos os valores devidos (ZOPELAR, RIOS, 2020, n.p.).

Segundo Ana Elisa (Bechara, 2018, n.p.) a utilização político-criminal arrecadatória não é novidade e sobrevém em períodos de crise econômica. Todavia, além de ser ilegítimo, a criminalização tão somente da inadimplência tributária intensifica a questão, ampliando a crise.

Ocorre uma espécie de gradação que os empresários fazem ao efetuar seus pagamentos de seus débitos, escolhido como mais importante os empregados, que deve ser prestigiado e pago rigorosamente em dia, em detrimento de outros. Diante da nova interpretação e possibilidade de tipificação da inadimplência do ICMS próprio, poderá o empresário fazer novas escolhas e aumentar as taxas do desemprego, acarretando na ampliação da crise econômica.

Segundo Andreas (2002, p. 14) o Direito Penal Tributário não pode ser analisado como mera função arrecadatória, sendo simples execução fiscal sob ameaça de prisão. Deverá ser observado a finalidade consubstanciada proveniente da receita recolhida de tributos visando a proteger a destinação social da receita.

5. O DIREITO PENAL E A INADIMPLEMÊNCIA DO ICMS DECLARADO

Inicialmente é imprescindível explicar os preceitos constitucionais que impedem a incidência da prisão por dívida no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal de 1988, qual seja, “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 2020, n.p.).

Ainda, e não menos importante, segue disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, item 7 “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. O objetivo dos artigos ora citados é a proteção a direito fundamental expresso na Constituição em seu artigo 2º da Dignidade da Pessoa Humana. (BRASIL, 2020, site planalto Decreto nº 678).

O Brasil não admite a possibilidade de prisão por dívidas, apenas em se tratando de pensão alimentícia, e mesmo nesse caso existe ressalva de motivo de força maior, não há que se falar em prisão do devedor, perdurará a dívida. Contudo, não será possível a utilização da coercitividade para o poder de cobrança.

Essa vertente é aplicada no ordenamento brasileiro que não revogou a prisão do depositário infiel, contudo, está inaplicável por ter sido recepcionado o Tratado versando sobre direitos Humanos como norma Supralegal sendo hierarquicamente superior às leis infralegais. Essa é a tendência mundial que o Brasil é signatário em defesa aos direitos fundamentais em especial a Dignidade da Pessoa Humana, sendo uma limitação de atuação do Estado perante o indivíduo.

O Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante 25, dispõe “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.” (PAULO, ALEXANDRINO, 2017, p. 243).

Segundo Afonso Thadeu (2011, p. 72) a Carta Magna dispõe diversos direitos fundamentais mesmo de primeira geração,

considerados negativos, ou seja, dever de limitação a atuação estatal, ainda assim, para que alcance tenha eficácia necessita da prestação estatal efetiva. Dessa dependência da atuação estatal todos os direitos são positivos, até mesmo a liberdade, todos são afetados pela ausência de recursos, e a tutela desses direitos representa a igualdade e redistribuição de riqueza social.

De acordo com Flávio Galdino (2005, p.203) direitos não nascem em árvores, ou seja, para que o indivíduo tenha o direito à liberdade e propriedade por exemplo, existem os remédios constitucionais que para que possam ser aplicados existe um custo, sendo assim, *“há, assim, uma ligação indissolúvel entre o direito subjetivo e o remédio jurídico previsto para sua garantia e efetivação”* (GALDINO, 2005, p. 203).

O tributo, modalidade já explicada acima, que tem o escopo de fomentar a máquina estatal administrativa para que possa executar as políticas estatais a fim de promover a tutela e efetivação dos direitos fundamentais a exemplo, à vida, moradia, segurança, liberdade, entre outros. Esse entendimento demonstra-se essencial para a garantia dos direitos a correlação do dever dos indivíduos em pagar o tributo contribuindo assim para um bem comum maior (AFONSO, 2011, p. 80).

O não recolhimento do tributo é sem dúvida reprovável e motivo de dedicação e importância de sua tratativa pelo Estado por seus reflexos em âmbito social e econômico. Entretanto, é necessário diferenciar a conduta de mero inadimplemento em que reconhece o débito ao declarar e não pagar (situação em discussão na tese) da sonegação com fraude e omissão de elementos informativos. A primeira situação é um ilícito administrativo que deverá ser aplicada a execução fiscal, que indubitavelmente merece ser aperfeiçoada e melhorada para que alcance seus objetivos. Na segunda deverá ser aplicado a seara penal (ESTELLITA, 2019, n.p.).

Segundo Pierpaollo (2020, n.p.) Diante da importância e necessidade da arrecadação dos tributos a decisão do SFT que busca um pretenso objetivo político-criminal relevar alguns princípios consagrados do direito penal.

De acordo com Ana Elisa (2018, n.p.), necessariamente, em obediência ao princípio da legalidade, o Direito Penal para coibir e condenar determinadas condutas, deverá expressar-se por meio de regras contidas na lei sua fonte imediata de produção. A fundamentação nos preceitos jurídicos são requisitos essenciais para repressão dos comportamentos incriminados e, conseqüentemente, da razão valorativa dos argumentos jurídico-penais concretos, por efeito de converter transformar o Direito penal em puro fenômeno de poder.

Todavia, ocorreu uma interpretação equivocada equiparando o significado de ICMS próprio com o ICMS substituto ou de retenção na fonte pagadora. Nestas situações o consumidor e o empregado são os substituídos e, portanto, responsáveis jurídicos, há uma previsão legal de cobrança ou retenção. Nesse caso ocorre um ato de confiança do Estado em relação ao substituto por questão de facilidade e comodidade para o recolhimento dos valores. Porém, no caso do ICMS próprio o comerciante é quem em nome próprio é o responsável tributário, o consumidor não tem relação jurídica com o Estado. E caso esse consumidor deixe de pagar as parcelas da compra, ainda assim o comerciante terá a responsabilidade fiscal de recolher. Não é valor de terceiros pois o valor integra o patrimônio do comerciante, não existindo coisa alheia para tipificar o crime descrito (BOTTINI, 2020, n.p).

Segundo Ana Elisa (2018, n.p.) a decisão judicial está baseando em parâmetros econômicos, que não é suficiente para adequação ao tipo penal. A importância da limitação das interpretações ao tipo encontra-se fundamentada no próprio princípio da legalidade. A vinculação do interprete penal ao sentido jurídico original do elemento deve ser respeitada, não se permite ao julgador aplicar conceitos mais amplos do que os reconhecidos em âmbito extrapenal de conceituação do tipo.

Pierpaolo (2020, n.p.) argumenta que seguinte esse diapasão em interpretar o não pagamento do ICMS declarado como apropriação indébita, o crime antes pelo preceito penais identificado como formal,

diante da nova interpretação passará a ser um crime material, em que será necessário identificar a “coisa alheia” por se tratar se crime de resultado. Nesse sentido será necessário o procedimento fiscal da constituição do crédito tributário para que possa ter algum tipo de repercussão penal, e com isso, necessariamente irá se aplicar a súmula 24 do STF que exigirá perícia para identificar o valor exato que não foi cobrado ou descontado. Sendo que o ICMS nem tudo que se destaca na nota é devido ao fisco a depender do ajuste de contas entre créditos e débitos poderá ser diverso o valor.

Segundo Heloisa (2019, n.p.) enquanto na seara tributária se aplica a presunção, tal expediente é proibida no Direito Penal. Necessita-se que seja demonstrada em cada caso concreto, a divisão do preço de cada produto ou serviço em suas parcelas de custos operacionais, tributários, trabalhistas, lucro, etc. Além disso, terá que ser comprovado que os custos tributários, necessariamente, foram, em sua totalidade, embutidos no preço exatamente na dita operação de venda ou prestação de serviços, sem deduções, e ainda que o consumidor realmente pagou o valor do tributo antes da data aguardada para o pagamento do tributo.

Esses cálculos, quase impossíveis de se realização na prática, são conhecidos pelos tributaristas, no caso do processo penal, será necessário fazer a comprovação de cada um desses elementos. Em relação ao ICMS, a não cumulatividade aumentará a complexidade de comprovação e efetivação dos cálculos, visto que para comprovar a apropriação dos valores devidos aos fiscos, pois nem tudo que o contribuinte do ICMS “recebe” do comprador final tem de ser “entregue” ao órgão fazendário.

Segundo Pierpaolo (2020, n.p) deverá ser comprovado a intenção e a ação em apropriar-se de “coisa alheia” de terceiro ter algum tipo de proveito econômico com a conduta, sendo que a declaração e registro da dívida por si só já é um reconhecimento de um débito. Não sendo comprovado o dolo pela seara penal deverá ser reconhecido a atipicidade da conduta, ou seja, existe o débito que não poderá penalizado. Lado outro, reconhecido o débito, caberá a execução fiscal

via que carece sem dúvida alguma de melhorias e aperfeiçoamentos para sua eficiência.

Conforme ensinamentos de Francisco de Assis (1994, p. 193), “O direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”. Portanto, pode-se compreender que o princípio da insignificância funciona para o direito penal como um limitador, uma restrição de sua aplicação, em observância a subsidiariedade e fragmentariedade do ramo penal. O princípio da insignificância exclui a tipicidade do fato, o STF logrou entendimento em alguns requisitos para reconhecer a insignificância do ato quais sejam: i) a ausência de periculosidade social da ação; ii) a mínima ofensividade da conduta do agente, iii) a inexpressividade da lesão jurídica causada e iv) a falta de reprovabilidade da conduta. (GOMES, 2010, p. 22).

Segundo Thadeu Afonso (2011, p. 141) o STJ pacificou sua jurisprudência entendendo que princípio da insignificância em matéria tributária aplica-se quando o débito for inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002.

Uma aplicação bem diversa a aplicada nos crimes comuns contra o patrimônio retrata, novamente, a utilização da seara penal em desfavor das classes menos favorecidas, a utilização desse princípio apenas contribui para a descriminalização de fato dos mesmos, deixando desprotegido o bem jurídico.

Outro instituto que limita a intervenção penal é a causa de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em qualquer fase do processo, segundo Thadeu Afonso (2011, p. 122) entende-se que essa benesse em questão tributária é um instrumento injusto, uma vez que não é utilizada em crimes semelhantes e menos graves. Aquele que comete um crime de menor potencial ofensivo não se beneficiará com a extinção da punibilidade, mas tão somente de uma possível redução de pena.

Segundo o Subprocurador Jose Bonifácio Borges de Andrada (2019, n.p.), o caso em questão trata-se de inadimplemento, pois caso o empresário não efetue o pagamento do tributo o efeito chamado

sobre o contribuinte de fato é zero, a relação é entre o empresário e o fisco que deverá ser considerado para fins penais. Distinto do que ocorre com a previdência social, pois há efetivamente o desconto que inclusive é identificado o valor X no salário e emite uma guia que o nome desse empregado é identificado por todos os dados. Existe sanções, apenamentos, encargos, multas tributárias para o que é inadimplente. Trata-se de uma conduta atípica.

Assim, observa Pierpaolo (2020, n.p.) o poder punitivo do Estado tem que ser limitado por parâmetros legais e não discricionários, na medida que o STF autoriza que o próprio Estado descumpra preceitos legais por objetivos político-criminal, ainda que seja nobre e extremamente importante, abre-se um precedente perigoso libertando-o das amarras da legalidade. O Estado em tais condições tende a abusar e se valer de condutas arbitrárias e autoritárias.

6. CONCLUSÃO

A Constituição em defesa do Estado Democrático de Direito preceitua diversos direitos fundamentais como a igualdade, dignidade da pessoa humana, saúde, educação entre outros os quais geram custos ao Estado que necessita da arrecadação para satisfazê-los. Não se discuti ou minimiza a enorme importância do bem jurídico tutelado pela Lei 8.137/90 para a consecução das políticas estatais. Entretanto, existem instrumentos fiscais próprios do direito tributário a serem utilizados para tal finalidade.

Efetivamente, se a intenção do STF era de conscientizar a sociedade por meio da coerção estatal penal, sem que ocorra a fraude ou sonegação, extrapolando a esfera administrativa restará claro o desrespeito a princípios basilares tais como da legalidade, da intervenção mínima do direito penal, preceito supralegal de proibição de prisão por dívida, pois estará criminalizando o mero inadimplemento. O direito penal não pode ser um instrumento de arrecadação por mais nobres e relevantes sejam os fins do fisco. O que autoriza o uso do direito penal é a fraude e não a dívida. A

aplicação elástica do instituto “amoldando-o a norma” mais certo que funcionará como um incentivo à sonegação, causando a diminuição da arrecadação pelos cofres públicos.

Portanto, ainda que consiga por força da coerção penal a arrecadação, estará infringindo o critério da *ultima ratio*. Estaria banalizando e expirando a legalidade do direito penal e provocando efeitos drásticos e nocivos sobre o Estado de Direito Democrático. Causando insegurança jurídica e ampliação da crise econômica.

Seria produtora discutir e aprimorar a eficiência das sanções tributárias como a execução fiscal.

Pela decisão não se tratar de controle concentrado com efeito erga omnes, espera-se que ocorra nova discussão frente a tese e possa ser revista essa decisão por um novo colegiado, nova formação ou até mesmo novo marco legal.

REFERÊNCIAS

ABDF Direito Financeiro. **Home**. (2020) A criminalização pelo STF do não pagamento de ICMS declarado – Análise e Perspectivas. Disponível em: Acessado em 20/02/2021.

AFONSO, Thadeu José Piragle. **O Direito Penal Tributário e os Instrumentos de Política Criminal Fiscal**: BDTD – 2011.196 f. Dissertação mestrado. Centro de Ciência Sociais Faculdade de Direito - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: < > Acessado em:14/11/2020.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário I**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007. t. II.

BECHARA, Ana Elisa – Conjur - **O preocupante papel assumido pela intervenção penal no âmbito tributário**. 06 de setembro de 2018, 6h13. Disponível em: < > Acessado em: 06/11/2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. V. 1

BOTTINI, PIERPAOLO Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime Disponível em: < >Acessado em: 05/09/20.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>Acessado em: 05/09/2020.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos **LEI n. 4.502, de 30 de novembro de 1964 Sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a reorganiza de Rendas Internas** Disponível em: < out.2020

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos **LEI n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: < out.2020.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: < > Acessado em 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 163.334**, do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 18 de dezembro de 2019. Disponível em: < >. Acesso em: 05 set. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ESTELLITA, Heloisa Revista **Consultor Jurídico**, 16 de dezembro de 2019, 16h34 Disponível em: < > Acesso em: 05/09/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARNEIRO, Claudio **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COELHO, Gabriela - Conjur - **Após STF formar maioria para criminalizar quem não paga ICMS, Toffoli pede vista**. 12 de dezembro de 2019, 17h37 Disponível em: < > Acessado em: 27/02/2021.

COELHO, Gabriela - Conjur- **Gilmar vota contra a criminalização por dívida de ICMS declarado**, 11d e dezembro de 2019, 18h24. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-dez-11/gilmar-vota-criminalizacao-divida-icms-declarado>> Acessado em: 27/02/2021.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; ZELMO, Denari. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

EISELE, Andreas, **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Caps. X e XI.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro **Legislação Criminal Especial Comentada** - 6a edição revista ampliada atualizada - volume único Editora Juspodivm 2018. Disponível em:<<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a67271f3c22b804e53deb13fadee32fa.pdf>> Acessado em: 06 nov. 2020.

LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARCOMIM, Ivana; LEONEL, Vilson. **Projetos de pesquisa social**: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2015.

METZKER, David **Descubra quais são os requisitos para decretar a prisão preventiva** Migalhas Disponível em: 02 de out. 2019 Acessado em: 14 de nov. 2020.

FECOMERCIO MG. **Home**. [2020] 22 Quarto painel – ICMS declarado e não recolhido – Crime – Decisão do STF Disponível em:< <https://www.youtube.com/c/fecomerciominasgerais/videos>> Acessado em 03/04/2021. YouTube Canal.

NUCCI, Guilherme de Souza **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes Tributários – Uma Visão Prospectiva de sua Despenalização**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

PAULO, Vicente **Direito Constitucional descomplicado**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PAULSEN, Leandro **Curso de direito tributário completo**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SALOMOM, DV. **Como fazer uma monografia**. 11^a.ed. São Paulo: Martins Fontes; 2004.

SCAFF, Fernando Facury **Justiça Tributária O erro do STF: Inadimplência do ICMS próprio não é apropriação indébita** Acessado em:05/09/20.

SCARANELLO, Tatiana **Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária na atual conjuntura da jurisprudência pátria.** 5 maio 2020. Disponível em: Acessado em: 06/11/2020.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STF. **Pleno- Criminalização do não recolhimento do ICMS (1/2).** 2019. Disponível em: Acessado em: 14/08/2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZOPERLAR, Mariana; RIOS, Giulia. **Criminalização do não pagamento de ICMS declarado.** 24 de julho de 2020. Disponível em: .

DECLARAÇÃO DAS MOEDAS CRIPTOGRAFADAS NO IMPOSTO DE RENDA - A IMPORTÂNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

*Ana Paula Lima Souza Machado
Jully Ferreira Maia
Luciana de Castro Bastos*

DECLARAÇÃO DAS MOEDAS CRIPTOGRAFADAS NO IMPOSTO DE RENDA - A IMPORTÂNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Ana Paula Lima Souza Machado⁴

Jully Ferreira Maia⁵

Luciana de Castro Bastos⁶

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 CRIPTOMOEDAS. 3 IMPOSTO DE RENDA; 3.1 Imposto de Renda no Brasil. 4 BITCOIN. 5 CRIPTOMOEDAS NO BRASIL. 6 A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA AS CRIPTOMOEDAS. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se com este trabalho mostrar a importância de legislação brasileira para a circulação das moedas virtuais. É necessário primeiro, explicar como surgiram as moedas criptografadas, como elas são criadas e utilizadas.

Verifica-se quem é responsável por realizar a fiscalização das transações efetuadas com as moedas criptografadas, uma vez que uma de suas características é o anonimato e seus criadores afirmam que a mesma não pode ser lastreada. Atualmente no Brasil não há nenhuma lei específica que rege as transações de moedas criptografadas, tendo em vista que é um assunto novo, principalmente para o direito do consumidor, contudo muito se discute quanto a real aplicabilidade das moedas digitais e como elas podem facilitar a vida financeira da população.

No momento existem em torno de 1.050 (mil e cinquenta) tipos de moedas criptografadas em todo o mundo, e este número cresce constantemente. A cada dia aumenta-se o número de pessoas que conhecem a tecnologia e começam a transacionar utilizando as

moedas digitais, modificando o conceito de dinheiro e eliminando intermediários. No ano de 2017 devido ao grande número de transações com moedas virtuais, a Receita Federal estipulou que estas deveriam ser declaradas no Imposto de Renda. Presentemente no Brasil, a moeda criptografada mais utilizada é o Bitcoin.

Um dos motivos do crescimento desta moeda sobrevém de nova possibilidade de investimento, dessa vez proporcionada por meio digital. Ela se firma em um protocolo de sistema financeiro anônimo, privado e sem qualquer controle central ou governamental. A metodologia aplicada se evidencia pelo método indutivo, partindo de uma premissa específica a uma geral. Consiste na necessidade da criação de uma legislação que regulamente o uso e circulação das moedas criptografadas, aplicando a já constante utilização das moedas virtuais no Brasil e a legislação existente em outros países, primando pela preocupação das autoridades com a possível utilização inadequada das moedas criptografadas, acarretando prejuízos ao Estado.

2. CRIPTOMOEDAS

Criptomoeda é um tipo especial de dinheiro e recebe essa nomenclatura por ser uma moeda intangível. A palavra “Cripto”vem do grego e significa escondido, a palavra moeda vem do latim, “moneta”que significa meio pelo qual são efetuadas transações monetárias. (PRIBERAM, 2018)

No final dos anos 80 e decorrer dos anos 90, atuantes conhecidos como cypherpunks começaram a trabalhar na criação das criptomoedas. Em 1989, David Chaum criou a moeda Digicash, que significa moeda eletrônica. A Digicash funcionava através de protocolos criptografados, fazendo com que suas transações se tornassem anônimas. Ela foi criada para ser usada apenas para assuntos bancários e teve duração até o ano de 1998, pois devido aos problemas como o gasto duplo e a dificuldade de se aumentar a quantidade de usuários, a mesma foi descontinuada. Para melhor elucidação, o gasto

duplo ocorre quando um usuário consegue gastar uma única moeda duas vezes, exemplo: o proprietário da moeda a vende para o usuário “A” e vende a essa mesma moeda para o usuário “B”. (BITCOIN, Guia do. 2017)

Durante os anos seguintes houveram outras tentativas de moedas virtuais tais como a Bitgold, Hashcash e E-gold, porém, nenhuma delas prosperaram. (BITCOIN, Guia do. 2017)

No ano de 2008, após a crise econômica mundial, um anônimo chamado Satoshi Nakamoto publicou o artigo “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” que traduzido significa “Bitcoin: um sistema de dinheiro eletrônico ponta a ponta”, dando assim, início a rede Bitcoin. O Bitcoin atualmente é a moeda virtual mais conhecida mundialmente. (BITCOIN, Guia do. 2017)

Overture (2017) cita, no seu trabalho, sete criptomoedas que vieram antes do Bitcoin, sendo elas:

a) ECash: David Chaum em 1982 desenvolveu o ECash, que foi implementado por vários bancos, como o Credit Suisse, mas acabou falindo em 1998 por conta da perda de espaço para o cartão de crédito. Ele é considerado como o pai do anonimato na internet;

b) E-Gold: criado em 1996 com o objetivo de transferir a propriedade de ouro por meio de uma carteira pública, utilizando do conceito de transações instantâneas;

c) Beenz: em 1990, Charles Cohen tentou criar uma moeda totalmente digital para compras na internet, havendo um app para realizar as transações;

d) Flooz: veio em 1999 como concorrente do Beenz, mas ficou famosa por ter sido utilizada em fraudes de cartões de crédito e lavagem de dinheiro;

e) B-money: criada em 1998 por Wei Dai, destacou-se uma vez que seu criador foi uma das primeiras pessoas a entrar em contato com Satoshi Nakamoto, sendo referenciado no famoso paper;

f) Bitgold: criada por Nick Szabo em 1998, quem considerando como o inventor dos smart contracts; e

g) RPOW: criada em 2004 pelo criptógrafo Hal Finney.

Assim como a moeda física, as moedas digitais possuem algumas características específicas. As moedas físicas possuem marcas d'água, alto relevo e outros detalhes que garantem sua segurança, por sua vez, as moedas virtuais utilizam a criptografia para que sua segurança não seja burlada, clonada ou roubada. Essa criptografia das moedas digitais são códigos altamente complexos que somente podem ser desvendados por um elevado poder de processamento. Esse sistema de criptografia não pode ser rastreado e é administrado pelos próprios usuários, contudo, todas as transações ficam alocadas em um bloco o qual é chamado de Blockchain, conhecido também como protocolo de confiança, o qual será abordado com maiores detalhes nos próximos capítulos. (ULRICH, 2015.)

Conforme supramencionado, as criptomoedas são criadas e gerenciadas pelos próprios usuários, através de vários computadores de alta tecnologia em uma rede. Essas moedas digitais são baseadas em um sistema P2P que em inglês significa peer-to-peer e traduzido, ponto-a-ponto. Uma comparação de rede P2P é o download via Torrent. Todas as vezes que se realiza um download pelo Torrent, automaticamente já se está dentro da rede P2P. Para melhor entendimento, utiliza-se como parâmetro, a criação da moeda virtual Bitcoin, visto que é a mais estudada atualmente. A emissão das moedas digitais é feita de forma descentralizada, ou seja, não há um servidor central, todos os computadores são servidores e receptores simultaneamente, desta forma, qualquer computador do mundo é capaz de participar da rede e realizar transações. (GARCIA, 2014)

Os computadores da rede disputam entre si a resolução de cálculos matemáticos de alta complexibilidade, que quando decifrados, registram e fazem a validação das transações realizadas com as moedas. Por ser uma rede descentralizada, o aparelho que for capaz de decifrar o código para registrar as transações no bloco, recebe como prêmio a moeda digital, esse processo recebe o nome de mineração. No caso do Bitcoin, somente poderão ser produzidos

21 milhões de unidades, o que aumenta ainda mais a disputa para decifrar os códigos. Atualmente, existem computadores de altos níveis que ficam alocados em galpões que geram sua própria energia e trabalham 24 horas por dia. Essa rede possui um bloco denominado Blockchain, onde todas as transações com as moedas digitais, sejam venda, compra ou troca, ficam armazenadas. Ou seja, todas as moedas criadas e transacionadas passam pelo Blockchain e através desse protocolo que as transações são validadas e assim que a moeda virtual é utilizada, a transação fica gravada em seu código. (GARCIA, 2014)

3. IMPOSTO DE RENDA

Em Florença, Itália, no século XV, segundo os historiadores, foi onde surgiu o primeiro Imposto de Renda. Denominado como A Décima Scalata, não vigorou por muito tempo, pois atingia principalmente os menos afortunados, que se recusavam a arcar com a maior parte tributária. A Décima Scalata e outros tributos sobre as riquezas tiveram fim quando foi introduzido novamente o regime aristocrático no país.

Grande parte dos pesquisadores acreditam que o início do Imposto de Renda ocorreu na Inglaterra no ano de 1799, pois há fontes mais seguras, inclusive artigos de jornais da época.

No final do século XVIII, a Inglaterra estava em guerra e precisava obter recursos para a custeá-la, sendo assim, um dos ministros da época, William Pitt, em 1797, requereu o aumento das taxas levando em consideração os gastos pessoais, que indicariam as riquezas de cada um, sendo divididos em três classes, os possuidores de cavalos, carros e criados; os detentores de janelas, cães e relógios e os titulares de habitações simples.

No ano seguinte, na data de 3 de dezembro de 1798, William Pitt retornou ao Parlamento com nova solicitação, a de transformar a arrecadação em um imposto geral, efetivo sobre toda a fonte de renda mais importante.

Na última sessão, aqueles que reconheceram quanto é importante levantar uma considerável parte das contribuições no decorrer do ano, limitaram a criticar os impostos já fixados, taxando-os de injustos e facilmente fraudáveis. Na realidade, parece que os resultados da arrecadação não corresponderam à expectativa, mas isso se deve não a um erro de cálculo dos nossos recursos nem a um exagero na avaliação da nossa riqueza, mas ao fato de se ter tornado muito fácil alterar a lei e por se ter procurado tornar a arrecadação a menos opressiva possível. Não obstante, os resultados obtidos atingiram plenamente a nossa expectativa no tocante aos benefícios decorrentes da medida e animam-nos a permanecer nos mesmos princípios. Deveríamos tomar por norma, antes de tudo, procurar, por meio de uma aplicação justa e rigorosa da lei, levantar a quota de um décimo que os impostos se propõem obter. Para isso, proponho que se ponha de lado uma crítica baseada exclusivamente nos impostos já em vigor e que se imponha um imposto geral sobre todas as fontes de rendas mais importantes. (PITT, 1798).

O imposto sobre a renda passou a ser cobrado em 1799, sendo instituída a lei na data de 9 de janeiro de 1799.

A lei continha 124 seções (artigos) e 152 páginas. Para facilitar o entendimento de um novo e complexo tributo, o governo preparou um manual de orientação, o primeiro da história do Imposto de Renda. A taxa era de 10% para renda total acima de 60 libras, no ano. O imposto podia ser pago em até seis quotas. A instituição de um imposto sobre a renda gerou controvérsias. (NÓBREGA, 2014, p.19).

No ano de 1802, cessado o combate entre Inglaterra e França, o imposto sobre a renda foi extinto. Contudo, no ano seguinte, as

oposições entre os países retornaram e foi Addigton, sucessor de Pitt que reestabeleceu novamente a cobrança no ano de 1803, porém, com diversas alterações, sendo algumas delas a Implantação da cobrança na fonte; Rendimentos classificados e tributados por categoria, de acordo com sua origem. Essa classificação por categoria (cédula) vigorou no Brasil até o exercício de 1989; Isenção para pequenos rendimentos e Dedução para encargos de família. Tais alterações proporcionaram uma arrecadação mais positiva ao Estado. (NÓBREGA, 2014, p.20).

Em 1815, a guerra chegou ao fim e como o imposto havia sido instituído para financiá-la, mais uma vez foi extinto. Com a Inglaterra enfrentando problemas financeiros, “Robert Peel, que chefiava o governo nos primeiros anos da era vitoriana, restabeleceu o imposto sobre a renda, apesar de em outras épocas, ter sido um feroz crítico e adversário intransigente desse tributo.”(NÓBREGA, 2014. p.20). Em 1852, o imposto foi novamente suspenso, porém, com a Guerra da Crimeia (conflito entre o império russo, Império Otomano, o Reino Unido, a França e o reino da Sardenha, que durou até 1856), foi novamente instituído.

3.1 O IMPOSTO DE RENDA NO BRASIL

Em 21 de outubro de 1843, D. Pedro II orçou a receita por meio da Lei nº 317 para os anos de 1843 a 1845 e instituiu em seu artigo 23, um imposto progressivo sobre os valores atingidos pelos cofres públicos. Tal medida vigorou por dois anos, uma vez que houve grande repercussão negativa em relação ao tributo.

Note-se o artigo 23 da referida lei.

Art. 23: Fica creada a seguinte contribuição extraordinária durante o anno desta lei.

§ 1º. Todas as pessoas que receberem vencimentos dos Cofres Públicos Geraes, por qualquer título que seja, fião sujeitas a uma

imposição, que será regulamentada pela maneira seguinte:

De 500\$000 a 1:000\$000 2 por cento

De 1:000\$000 a 2:000\$000 3 por cento

De 2:000\$000 a 3:000\$000 4 por cento

De 3:000\$000 a 4:000\$000 5 por cento

De 4:000\$000 a 5:000\$000 6 por cento

De 5:000\$000 a 6:000\$000 7 por cento

De 6:000\$000 a 7:000\$000 8 por cento

De 7:000\$000 a 8:000\$000 9 por cento

De 8:000\$000 para cima 10 por cento.

§ 2º. Ficão exceptuados da regra estabelecida no parágrafo antecedente os vencimentos das praças de pret de terra e mar, e os vencimentos dos militares em campanha.

§ 3º. Na palavra vencimentos se comprehendem quaesquer emolumentos que se perceberem nas Secretarias, ou Estações Publicas.

§ 4º. O Governo estabelecerá o modo de arrecadar-se esta nova imposição. (Lei nº 317/1843).

Durante o século XVII, foram propostas diversas modificações na lei para aumento dos valores, porém, sem muito sucesso. Em 1914, a preocupação com arrecadação de valores era tamanha que foi estabelecido maior alíquota do imposto para o Presidente da República, senadores, deputados e ministros de Estado, sendo elas de 100\$ até 299\$ mensais 8%; de 300\$ até 999\$ mensais 10%; de 1:000\$ mensais ou mais 15%; Presidente da República, Senadores, Deputados e Ministros 20%; Vice-Presidente da República 8%. (NÓBREGA, 2014. p.29)

No ano de 1922, por meio da Lei nº 4.625, publicada em 31 de dezembro de 1922, o Imposto de Renda foi instituído no Brasil para todos os cidadãos. As regras do Imposto de Renda ficaram estabelecidas no artigo 31 da aludida lei, sendo abordado neste artigo

tanto o imposto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas, não fazendo distinção neste tópico, de cargos ocupados, sejam eles públicos ou não.

Art.31. Fica instituído o imposto geral sobre a renda, que será devido, anualmente, por toda a pessoa física ou jurídica, residente no território do país, e incidirá, em cada caso, sobre o conjunto líquido dos rendimentos de qualquer origem.

I- As pessoas não residentes no país e as sociedades com sede no estrangeiro pagarão o imposto sobre a renda líquida, que lhes for apurada dentro do território nacional.

II- É isenta do imposto a renda anual inferior a 6:000\$ (seis contos de reis), vigorando para a que exceder dessa quantia a tarifa que for anualmente fixada pelo Congresso Nacional.

III- será considerado líquido, para o fim do imposto, o conjunto dos rendimentos auferidos de qualquer fonte, feitas as deduções seguintes:

- a. impostos e taxas;
- b. juros de dívidas, por que responda o contribuinte;
- c. perdas extraordinárias, provenientes de casos fortuitos ou força maior, como incêndio, tempestade, naufrágio e accidentes semelhantes a esses, desde que tais perdas não sejam compensadas por seguros ou indenizações;
- d. as despesas ordinárias realizadas para conseguir assegurar a renda.

IV- Os contribuintes de renda entre 6:000\$ (seis contos de reis) e 20:000\$ (vinte contos de reis) terão dedução de 2% (dois por cento) sobre o montante do imposto devido por pessoa que tenha a seu cargo, não podendo exceder, em caso algum, essa dedução a 50% (cincoenta por cento) da importância normal do imposto.

V- O imposto será arrecadado por lançamento, servindo de base a declaração do contribuinte, revista

pelo agente do fisco e com recurso para autoridade administrativa superior ou para arbitramento. Na falta de declaração o lançamento se fará *ex-officio*. A impugnação por parte do agente do fisco ou o lançamento *ex-officio* terão de apoiar-se em elementos comprobatórios do montante de renda e da taxa devida.

VI- A cobrança do imposto será feita cada ano sobre a base do lançamento realizado no ano imediatamente anterior.

VII- O Poder Executivo providenciará expedindo os precisos regulamentos e instruções, e executando as medidas necessárias, ao lançamento, por forma que a arrecadação do imposto se torne efectiva em 1924.

VIII- Em o regulamento que expedir o Poder Executivo poderá impor multas até o máximo de 5:000\$ (cinco contos de réis). (Lei nº 4.625/1922).

Apesar de ser determinado em seu inciso VII, da Lei nº 4.625 de 31 de dezembro de 1922, que a cobrança deveria ser imediata, devido às críticas sobre complexidade do sistema, o governo realizou um estudo nos dois anos subsequentes para regulamentar e organizar o sistema de arrecadação. As contribuições começaram efetivamente em 1924. Em 1926 foi aplicado um novo sistema em que o imposto fosse cobrado sobre o rendimento líquido de cada categoria e as taxas fossem progressivas sobre a renda global. Souza Reis, responsável pelo estudo realizado, conseguiu rebater todas as críticas realizadas à criação do imposto, demonstrando que não fora algo aleatório e precipitado, mas que há 30 anos o Brasil já cobrava os impostos sobre renda de forma disfarçada, sendo que, no ano de 1892, foi criado o Imposto sobre dividendos. Em 1914, foi instituído o imposto sobre juros de debêntures e sobre ações das sociedades anônimas, em 1916, o imposto sobre juros de créditos hipotecários. No ano de 1919, ficou estabelecido o imposto sobre o lucro líquido das firmas individuais e firmas coletivas que exploravam a indústria fabril e Imposto sobre as bonificações ou

gratificações dos diretores e presidentes de companhias, empresas ou sociedades anônimas. Em 1921, foi estabelecido o imposto sobre os lucros das profissões liberais. (NÓBREGA, 2014. p.34)

De acordo com o quadro a seguir, que demonstra a quantidade de declarações de rendimentos (pessoas física e jurídica) recebidas nos cinco primeiros anos da instituição do imposto, nos anos de 1924 e 1925 a arrecadação no país ficou prejudicada devido ao adiamento da data da declaração, ainda assim, pode-se notar que houve um considerável aumento na quantidade de declarações realizadas.

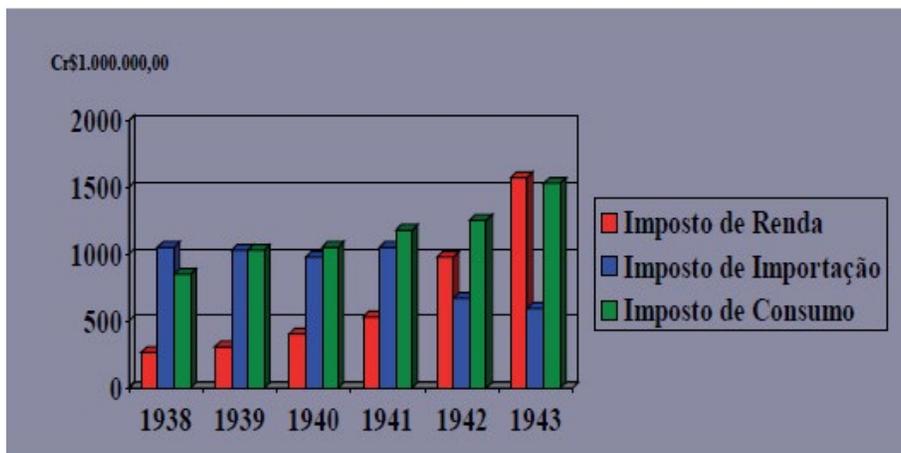
Figura 1: Declarações de Imposto de Renda nos anos de 1924 a 1928.

ANO	QUANTIDADE
1924	82.594
1925	142.303
1926	171.822
1927	233.480
1928	298.807

Fonte: Delegacia-Geral do Imposto sobre a Renda

No ano de 1940 a 1943, o Imposto de Renda alcançou o primeiro lugar em arrecadação para o Tesouro Nacional, ultrapassando no ano de 1943, os impostos de importação e de consumo.

Figura 2: Arrecadação de 3 impostos nos anos de 1938 a 1943.



Fonte: Balanços Gerais da União

Na década de 1960, com a reforma tributária e a criação do Código Tributário Nacional (CTN), foram realizadas novas alterações no Imposto de Renda, dentre elas, a extinção do imposto cedular, dos adicionais de proteção à família e de privilégios na isenção de rendimentos, apresentação de nova estrutura da administração tributária, incorporação de nova forma para apuração do imposto em face das alterações na legislação, atualização de valores pela correção monetária e o pagamento de Imposto de Renda nos bancos. (NÓBREGA, Cristóvão. 2014, p.81)

Em 1968 foi criada a Secretaria da Receita Federal. A Constituição Federal de 1988 acolheu o Código Tributário Nacional e suas deliberações, sendo assim, o Imposto de Renda se manteve.

Em 1991, a Receita Federal implementou o programa para preenchimento da Declaração de Rendimentos do Imposto de Renda de pessoas física e jurídica por meio magnético, através dos microcomputadores, porém, apenas 3% (três por cento) dos declarantes entregaram a declaração em disquete.

No ano de 2010, ou seja, exercício de 2009, foi o último ano a se utilizar a entrega do Imposto de Renda por meio de formulário físico.

Em 2017 houve implementações importantes para a declaração do Imposto de Renda, tais como, a obrigatoriedade de informar o CPF de dependentes e alimentandos a partir de 12 anos completados até a data de 31/12/2016. Apresentou também, alteração nos valores das deduções, passando as despesas com educação para R\$ 3.561,50 e alterando o limite da dedução para R\$ 16.754,34, sendo o maior ponto de dúvidas de muitos que declaram o imposto, a necessidade de declarar as moedas virtuais.

Anualmente, a Receita Federal disponibiliza em sua página na internet, perguntas com respostas acerca das dúvidas referentes ao Imposto de Renda do ano em vigência, a qual é intitulada de “perguntão”. Nesse “perguntão” do ano de 2017, foi esclarecido sobre as criptomoedas. Na página 183 do mesmo está a seguinte afirmação:

MOEDA VIRTUAL – COMO DECLARAR 447 – As moedas virtuais devem ser declaradas? Sim. As moedas virtuais (Bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição. Atenção: Como esse tipo de “moeda” não possui cotação oficial, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão, não há uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários. Entretanto, essas operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea para fins de tributação. Consulte a pergunta 607. (FEDERAL, 2017)

Já no ano de 2019, surgiram maiores mudanças, sendo a inclusão do CPF de todos os dependentes da família; a verificação de possíveis

pendências após 24 horas da entrega da declaração e a redução do prazo para entrega da declaração em uma semana. (FEDERAL, 2019)

Em 2021, o prazo de entrega das declarações voltou a ser maior, fixado em 1º de março a 30 de abril. O auxílio emergencial estabelecido pelo governo federal em razão da pandemia, COVID-19, teve sua declaração obrigatória, sendo assim, os casos analisados e constatados que a pessoa ou seus dependentes não tinham direito ao recebimento do auxílio, devem restituir o valor à Receita Federal. Foi criada uma opção denominada “conta de pagamento” para que o crédito da restituição possa ser pago. Esse item foi adicionado devido a grande quantidade de bancos digitais que surgiram nos últimos anos. Foi estabelecido um campo para informar o endereço de e-mail e número de celular, possibilitando assim, a comunicação pela Receita Federal ao contribuinte, informando sobre atualizações. Outro ponto extremamente importante foi a criação de novos códigos para a declaração das criptomoedas.

As criptomoedas, sendo o Bitcoin a mais conhecida, devem ser declaradas no Imposto de Renda, na aba de “Bens e direitos”, caso o contribuinte tenha obtido mais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em moedas virtuais ou se realizada a venda de moedas virtuais em montante superior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) mensais, pois o lucro proveniente dessa venda está estipulado no “imposto de ganho sobre capital”. Para melhor fiscalização sobre esse ativo, a Receita Federal criou códigos de identificação que deverão ser selecionados no momento do preenchimento da declaração, devendo ser selecionado o código 81 quando se tratar de Bitcoin (BTC); o código 82 quando se tratar de outros criptoativos que sejam moedas digitais, conhecidos como altcoins: Ether (ETH), XRP (Ripple), Bitcoin Cash (BCH), Tether (USDT), Chainlink (LINK), Litecoin (LTC) e o código 89 para os criptoativos que não são considerados criptomoedas mas classificados como “security tokens” ou “utility tokens”.

4. BITCOIN

Não há como falar em criptomoedas e não mencionar o Bitcoin. Esta foi uma das primeiras criptomoedas a serem criadas dentre as mais de mil moedas existentes na atualidade. No início de 2017 a moeda teve destaque nos principais canais de finanças e colunas de importantes jornais devido ao aumento de seu valor, chegando a custar mais de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) cada moeda e esse valor se deve a uma hiperinflação da moeda.

Ela faz parte da ascensão meteórica do bitcoin, que desde no ano passado fez o número de investidores brasileiros em criptomoedas dar um salto e ultrapassar o total de pessoas físicas cadastradas na Bolsa de Valores de São Paulo (B3). Não é para menos, em 2017 o ativo digital valorizou 1.400%, despertando o interesse dos mais diversos investidores. A criptomoeda começou o ano valendo menos de mil dólares (3.300 reais) e atingiu sua maior cotação pouco antes do natal, chegando a 19.300 dólares (63.690 reais). As três maiores casas de câmbios de bitcoin - chamadas *exchanges* -, onde ocorrem cerca de 95 % das transações da criptomoeda no país, tinham cadastradas 1,4 milhões de pessoas em dezembro. Mais que o dobro de pessoas registradas na bolsa de São Paulo, que no fim do ano, possuía 619 mil pessoas físicas. (EL PAÍS. 2018)

Como o Bitcoin e o Litecoin são criados a uma taxa prefixada por um algoritmo computacional, a análise dos fatores do lado da oferta é menos importante, pelo menos para a análise da variação da quantidade de moeda. Isto é, como não há um emissor interessado em “vender seu produto”, as ações discricionárias pelo lado da oferta derivam fundamentalmente da ação de outros agentes emissores de moedas, os Estados nacionais principalmente, que podem regular o mercado de moedas virtuais ou ainda intervir

de forma ativa, adquirindo Bitcoins ou litecoins, tema este que já foi abordado no capítulo anterior. (GARCIA,2014)

As moedas digitais são mineradas (criadas) e vendidas através das mineradoras, que por sua vez são movimentadas por meio de um datacenter, onde são processados todos os dados e diversas pessoas da rede oferecem processamento para que a esta seja gerenciada. Em troca desse processamento que gasta uma grande quantidade de energia, processadores de computadores, entre outros, os mineradores recebem a moeda que estão ajudando a gerenciar e estas moedas ficam armazenadas no que chamamos de wallets, que são carteiras virtuais. Todas as operações realizadas com criptomoedas ficam arquivadas em blocos que são chamados de blockchain (protocolo de confiança). Fernando Uruich explica em seu livro “Bitcoin – a moeda na era digital” o que é este protocolo de confiança, nos dizendo que:

Todas as transações são registradas, sendo verificadas e validadas por usuários especializados, de modo a evitar o gasto duplo e que usuários gastem saldos que não possuem ou de terceiros. Esse registro público universal e único não pode ser forjado. Lá estão devidamente protocoladas todas as transações já realizadas na história do Bitcoin, bem como os saldos atualizados de cada usuário. O livro-razão é, assim, um registro fidedigno, estando sempre atualizado e conciliado. Por sinal, o nome dado a esse livro-razão é blockchain. (ULRICH, 2014)

Sobre a produção de Bitcoins, a previsão é de que até o final do ano de 2018,16.000.000,00 (dezesseis milhões) de Bitcoins sejam produzidos, sendo que, sendo que a média é de 12,5% de Bitcoins por hora.

O montante da recompensa foi programado para cair pela metade a cada 210 mil blocos minerados, ou a cada quatro anos. Este

mecanismo foi desenhado por Satoshi Nakamoto com o objetivo de controlar o suprimento e limitar a inflação da moeda. Quando o bitcoin foi lançado em 2009, o minerador recebia 50 Bitcoins por bloco minerado. Em 2012, o bloco de número 210 mil foi minerado e a recompensa caiu para 25 Bitcoins, o que significa que a cada 10 minutos 25 novos Bitcoins entram em circulação. É possível prever quando acontecerá a nova redução de recompensas. No dia 23 de julho de 2016, quando o bloco 420 mil for minerado, a recompensa cairá novamente, agora para 12,5 Bitcoins. Espera-se que em 2140, a recompensa por bloco minerado chegue a zero e que o montante total de Bitcoins atinja seu suprimento máximo, que de acordo com o código criado por Satoshi Nakamoto, será de 21 milhões de unidades de bitcoin. Nenhum outro bitcoin poderá ser criado depois disso. (COINBR.2016)

O Bitcoin também é visto como um estímulo à inovação financeira:

(...) uma das aplicações mais promissoras do Bitcoin é como uma plataforma à inovação financeira. O protocolo do Bitcoin contém o modelo de referência digital para uma quantidade de serviços financeiros e legais úteis que programadores podem desenvolver facilmente. Como bitcoins são, no seu cerne, simplesmente pacotes de dados, eles podem ser usados para transferir não somente moedas, mas também ações de empresas, apostas e informações delicadas. Alguns dos atributos que estão embutidos no protocolo do Bitcoin incluem micropagamentos, mediações de litígios, contratos de garantia e propriedade inteligente. Esses atributos permitiriam o fácil desenvolvimento de serviços de tradução via internet, processamento instantâneo de transações pequenas (como medição automática de acesso Wi-Fi) e serviços de *crowdfunding*. (ULRICH, 2014, p. 27)

Diante deste pequeno número de informações, pois o tema se estende a todos os ramos do direito, inclusive penal, como não abordar a necessidade de legislar sobre aquilo que tem sido prometido como a moeda do futuro e que tem avançado de forma vertiginosa para se tornar realidade? É importante falar sobre a criação de legislação no Brasil para as moedas criptografadas.

5. AS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL

Moeda é tudo aquilo utilizado como meio de troca ou compra. Não há uma definição exata para moeda. Em termos econômicos, moeda é aquilo que se usa para efetuar transações pecuniárias, é todo ativo que constitua forma imediata de quitação de débitos, com aceitabilidade geral e disponibilidade imediata, e que confere ao seu titular um direito de saque sobre o produto social. A lógica da moeda digital é a mesma do dinheiro em espécie. Sua função é, basicamente, permitir transações de compra e venda de bens e serviços. Outra possibilidade é a transferência de valores pela internet, sem a necessidade de taxas cobradas por instituições financeiras e bancárias. (JAFET, 2018)

As moedas criptografadas são criadas através de vários computadores de alta tecnologia em uma rede. Essa rede foi constituída graças à dedicação de milhares de pessoas de todo o mundo que passaram anos estudando uma tecnologia computacional e que tornaram essa realidade possível. São usuários que oferecem o poder de processamento de seus computadores através de um programa de moeda no software. (ULRICH, 2014)

No Brasil existem vários tipos de moedas virtuais em circulação, entre elas as mais conhecidas e utilizadas são o Bitcoin, o Líticoin.

Em 18 de julho de 2019 estourou a notícia no Brasil de que o *Facebook* estaria lançando sua própria moeda virtual, que receberia o nome de Libra, afirmando que está sendo desenvolvido um programa seguro de pagamento baseado em Blockchain, onde este é apoiado por ativos sólidos e projetado para usuários comuns. Foram apresentados como parceiros dessa criação, as empresas Mastercard, PayPal, Uber e

Spotify. De acordo com a matéria de Rodrigo Tolotti do site *InfoMoney*, a criptomoeda seria lançada no início de 2020. Em setembro de 2020, as empresas Mastercard, Visa, PayPal, Ebay, Stripe, Mercado Pago e Booking Holdings informaram que tinham se retirado da associação responsável pela elaboração da moeda virtual do *Facebook*. Mesmo após diversos questionamentos à empresa sobre quando seria disponibilizada a moeda ao público para comércio, até outubro de 2021, a mesma não foi lançada.

A moeda criptografada é uma realidade no mercado brasileiro, contudo, não possui amparo legal para seus utilizadores. Vislumbra-se, portanto, a necessidade de legislação pertinente de modo a facilitar e regular tais transações, trazendo maior segurança jurídica aos adeptos dessa modalidade, tendo em vista que uma das preocupações dos economistas é que com o crescimento das moedas digitais, a mesma seja utilizada como alternativa para o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e podendo também transformar os ativos ganhos em dinheiro virtual para conseguir fraudar o estado ao declarar o Imposto de Renda. (URUICH, 2014)

Existem várias maneiras de se obter as moedas digitais. A primeira delas é realizando o processo de mineração, o qual será explicado em outro capítulo. Contudo, este é um processo complexo, que exige grande conhecimento do assunto e até mesmo poder de escala, para tornar a operação sustentável. Outra maneira é utilizar as corretoras, como a coinBR, transferindo dinheiro de sua conta bancária para a corretora e assim comprar Bitcoins, que é uma das moedas digitais mais conhecidas mundialmente, por ter sido a primeira criada. Outra maneira é convencer seu empregador a lhe pagar em modas digitais ou fazer serviços pela Internet que ofereçam pagamento nessa modalidade. (URUICH, 2014)

No Brasil alguns estabelecimentos já aceitam a moeda digital Bitcoin como forma de pagamento, entre eles, a Pousada Luzes de Geribá - Pousada em Búzios, Hostel Giramondo - Hostel em São Paulo, JS Hostel - Hostel em São Paulo, Mercado Viagens - Pacotes de Viagens, Tecnisa - Construtora, Comédia Stand-Up - Ingressos de Comédias

Stand-up, Loja Defesa - ONG em Prol da Campanha do Armamento, CodeTrends - Desenvolvimento Web e Marketing Digital e muitos outros. Em todos os Estados brasileiros, há empresas físicas e online que já aderem este método.

6. A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA AS CRIPTOMOEDAS

Atualmente, no Brasil, não há nenhuma lei específica que rege as moedas criptografadas. Por se tratar também de um serviço de consumo, quando há demandas judiciais ou outras implicações, é utilizado o código do consumidor como base para analisar as relações.

Para algumas autoridades como o Deputado Alexandre Vale e o Coordenador Geral da secretaria nacional do consumidor do Ministério da Justiça Gabriel Carvalho, a criptomoeda não pode ser tratada como moeda pois a Constituição Federal em seu artigo 164 A determina que “a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central”.

Hoje tem-se moedas fiduciárias, que são títulos executivos extrajudiciais, sua segurança se dá através de Leis postuladas. Aos olhos do direito brasileiro, a moeda criptografada é tratada como um bem intangível. Nesse sentido, o que se utiliza no direito do consumidor para entender a relação de troca da moeda é a comparação com as relações de contrato. Contudo, para muitos pesquisadores e investidores, a moeda criptografada não pode ser considerada como relação de contrato, pois seria comparada ao ouro. A moeda virtual também chegou a ser comparada a um título de crédito, entretanto, o Código Civil determina o que é título de crédito a partir de seu artigo 889 e como a moeda não está elencada, não pode ser considerada como tal.

No Brasil há o Projeto de Lei nº 2303, de 2015, do deputado federal Aureo Ribeiro, que “dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de

pagamento' sob a supervisão do Banco Central" (altera a Lei nº 12.865, de 2013 e da Lei 9.613, de 1998) (PL230315).

O Projeto de Lei nº 2.303, de 2015 ainda está em trâmite perante a câmara legislativa, sendo que em 27 de abril de 2021, foi deferido o pedido para ser apensado ao Projeto de Lei n. 2.060/2019, que dispõe acerca do regime jurídico de Criptoativos, sendo enviado, posteriormente, para a apreciação do Plenário e inclusão de exame pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito). No dia 29 de setembro de 2021, a Comissão Especial, denominada de Banco Central Regular Moedas Virtuais (PL 230315), aprovou o parecer. Apensados ao Projeto de Lei nº 2.303/15, estão os Projetos de Leis de nº 2.060/2019; nº 2.234/2021 e nº 2.140/2021.

Muito se discute quanto a real aplicabilidade das moedas digitais e como elas podem melhorar a vida financeira da população. No Brasil e no mundo, os questionamentos são basicamente os mesmos e a preocupação com as transações realizadas também. As moedas criptografadas chamam atenção de pequenas empresas de margens apertadas que procuram formas de reduzir seus custos de transações na condução de seus negócios. Percebe-se como exemplo, os cartões de crédito, que expandiram de forma considerável a facilidade de transacionar, mas seu uso vem acompanhado de pesados custos aos comerciantes. Negócios que desejam oferecer a seus clientes a opção de pagamento com cartões de crédito precisam, primeiro, adquirir uma conta com as empresas de cartões. Dependendo dos termos de acordo com cada empresa, os comerciantes têm que pagar uma variedade de taxas de autorização, de transação, de extrato, etc. Essas taxas rapidamente se acumulam e aumentam significativamente o custo dos negócios. Entretanto, se um comerciante não aceitar pagamentos com cartões de crédito, pode perder um número considerável de suas vendas, pois muitos clientes preferem o uso de tal modalidade.

Com as moedas criptografadas, isso não será necessário, uma vez que não se depende de terceiros para realização de transações por ser uma moeda descentralizada. Segundo o Instituto Coaching

Financeiro, outros pontos que podem ser considerados como positivos na utilização das moedas virtuais, principalmente o Bitcoin são:

A taxa de conversão do real para a Bitcoin é superbaixa, o que vale a pena na hora de comprar; Pode ser usada em todos os países, já que a Bitcoin é uma moeda universal. Para quem viaja bastante é bem interessante ter moedas virtuais, pois não vai sofrer tanto com conversão de moedas... Como é uma moeda digital, o governo não pode congelar (embargar) as moedas, assim como pode fazer com as outras moedas; Se você quiser pagar suas contas ou doar seus Bitcoins, é possível fazer isso sem qualquer intervenção do governo. Exemplo: quando você doa um valor para determinada instituição, ela precisa declarar de onde está vindo esse dinheiro. Com a Bitcoin é diferente: todo mundo tem a liberdade de fazer doações e pagar qualquer coisa sem a intervenção do governo. (COACHING, 2016)

A advogada Samasse Leal, também elencou determinados prós para se investir em Bitcoins. Observe-se:

Alta rentabilidade no curto prazo (possibilidade de dobrar o valor do investimento em poucos meses). Boa liquidez (possibilidade de transformar em dinheiro e receber) por dois motivos: muitos interessados na compra da moeda e possibilidade de usar como moeda de pagamento em lojas virtuais de aceitação. Teve uma supervalorização desde que foi criada, acima de qualquer rentabilidade de qualquer investimento tradicional. É um mercado de livre negociação, ou seja, o preço da moeda depende apenas de quanto as pessoas estejam dispostas a pagar por elas, não sofre influência de política interna ou externa ou dos resultados da atividade de uma empresa. A forma de aquisição é fácil, desde que se tenha acesso a internet.

Não é necessário ter conta em banco, pode-se fazer um depósito direto, em dinheiro, na conta bancária do intermediador. Se desvalorizar, você ainda pode usar os Bitcoins para fazer compras nos sites que aceitam como moeda de pagamento. (LEAL, 2018).

Diversos países, inclusive de grande potência econômica, já regulamentaram, estão em processo de regulamentação ou não consideram ilegal a utilização das moedas virtuais. Pondere-se:

Ilhas Aland; Antígua e Barbuda; **Austrália**; Áustria; Azerbaijão; Belarus; Bélgica; Brasil; Brunei Darussalam; Bulgária; **Canadá**; Chile; Congo; Costa Rica; Croácia; Cuba; Chipre; República Checa; Dinamarca; República Dominicana; Estônia; Finlândia; **França**; Geórgia; **Alemanha**; Gibraltar; **Grécia**; Hong Kong; Hungria; Islândia; Irã; **Iraque**; Irlanda; Ilha de Man; **Israel**; **Itália**; **Japão**; Jersey; Kuwait; Letônia; Líbano; Liberland; Jamahiriya Árabe Líbia; Liechtenstein; Lituânia; Luxemburgo; Malta; **México**; Mônaco; Mongólia; Países Baixos; Nova Zelândia; Nicarágua; Ilhas Marianas do Norte; Noruega; Filipinas; Polônia; Portugal; Porto Rico; Reunião; Romania; Federação Russa; San Marino; Sérvia; Cingapura; Eslováquia; Eslovênia; África do Sul; **Coreia do Sul**; **Espanha**; Svalbard e Jan Mayen; Suécia; Suíça; Taiwan; Tailândia; Peru; Ucrânia; Reino Unido; **Estados Unidos da America**; Uzbequistão; Saara Ocidental; Zimbábue. (ROQUETTE, 2018, grifo nosso)

Eduardo Mesquita P. A. Kobayashi escreveu um artigo sobre a regulamentação do Bitcoin no Japão. Esta regulamentação se deu no ano de 2016, tendo como marco para tal, segundo o autor, a falência no ano de 2014, de uma das principais bolsas de moedas criptografadas do Japão, a Mt.Gox. Examine-se:

Em 2016, foi aprovada no país a chamada “Lei das Fintechs”, um projeto de alterações legais com o objetivo de adaptação da legislação às transformações no ambiente de tecnologia da informação (情報通信技術の進展等の環境変化に対応するための銀行法等の一部を改正する法律 - Lei 62, de 3 de março de 2016), e dentro da qual foi incluída a regulação das criptomoedas. O marco regulatório entrou em vigor no 1º de abril de 2017, e, no âmbito das moedas virtuais, alterou dois diplomas legais: 1) a Lei sobre Arranjos de Pagamentos (資金決済に関する法律); e 2) a Lei de Prevenção de Movimentação de Recursos Provenientes do Crime 犯罪による収益移転の防止に関する法律. Por trás dessas alterações, estão a falência da bolsa de moedas virtuais Mt.Gox em 2014, com sede no Japão, bem como a popularização das criptomoedas e seu consequente uso em lavagem de dinheiro.

a) Mt. Gox

A Mt. Gox, empresa constituída no país e reconhecida como maior bolsa de valores de Bitcoins do mundo na época, deu entrada em um pedido de recuperação judicial em 2014, no ápice de suas atividades, e, logo em seguida, iniciou processo de falência. Na ocasião, 650 mil Bitcoins e 280 milhões de ienes “desapareceram”, totalizando perdas de quase 340 milhões de dólares. O administrador da empresa alegou que sua plataforma havia sido atacada por hackers, mas, posteriormente, foi denunciado por apropriação indébita (o caso e seus desdobramentos serão analisados em mais detalhes em futuros artigos).

b) Lavagem de Dinheiro

Com relação à lavagem de dinheiro, diversas recomendações sobre cuidados a serem tomados e possíveis medidas para implementação foram apresentadas por organismos como o G7 (Grupo dos Sete, grupo internacional composto por: Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido) e a FATF (“Financial Action Task Force”,

organização intergovernamental fundada em 1989 por iniciativa do G7 para desenvolver políticas de combate a lavagem de dinheiro) em 2016, o que levou o governo japonês a agir de forma a adequar sua legislação às recomendações internacionais.

Veamos, portanto, os principais pontos da reforma e sua relação com o incidente que envolvendo a Coincheck. (KOBAYASHI, 2018)

Neste mesmo artigo, Eduardo Mesquita P. A. Kobayashi relacionou as principais alterações realizadas na lei japonesa. Verifique-se:

II) Lei das Fintechs

a) Reforma da Lei sobre Arranjos de Pagamentos

A reforma da Lei sobre Arranjos de Pagamentos, além de definir o que são moedas virtuais, estabelece os principais deveres impostos aos operadores de bolsas de criptomoedas, especialmente do ponto de vista de proteção do usuário e do sistema financeiros.

– Art.2, parágrafo 5 Define moeda virtual. O conceito pode ser dividido em 3 partes:

1) Pode ser usada em troca de bens e serviços providos por pessoas indeterminadas; 2) Possui um valor patrimonial que pode ser transferido eletronicamente; 3) Não é uma moeda de curso forçado. O elemento 1 talvez seja o mais importante da definição, pois permite diferenciar moedas virtuais de outras moedas DIGITAIS (categoria que engloba as virtuais) como meios de pagamento pré-pagos. Nos termos do art. 3, parágrafo 1, inciso 1, estas têm um emissor determinado e são utilizados para transações de serviços desse emissor.

– Art. 2, parágrafo 7 Define as atividades enquadradas na prestação de serviços de Bolsa de Moedas Virtuais (仮想通貨交換業) :

1) Serviço de compra ou venda de moedas diretamente do usuário; 2) Serviço que não envolve compra e venda, apenas o “matching” de usuários que querem comprar ou vender; 3) Serviço de administração de

moedas virtuais relacionado aos serviços dos incisos anteriores

(Ou seja, um simples serviço de wallet para administrar moedas que não envolva compra e venda não se encaixa no conceito).

Aquele que preenche os requisitos dos incisos e obtiver autorização do primeiro-ministro passa a ser considerado como prestador de serviços de bolsa de moedas virtuais, nos termos do parágrafo 8º.

– Art. 63, I a XIX Estabelece as regras e deveres gerais impostos sobre as moedas virtuais. Dentre esses deveres, destaque para a necessidade do operador se registrar perante a autoridade fiscal (財務 (支) 局長), indicar os nomes das moedas que negocia e apresentar os documentos previstos em lei (art.63, II). A lei prevê como requisitos: (i) patrimônio mínimo (10.000.000,00 de ienes, art.9 do Decreto de Gabinete – 府令); (ii) criação de controles internos (compliance, compliance das regras de controle de forças anti-sociais (crime organizado); (iii) controle de informações individuais; (iv) controle do ambiente de trabalho; e dentre outros.

– Art.63, VIII e XII O referido artigo estabelece as regras de conduta impostas sobre o prestador do serviço, pensadas a partir dos problemas decorrentes do caso Mt.Gox, conforme descrito abaixo:

- 1) Dever de gerenciamento seguro de dados;
- 2) Dever de orientação do contratante;
- 3) Dever de estabelecimento de medidas de proteção do usuário;
- 4) Dever de gerenciamento do patrimônio do usuário;
- 5) Dever de compatibilização com meios alternativos de resolução de disputa financeira.

Acredita-se que as regras 1) e 4) sejam as mais importantes da lista. A proteção contra ataques de hackers é o maior dever das bolsas, e o dever gerência e contabilidade em separado do patrimônio da bolsa e dos usuários, bem como auditoria das contas em separado por contador ou auditor cria uma série de

deveres contábeis que inexistiam antes da regulação. Por outro lado, a utilidade prática da gestão separada de contas é duvidosa, já que o usuário é credor comum da bolsa, não há direito de propriedade sobre as moedas virtuais, ou seja, se a bolsa falir, ambas as contas comporão igualmente a massa falida. Não há ainda nenhuma proteção legal específica para o patrimônio do usuário como há para depósitos bancários.

– Art.63, XVI e XVII Estabelece as punições administrativas que podem ser impostas em caso de descumprimento da lei:

- 1) Ordem de Melhoria de Serviço
- 2) Cancelamento de Registro
- 3) Suspensão Temporária...

b) Reforma da Lei de Prevenção de Transferência de Recursos de Origem Criminosa. Além dos deveres previstos na Lei sobre Arranjos de Pagamentos, a reforma da Lei de Prevenção de Transferência de Recursos de Origem Criminosa cria deveres adicionais com o objetivo explícito de combate ao crime.

– art.2, parágrafo 2º, inciso 31, art.4, além do artigo 7º, parágrafo 1, inciso 1 do Decreto de Gabinete. O operador de bolsa de moedas virtuais passou a ser um “operador especial” nos termos da Lei de Prevenção de Transferência de Recursos de Origem Criminosa, assumindo o dever de confirmação de identidade do usuário em determinadas transações como: 1) Celebração de contrato cujos termos impliquem na realização de transações contínuas ou repetitivas; 2) Quando o valor da compra e venda de moedas virtuais ultrapassar 2 milhões de ienes; 3) Quando o valor da transferência de moedas virtuais ultrapassar 100 mil ienes.

Via de regra, a confirmação se dá através do upload de algum documento oficial com foto do usuário, que contenha nome e endereço, e é efetuado um envio de correspondência ao referido endereço, com aviso de recebimento, para confirmação da veracidade das

informações (art.6, parágrafo 1, inciso 1 do decreto que regulamento a aplicação da lei).

– art.8º O operador também se sujeita a obrigação de reportar qualquer transação sobre a qual recaia suspeita de relação com atividade criminosa, nos termos dos procedimentos previstos no parágrafo 2º do artigo. (KOBAYASHI, 2018)

Pode-se ver pela análise dos dispositivos acima que a regulamentação no Japão definiu o que é a moeda virtual, definiu as atividades na prestação de serviços nas Bolsas de Moedas Virtuais, a obrigação de registro para ser um operador da moeda, os requisitos para se registrar, bem como os controles que deverão ser realizados enquanto operador. Constituiu as punições para quem descumprir a lei e criou reservas para prevenir o uso das moedas para propósitos criminosos.

Este é um grande passo para os operadores e consumidores das criptomoedas, pois proporcionam maior possibilidade de investimentos no mercado por novas pessoas, já que sentem segurança, uma vez que, há garantia de seus direitos.

A principal crítica em relação às moedas criptografadas se dá pelo fato de as mesmas não serem reconhecidas pelo governo. Por não haver uma legislação que as rege, fomenta em uma grande dificuldade jurisdicional para resolver qualquer lide daquele que investe nesse tipo de mercado. Essa ausência de controle tem sido apontada, como uma aliada no processo de atividades ilícitas como lavagem de dinheiro, tráfico e até mesmo terrorismo. Uma vez que pode ser utilizada por grupos que desejam esconder suas atividades ilícitas, tornando-as legais pelo simples fato de transformar o dinheiro físico em uma moeda virtual criptografada, cuja origem não se tem conhecimento ou qualquer tipo de controle.

Outro fator bastante criticado é a volatilidade das criptomoedas, pois, as alterações expressivas de preço podem acarretar na existência de uma bolha financeira, visto que em um momento são investidos

milhões em dinheiro e que em um momento posterior pode deixar de existir por um estouro desta bolha.

Por fim, outra crítica identificada e categoricamente corroborada pelos autores diz respeito à violação de segurança, uma vez que essas moedas são virtuais e estão sujeitas a problemas de segurança. Sendo por inúmeras vezes, alvo de ataques de hackers, podendo originar um colapso por uma simples invasão daquele que conseguir acessar a rede de dados dessas moedas virtuais, uma vez que até mesmo o sistema de criptografia não é totalmente imune às falhas de segurança.

7. CONCLUSÃO

Após análise realizada neste trabalho, pode-se concluir que as criptomoedas vieram para revolucionar o mercado. Diante da crescente utilização pela população, resta claro a necessidade da criação de legislação específica para as moedas criptografadas, pois ainda que seu controle seja descentralizado, sua circulação tem sido influente, inclusive há casos pleiteados perante à justiça, para que o direito dos usuários como consumidores deste bem intangível seja respeitado. Porém, a justiça não consegue cobrir a ausência de regulamentação, visto que o emissor daquela moeda pode não se encontrar dentro da fronteira nacional, fazendo com que a lide não possa ser resolvida por tribunais comuns utilizados para a solução quanto a outras modalidades de investimentos como ações, empréstimos e demais atividades bancárias. Contudo, a ausência de legislação também pode ser apontada como uma aliada no processo de atividades ilícitas, como lavagem de dinheiro, tráfico e até mesmo terrorismo.

Atualmente, no país há o Projeto de Lei nº 2303, de 2015, apresentado pelo deputado federal Aureo Ribeiro, que “dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central”, todavia, sem especificar de fato como devem ser operadas as transações com as moedas virtuais, sendo necessário uma melhor abordagem do tema na lei para garantir de fato a proteção dos operadores das moedas virtuais e principalmente de seus consumidores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Imposto sobre a renda** – pessoa física. Perguntas e respostas. Brasília. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2303, de 8 de julho de 2015**. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Brasília: Câmara dos Deputados, ano 2015, 8 jul. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 18 out. 2021.

CARDOSO, Bruno. **O que é “gasto duplo” e como o Bitcoin é capaz de evitá-lo?** Disponível em <https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/584812107/o-que-e-gasto-duplo-e-como-o-bitcoin-e-capaz-de-evita-lo> > Acesso em 28 de novembro de 2018.

GONÇALVES, Deborah Brait, et al. **Bitcoin: a moeda virtual**. Belo Horizonte, 2018.

GUIA DO BITCOIN. **Como surgiram as criptomoedas?** A “Economia Digital” foi criada graças ao Bitcoin. Disponível em > Acesso em: 31 de outubro de 2018.

HISTÓRIA DE TUDO. **História da Moeda**. Disponível em > Acesso em 28 de novembro de 2018.

INSTITUTO COACHING. **Vantagens e desvantagens em usar os Bitcoins e outras moedas virtuais existentes**. Disponível em: . Acesso em 31 de outubro de 2019.

JAFET. **A Origem e a História da Moeda**. Disponível em > Acesso em 28 de novembro de 2018.

KOBAYASHI, Eduardo. **Regulação de Bitcoins no Japão** – Principais aspectos da legislação sobre moedas virtuais no país. Disponível em . Acesso em 31 de outubro de 2019.

LEAL, Samasse. **Quer investir em Bitcoins?** Conheça os prós e contras. Disponível em: . Acesso em 31 de outubro de 2019.

NÓBREGA, Cristóvão. Receita Federal do Brasil. **História do Imposto de Renda no Brasil** - um enfoque da pessoa física (1922-2013). Brasília. 2014.

OVERTURE, Benjamin. **7 Criptomoedas que Vieram Antes do Bitcoin**. Portal do Bitcoin, 17 dez. 2017. Disponível em: <<https://portal-dobitcoin.com/7-criptomoedas-que-vieram-antes-dobitcoin/>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

. **Moeda**. Disponível em <https://politicamonetaria.webnode.com.br/moeda>>Acesso em: 18 de setembro de 2018.

PORTAL SÃO FRANCISCO. **História da Moeda**. Disponível em <https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/historia-da-moeda> > Acesso em 28 de novembro de 2018.

PRADO, Jean. **O que é blockchain:** indo além do bitcoin. Disponível em > Acesso em 28 de novembro de 2018.

PRIBERAM DICIONÁRIO. **Moeda**. Disponível em > Acesso em 27 de outubro de 2018.

REMESSA ONLINE. **O que são criptomoedas?** Disponível em <https://jafetnumismatica.com.br/historia-da-moeda/> > Acesso em 28 de novembro de 2018.

RICO. **O Que é Bitcoin e Como Funciona:** Guia Atualizado-. Disponível em > Acesso em 28 de novembro de 2018.

, . **Bitcoin e regulamentação pelo mundo.** Uma análise completa sobre o futuro da moeda. Disponível em: . Acesso em 31 de outubro de 2019.

SUTTO, Giovanna. IR 2021: veja 6 mudanças na declaração do Imposto de Renda: Declaração do IR. **InfoMoney**, [S. l.], 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/ir-2021-veja-6-mudancas-na-declaracao-do-imposto-de-renda/>. Acesso em: 18 out. 2021

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital.** 1º Edição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Barbara Rezende Malard Leite



OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Barbara Rezende Malard Leite⁷

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 3. A SOBERANIA. 4. A CIDADANIA. 5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 6. OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA. 7. O PLURALISMO POLÍTICO. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, buscou constituir, em todo território nacional, o Estado Democrático de Direito. Apresentando em seu primeiro artigo, os fundamentos da República, são eles: a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Pode-se afirmar, que todos os fundamentos do Estado Democrático de Direito estão presentes no do texto constitucional: apresenta em seu primeiro artigo, quais são os fundamentos da República.

Tais princípios salvaguardam direitos intrínsecos ao povo brasileiro, como também, aos Três Poderes que compõe a administração pública, e todo o funcionalismo do Estado Nacional.

Visando o destaque de sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho analisa os fundamentos presentes no artigo primeiro da Constituição da República de 1988.

⁷ Graduada em Direito pela PUC/MG. Especialista em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito Constitucional pelo IPEMIG. E-mail: barbaramalard@gmail.com

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O atual modelo de Estado Democrático de Direito é resultado da evolução da organização das sociedades. Com a formação de conceitos políticos, no final do século XIX as bases do Estado de Direito foram consolidadas.

Em seguida, ao final do século XVIII, observa-se nos livros de História a queda dos Estados absolutistas, modelo de Regime político que superou o modelo feudal e que concentrava todo o poder nas mãos dos reis soberanos, considerados representantes de Deus na Terra.

Nos Estados absolutistas, os reis possuíam poderes plenos, concentrando em si os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Este arbitrário governo provocou o desequilíbrio social, prejudicando interesses dos mercadores burgueses, classe que se encontrava em ascensão.

O abuso de poder por parte dos reis absolutistas revoltou a burguesia por toda a Europa, classe econômica, política e social ascendente na época, que buscaram novos modelos de organização social onde o poder do rei fosse restrito e controlado.

Assim, por todo continente europeu, em períodos e localidades distintas, as revoluções burguesas, segundo o professor José Jobson Arruda, culminaram com o fim do absolutismo monárquico e da política econômica mercantilista, onde a burguesia favorecida pelo crescimento econômico pretendia mais liberdade para ampliação dos negócios.

Dentre as Revoluções, destaca-se em primeiro lugar a Inglaterra, que durante o século XVII marcou o fim do absolutismo com movimentos em defesa das liberdades individuais e contra arbitrariedades do Estado, tais como: Revolução Puritana, 1628; *Petition of Rights*, que instituiu a necessidade de aprovação parlamentar de tributos e a proibição de punição de súditos sem amparo na lei; *Habeas Corpus Act* - 1679, em proteção à liberdade e ao devido processo legal; Revolução Gloriosa - 1689 - *Bill of Rights*, obrigatoriedade de

aprovação das leis pelo Parlamento, garantia de liberdade religiosa. (BEZERRA, 2022)

Em segundo lugar, porém não menos importante, destaca-se a Revolução Francesa, a Revolução Iluminista de 1789. A crise econômica se agrava na França, classes são suprimidas em prol da Realeza. Em 1792, foi proclamada a República e o Rei Luís XVI condenado à morte. (AGUIAR, 2022)

Em meio às revoluções, filósofos e teóricos passaram a refletir sobre as melhores formas de organização política e social que protegeriam a coletividade e as liberdades individuais. Concluíram que o poder político não se origina em dádiva Divina, rompendo com isso o vínculo entre o Estado e a Religião. O poder da sociedade deve vir das pessoas que a formavam. Então, incumbiria ao homem descobrir quais seriam os direitos básicos de todo ser humano e como deveriam se organizar socialmente para que esses direitos fossem respeitados. (AGUIAR, 2022)

Dessa forma, formou-se o conceito de Jusnaturalismo, essencialmente discorre que existem direitos que são naturais ao homem e que fluem da própria natureza humana, direitos básicos para que o ser humano pudesse viver de forma digna.

Dentre os filósofos e teóricos que se destacaram na procura dos direitos naturais e irrenunciáveis do homem, convém destacar alguns que ofereceram suas contribuições, cujas ideias permanecem atuais.

Em 1651, Thomas Hobbes defendia que somente o direito de amparar-se a si mesmo era irrenunciável, sendo todos os outros direitos decorrentes desse. Este conceito embasou duas conquistas políticas fundamentais: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do Estado. E assim, nasceu de fato o Estado liberal moderno. (HOBBS, 1988)

John Locke, teórico do liberalismo, destacava três direitos naturais básicos: a liberdade, a propriedade e a vida, defendendo, até mesmo, o direito de qualquer povo destituir o poder que não garantisse tais direitos. (LOCKE, 1999)

Jean Jacques Rousseau, no do século XVIII entendia que todos os homens nascem livres, de forma que, a liberdade faz parte da natureza do homem. Logo, classificou como direitos inalienáveis do homem: a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade. (SANTOS FILHO, 2002)

Rousseau afirmava que a organização política social deve basear-se em um contrato social, firmado entre todos os cidadãos que compõem a sociedade. Assim, a partir do contrato social surge a vontade geral soberana, que objetiva a realização do bem geral. (SANTOS FILHO, 2002)

Em 1748, Charles de Montesquieu criou as sementes da ideia de separação dos poderes, a tripartição das funções do Estado, obra de importância fundamental na defesa dos direitos individuais. (LISBOA, 2008)

Já no século XX, Hans Kelsen conceituou o Estado como sujeito artificial, como a personalização da ordem jurídica. Fundamentou que a lei passou a possuir um papel essencial na organização das sociedades, sendo o instrumento por meio do qual o poder do povo se manifesta e, ainda, que vincula a todos de forma igualitária. Dessa forma, governantes e governados são igualmente sujeitos às determinações da lei. (LEITE, 2013)

A lei passa a representar a vontade dos cidadãos, pois a partir do comportamento destes se influencia o desenvolvimento das sociedades, devendo assim por todos ser respeitada, não importando a sua condição, implicando finalmente a ideia de Estado de Direito.

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno.

3. A SOBERANIA

Fruto da Revolução Burguesa, o conceito de soberania, compõe o Estado Democrático de Direito, de forma que a Constituição é o novo símbolo do poder, por ser a materialização do poder soberano que pertence ao povo.

Nas Palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Depreende-se dos conceitos expostos que o Estado apenas é verdadeiramente Estado quando o poder que o dirige é soberano.

É incontestável que hoje quando se fala em Estado vem à mente a ideia de uma ordem estatal não submetida a outra ordem da mesma espécie. E essa ausência de subordinação é em última análise a soberania. Traço hoje reputado imprescindível ao Estado.

Evidentemente isso não quer dizer que, sob o aspecto moral, não estejam as regras positivas subordinadas a outras normas nem que a organização estatal não possa subordinar-se a normas resultantes de seu acordo com outra organização da mesma natureza, ou resultantes do longo uso nas relações interestatais. Nem quer dizer que a soberania seja requisito essencial de toda e qualquer organização política. Já houve no passado organizações políticas que regiam, no âmbito de um território, um povo, mas cujo comando reconhecia subordinação a outra autoridade. Foi essa a situação, por exemplo, na Idade Média, quando reinos e senhorios aceitavam a subordinação ao Império ou ao Papado. Tais autoridades não se punham como as mais altas (no superlativo), ou seja, como soberanas (pois soberano, do latim *soberanus*, é o superlativo de *super*). É certo que se afirmavam mais altas (no comparativo) em relação às demais autoridades que se inscreviam no seu âmbito de poder.

Deve-se assinalar que o Estado, no sentido estrito da palavra, surge na História no exato momento em que certos monarcas, como os franceses, se afirmaram detentores do mais alto poder, recusando sujeição quer ao Papado, quer ao Império.

Costuma-se opor, na teoria do Estado, soberania a autonomia. Nessa contraposição, entende-se que soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, visto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já autonomia é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites traçados por lei estatal superior.

Na clara lição de Sampaio Dória: “O poder que dita, o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro, é a soberania. Só esta determina a si mesma os limites de sua competência. A autonomia, não. A autonomia atua dentro de limites que a soberania lhe tenha prescrito” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 62).

Dessa forma, pode-se considerar que todo Estado Nacional é soberano e que, no território nacional deste Estado, não há nenhum poder acima do seu. Ou seja, não há poder acima da Constituição da República de 1988.

4. A CIDADANIA

Na Grécia antiga, configurava-se como cidadão todo homem nascido em terras gregas. Em Roma, a expressão era utilizada para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que podia exercer. Assim, a origem da palavra cidadania bem do latim “*civitas*”, que se traduz em cidade. (PORTO, 2022)

Atualmente, pode se considerar que no Brasil, a cidadania pode ser exercida pelo seu povo, compreendendo todos os direitos e obrigações de natureza política, como o voto.

Destaca-se que o termo população se distingue do termo povo. O termo população enquadra todos aqueles que habitam no país, como os estrangeiros e os apátridas. Enquanto o povo, caracteriza-se pelos brasileiros natos e naturalizados.

5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontrado no Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, constitui um dos mais importantes princípios, pois ele constitui um valor espiritual e moral

De acordo com Immanuel Kant,

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2004, p. 65)

Dessa forma, pode-se considerar que:

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, essa característica da interpretação constitucional se revela com clareza e intensidade. Afinal, como destacou Habermas, a dignidade da pessoa humana “forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito”.⁵ Assim, a interpretação desse princípio não tem como se desvincular da moral. Daí porque é preciso *reconstruir*⁶ o sentido normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando o texto e o sistema constitucional vigentes, mas também os valores emancipatórios do constitucionalismo. (SARMENTO, 2016, p. 71)

Assim, pode-se analisar o significado da dignidade de três formas: status, virtude e valor intrínseco. Diante da evolução da sociedade, a dignidade era atribuída aqueles que ocupavam funções sociais privilegiadas, ou seja, o status digno era remetido àqueles pertencentes a Realeza, clero ou posição de poder perante os demais cidadãos comuns.

Apesar de toda a evolução social e a incorporação dos ideais iluministas no atual Estado Democrático de Direito, ainda é possível observar a referência da dignidade á pessoas que ocupam cargos públicos como na política e no Poder Judiciário, por exemplo.

Em seguida, observa-se o significado da dignidade como virtude, ligada a “conduta digna”. Nesse sentido, a conduta moralmente correta e louvável da pessoa diante das situações adversas, constitui uma virtude. (SARMENTO, 2016)

Assim como para Aristóteles, virtuoso é o homem que, habitualmente, possui excelência de caráter, tem atitude moral adequada e age de forma correta na hora necessária. (ARISTÓTELES, 2006)

Por fim, no Direito Contemporâneo a palavra dignidade é usada considerando sentido associado aos direitos humanos. (COMPARATO, 1999, p. 56)

De acordo com Daniel Sarmento:

A dignidade é empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador

têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. (SARMENTO, 2016, p. 104)

6. OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA

O princípio de proteção aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, determina que o indivíduo tem a possibilidade de crescer e se desenvolver ou empreender por meio de seu trabalho e livre iniciativa.

Destaca-se que este princípio possui ligação intrínseca com o artigo 170 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Este princípio garante que toda e qualquer pessoa, possa trabalhar com dignidade, em exercício de todas as formas lícitas de trabalho e de atividade empresarial. De forma que afeta diretamente a indústria brasileira, tanto no próprio labor, quanto na relação entre trabalhador e empregador.

Portanto, pode-se que constitui um dos principais princípios da ordem econômica e do Direito do Trabalho.

7. O PLURALISMO POLÍTICO

O Estado Democrático é aquele que o povo exerce a soberania, no qual, o sistema político caracteriza-se pelo fato dos cidadãos, participam igualmente para elegerem seus próprios dirigentes por meio de eleições periódicas. (BARROSO, 2010)

Dessa forma, os representantes eleitos governam sob a vontade do povo. Nesse sentido, os que desejam candidatar-se aos cargos políticos devem fazer parte de um Partido Político, em observância do artigo 17 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente.

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos

recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Assim, a expressão *pluralismo político*, não se confunde com a ideia de vários partidos políticos, contudo a esta matéria atribui-se a denominação pluripartidarismo ou multipartidarismo, que é uma das consequências do pluralismo político.

Nesse sentido, o Pluralismo político garante que seja possível a divergência entre opiniões e ideias com o respeito por cada uma delas. Como base do Estado Democrático de Direito, o pluralismo político, embasa o reconhecimento de que a sociedade é formada por grupos, portanto composta pela multiplicidade de vários centros de poder em diferentes setores. (ALBANESI, 2010)

Conclui-se, assim, que é garantida a livre filiação em partidos políticos, tolerando a disputa entre ideais, pensamentos e visão de Estado, desde que respeitem as normas constitucionais.

8. CONCLUSÃO

Em conclusão, confirma-se que o Estado Democrático de Direito não existe sem a consolidação dos fundamentos essenciais como a soberania do povo, a cidadania para exercer o voto, a dignidade da pessoa humana, a qual alcança todas as áreas do Estado de Direito; os valores do trabalho e livre iniciativa, na fomentação de empregos e economia; e por fim, da garantia do pluralismo político, por meio da qual, o povo pode se manifestar livremente contra um estado arbitrário ou se opor a ideias incompatíveis com a República Democrática.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. **A Importância do Iluminismo Francês**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/a-importancia-do-iluminismo-frances-htm>. Acesso em 31/01/2022.

ALBANESI, Fabrício Carregosa. **O que se entende por pluralismo político?**. 2010. Disponível em: . Acesso em 31/01/2022.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA, Juliana. **Revolução Inglesa**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucoes-inglesas/>. Acesso em 31/01/2022.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: . Acesso em 31/01/2022.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Coleção Os Pensadores. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Gisele. **Hans Kelsen: norma fundamental e conceito de justiça**. 2013. Disponível em: . Acesso em 31/01/2022.

LISBOA, Alan Ricardo Fogliarini. **Revisitando Montesquieu: uma análise contemporânea da teoria da separação dos poderes**. 2008. Disponível em: . Acessado em 31/01/2022.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Rio de Janeiro: Nova Cultura Editora, 1999.

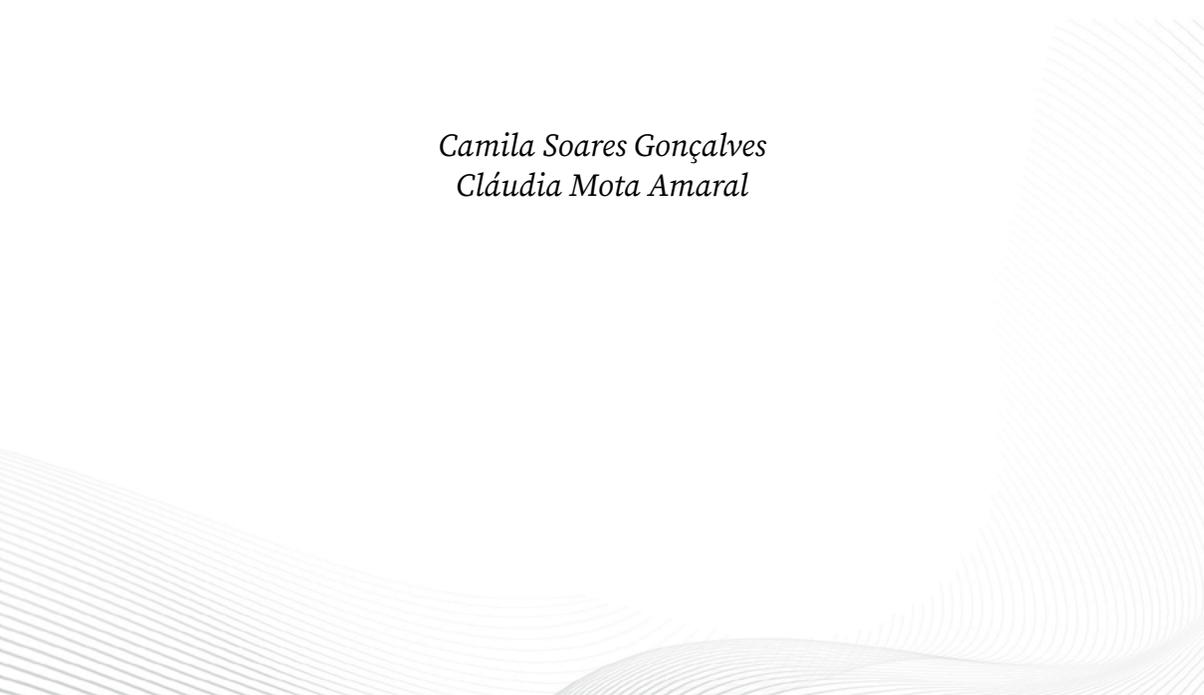
PORTO Editora. **Direito dos Cidadãos na Grécia Antiga na Infopédia**. Porto: Porto Editora. Disponível em: . Acessado em 31/01/2022.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. Democracia em Jan-Jacques Rousseau. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana - conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A EXPERIÊNCIA DO CLIENTE NA ADVOCACIA 4.0

*Camila Soares Gonçalves
Cláudia Mota Amaral*



A EXPERIÊNCIA DO CLIENTE NA ADVOCACIA 4.0

Camila Soares Gonçalves⁸

Cláudia Mota Amaral⁹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS E ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CONSUMO. 3. O PAPEL DO CONSUMIDOR NA REVOLUÇÃO 4.0. 4. A ADVOCACIA 4.0. 5. A EXPERIÊNCIA DO CLIENTE NA ADVOCACIA 4.0. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia da informação e a comunicação globalizada mudaram o mundo e o cenário do comportamento da sociedade, modificando principalmente o acesso dos usuários à internet e ao comércio.

Empresas e indústrias tiveram que se readaptar aos novos valores em seus produtos e serviços, acompanhando as transformações experimentadas. A compra e venda de produtos e a prestação de serviços podem ser negociadas e concluídas atualmente clicando apenas em alguns ou em um único botão. Não há mais a necessidade de sair de casa. É possível obter facilmente fontes de informações sobre todos e quaisquer produtos e serviços.

Os consumidores e clientes estão cada vez mais exigentes, mais comparativos, mais bem informados. Em razão disso não aceitam

⁸ Professora universitária. Advogada. Graduada em Direito pela Rede Doctum, campus João Monlevade. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG e em Advocacia Cível pela Dom Hélder Câmara. Especialista Direito, Inovação e Tecnologia pela ESA OAB/MG. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. E-mail: camilasoares@gmail.com.

⁹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Minas Gerais – FAMIG. Especialista em Marketing Digital pela Faculdade Newton Paiva. Graduada em Jornalismo pela Faculdade Newton Paiva. Graduada em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Uni-BH. E-mail: claudiamaadvocacia@gmail.com.

mais aquela velha opinião formada sobre tudo, como poetizou Raul Seixas.

O antigo padrão social foi rompido. Não existe mais um mundo sem tecnologia, não há mais como voltar atrás. E a área jurídica também encontra-se inserida entre as mudanças. Diferente do que acontecia há 05 (cinco) anos, os clientes já chegam ao escritório conhecendo os seus direitos, exploram e até comparam as estratégias que os advogados pretendem utilizar em sua atuação, fazendo pesquisa de mercado como nunca antes realizada.

Com o desenvolvimento da sabedoria humana e a busca da produção em relação aos assuntos econômicos, bens de consumo e qualidade de vida, a humanidade está sempre se desenvolvendo. Vivenciou-se a primeira, a segunda e a terceira revolução industrial, até atingir a quarta (e última até o momento), que atingiu todas as áreas, inclusive a advocacia.

Nesse cenário percebe-se a importância de se debater o tema, valendo-se de uma boa base principiológica para tentar ilustrar essa nova realidade a advocacia - chamada 4.0, refletindo-se acerca de soluções práticas para este cenário.

Afinal, o que pode ser feito para melhorar o relacionamento e a experiência do cliente? Como será possível se preparar para que este profissional esteja não apenas à frente de outro no mercado, mas também para que atenda este novo cliente superinformado e cada vez mais exigente? Essas e outras dúvidas precisam ser debatidas e analisadas para que se possam traçar novas diretrizes ao tema apresentado.

O intuito é refletir sobre a questão, a fim de que seja possível buscar estratégias inovadoras sobre a conscientização dos profissionais da advocacia quanto às mudanças que refletem no cenário jurídico, fazendo com que o mundo, o mercado e os clientes mudassem (e continuem mudando). Não se vive uma era de mudanças, mas sim uma mudança de era, motivo pelo qual o debate do tema torna-se bastante propício.

2. AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS E ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CONSUMO

Em síntese, para que se conheça o cenário consumerista, necessário se faz pontuar a respeito do desenvolvimento da indústria por meio de suas revoluções.

A Primeira Revolução Industrial iniciou-se na Inglaterra, no século XVIII (indústrias de tecidos de algodão); tendo sido acompanhada pela Segunda Revolução Industrial, ocorrida na segunda metade do século XIX (desenvolvimento de indústrias química, elétrica, de petróleo e aço, além do progresso dos meios de transporte e comunicação); e pela Terceira Revolução Industrial, que ocorreu em meados do século XX (modernização da indústria). (NEVES, 2021)

Atualmente vivem-se os efeitos da Quarta Revolução Industrial, que se iniciou em 2011 (a indústria 4.0, a evolução das tecnologias, a inteligência artificial (AI) e evolução da computação).

A primeira, segunda e terceira revoluções industriais possibilitaram a escala em produção, fomentando o aumento no volume de mercadorias em circulação. Com a “massificação” da produção, os consumidores já não mais estabelecem uma relação direta e pessoal com o fabricante, passando a ser uma relação com a quantidade e variedade do produto, fato que por si só descaracterizou a produção personalizada dos produtos.

Surgiu então a Escola de Frankfurt na cidade de Alemanha, em 1923, pelos doutrinadores Felix Weil, Theodor Adorno, Max Horkheimer e outros pensadores que idealizaram a Teoria Crítica. Esta teoria gerou discussão a respeito da Indústria Cultural, fomentou o fenômeno do capitalismo do qual se vendia muito e se comprava muito, culminando no desenvolvimento da ideologia do consumismo que de fato persiste até os dias atuais. (PORFÍRIO, 2021)

De acordo com o site do Procon - Atendimento ao Consumidor, o consumo é o ato de compra que se relaciona à necessidade e à sobrevivência, indispensáveis à vida e ao bem-estar, tais como água, comida e energia. No consumismo rompe-se essa relação de

necessidade, de modo que o indivíduo passa a adquirir algo que não precisa, veiculado ao gasto de produtos sem utilidade imediata.

A Indústria 4.0, por sua vez, trata-se de um conceito industrial proposto recentemente que contém grandes inovações tecnológicas nas áreas de automação, controle e tecnologia da informação aplicada aos processos de manufatura.

A partir de sistemas algoritmizados da internet, o processo de produção tende a se tornar mais eficiente, autônomo e customizável. Isso marcou um novo período da grande revolução industrial.

Para Klaus Schwab, a quarta revolução vem com três características diferentes das que antecederam. Essas características estão ligadas a velocidade, amplitude e profundidade:

Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras novas e cada vez mais qualificadas. Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos. Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistema inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade (SCHWAB, 2016. p.13).

Vê-se, portanto, que o consumidor pós-revolução passou a realizar os seus desejos de acordo a comunicação mercadológica, consoante propagandas e publicidades desempenhadas, que transformaram a Revolução 4.0.

O consumidor mudou e continuou a evoluir, sendo certo que seu interesse pelo consumo de bens materiais tem dado lugar à aquisição de representações na sociedade contemporânea.

Ademais, o campo sobre o acesso às informações dos mais demasiados assuntos é um mundo mais amplo e muito mais acessível, de forma nunca antes vista ou imaginada.

3. O PAPEL DO CONSUMIDOR NA REVOLUÇÃO 4.0

Os consumidores não são mais domésticos, locais, mas globais e internacionais. Com a revolução 4.0 surgiu uma nova cultura global compreendida pela internet, comércio eletrônico, proteção de dados pessoais, privacidade e integração tecnológica, todos de impacto direto na vida das pessoas.

No passado a maneira mais rápida de atrair clientes dava-se quando as empresas investiam em publicidade, o que ocorria de forma abusiva e invasiva, por vezes. Afinal, mesmo que alguém não estava interessado no produto de determinada marca, sempre recebia esses anúncios e ofertas apelativas.

Com as mudanças no comportamento do consumidor, os clientes é que agora procuram marcas ou empresas. As marcas, por sua vez, realizam o marketing *inbound*¹⁰, fazendo com que os clientes as encontrem por meio de sites, blogs, redes sociais. Isso ocorre porque os consumidores modernos gostam de ser uma parte ativa na relação jurídica a ser firmada, não passiva apenas recebendo ofertas e anúncios.

O consumidor tem acesso a diversos bancos de informações e pode, facilmente, comparar preços, avaliações e métodos de trabalho, visando uma escolha consciente. Além de ser influenciado, é também um influenciador por meio de suas redes sociais.

¹⁰ *Inbound marketing* ou marketing de atração é uma forma de publicidade on-line na qual uma empresa se promove através de blogs, podcasts, vídeo, e-Books, newsletters, whitepapers, SEO e outras formas de marketing de conteúdo.

Com um computador ou um telefone celular os consumidores podem comprar qualquer coisa em qualquer lugar do mundo. Além da compra, esses novos personagens do mercado, por meio de sua influência e como formadores de opinião, podem ajudar o profissional ou uma empresa a construir uma marca de sucesso, como também simplesmente acabar com a reputação deles em apenas alguns segundos.

De acordo com um estudo realizado pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pelo portal de educação financeira ‘Meu Bolso Feliz’, nove em cada dez consumidores brasileiros com acesso à internet (90%) assumem o hábito de fazer pesquisas online antes de realizar compras em lojas físicas (BRASIL, 2015).

Além disso, basta sentir qualquer sintoma no corpo para que o “doutor Google” seja acionado. No mundo jurídico não é diferente. Os clientes já chegam aos escritórios dos advogados sabendo os seus direitos e praticamente já ditam ao profissional o que querem e como querem a estratégia a ser adotada.

Quanto mais o consumidor tem acesso às informações, mais poderá solicitar e, conseqüentemente seu nível crítico para avaliações quanto ao serviço prestado será bem maior do que em tempos pretéritos. O consumidor quer ser envolvido no processo do início ao fim, participando de todas as nuances e percursos.

Por exemplo, o serviço de atendimento ao cliente é um dos pontos mais importantes para os consumidores digitais da era 4.0. As empresas perceberam ser uma necessidade a criação de um canal digital no qual seja possível se comunicar com o público, considerando os novos hábitos diários dos clientes. Logo, se os clientes usam a internet para todas as operações, também esperam obter bons serviços por meio das aplicações constantes na rede mundial de computadores.

Inclusive, importante destacar que o novo consumidor/cliente, além de todos os pontos acima destacados, é um fornecedor de dados, ou seja, uma fonte de extração de informações extremamente importante.

Nas palavras de Dierle Nunes e Ana Luiza Marques:

Deste modo, rompe-se com a subjetividade dos usuários, criando-se padrões específicos e claros de objetificação (reificação), em um verdadeiro sequestro da experiência humana, para monetizar os dados produzidos pelos sujeitos e transformá-los em mercadoria a ser vendida para os anunciantes. s juristas, a problematizar o emprego da tecnologia e os impactos da virada tecnológica na sociedade e no Direito. (NUNES; MARQUES, 2019).

A revolução no consumo é puramente tecnológica. Mas, na realidade, é também humana. É preciso utilizar a tecnologia para se aproximar e manter o cliente conectado. Muito além do dinheiro, a carência de ser tratado como único é essencial para esse consumidor, que passa a exigir cuidado e atenção plena a todo momento.

4. A ADVOCACIA 4.0

Ao contrário das revoluções industriais anteriores, a Quarta Revolução Industrial quebrou todos os limites e fronteiras, inclusive na área jurídica, extremamente tradicional. Mudou a forma de encarar a lei, o modo como a prestação de serviços é desempenhada e, nesse campo, principalmente, a maneira de conquistar e fidelizar um cliente.

O tradicionalismo do Direito é algo enraizado culturalmente. No Brasil, especificamente, a advocacia sempre foi considerada uma profissão nobre e tradicional, marcada também pela burocracia pelo *juridiquês*¹¹.

A prática dos advogados, em sua origem, era acompanhada de jornais antigos e periódicos, livros volumosos e processos físicos gigantescos. Os profissionais normalmente passavam várias horas diretamente no tribunal procurando registros e manifestando nos

11 Utilização dos termos jurídicos no linguajar do advogado.

casos. Sempre existia uma série de documentos e pilhas a serem analisados.

Mark A. Cohen¹² descreveu o novo advogado em seu artigo para a revista FORBES:

Por muito tempo, simplesmente “conhecer a lei” foi o único requisito para os advogados prestarem serviços jurídicos. Esses dias acabaram. O futuro advogado deve aumentar o conhecimento jurídico básico com outras habilidades, incluindo: (1) compreensão da aplicação da tecnologia e impacto na entrega de serviços jurídicos (por exemplo, e-discovery, cybersecurity, gestão de contratos, pesquisa jurídica, etc.); (2) gerenciamento de projeto / processo; (3) fluência básica de negócios; (4) gerenciamento de clientes; (5) colaboração; (6) vendas e marketing; (7) uma compreensão dos desenvolvimentos do mercado jurídico global; (8) consciência cultural para o que se tornou uma profissão global; e (9) inteligência emocional / ‘habilidades pessoais’. A inteligência emocional é amplamente negligenciada como uma habilidade jurídica crítica. Os melhores advogados com alto intelecto (QI) e habilidades pessoais (QE) sempre prosperarão, não importa o quão difundida a tecnologia se torne na entrega legal (COHEN, 2017).

Dessa concepção advém o conceito denominado “Advocacia 4.0”, que consiste no novo modo como os advogados e escritórios de advocacia atuam no mercado, utilizando de todos os novos recursos tecnológicos disponíveis, visando a realização de um trabalho mais rápido e preciso, focado na experiência do cliente.

12 CEO da Legal Mosaic, cofundador e presidente executivo da The Digital Legal Exchange, uma organização única, global e sem fins lucrativos criada para ensinar, aplicar e dimensionar princípios digitais para a função jurídica. Foi nomeado pela Singapore Academy of Law (SAL) em 2018 para servir como o “LIFTED Catalyst-in-Residence”, Além de ser colunista da revista Forbes e outros jornais da área jurídica.

Percebe-se que não basta mais o desenvolvimento apenas das atividades técnicas, denominadas *hard skills*, sendo preciso que o profissional desenvolva as chamadas *soft skills*, competências comportamentais e humanas que são o grande diferencial da atualidade.

O advogado 4.0 caracteriza-se não só pelo conhecimento jurídico, mas pela utilização, cada vez mais, da tecnologia e competências pessoais a seu favor. Assim, seja por meio da utilização de ferramentas digitais que potencializam sua atuação, seja por meio do desenvolvimento pessoal e profissional de alta performance, o advogado passa a se destacar no mercado denominado saturado, colhendo frutos pelo seu diferencial.

Conforme explica Bruno Feigelson, presidente da AB2L e sócio do escritório Lima Feigelson Advogados, em entrevista para a revista LIDE:

Os advogados estão sendo desafiados a contribuir com essa mudança tecnológica e ela está sendo inserida cada vez mais no cotidiano deles. O advogado 4.0 usa uma série de plataformas tecnológicas para potencializar seu trabalho e evitar atividades repetitivas (FEIGELSON; MALDONADO, 2019).

Os conhecimentos exigidos do advogado 4.0 vão muito além do curso de Direito e disciplinas específicas da área jurídica. É preciso se desenvolver profissionalmente, participar de cursos de extensão e aprimoramento, participar de atividades jurídicas e estabelecer uma rede de contatos valorosa, construindo pilares para além do Direito.

Além do conhecimento jurídico é fundamental que os advogados 4.0 utilizem o marketing de conteúdo como estratégia de prospecção lícita de clientes, aprendam sobre vendas e comunicação, desenvolvendo toda e qualquer competência comportamental que agregue à sua prestação de serviços.

O futuro da advocacia exige conhecimentos multidisciplinares, o que tornará os escritórios de advocacia cada vez mais competitivos, não pela parte pura e dura do Direito, mas exatamente pelas habilidades que estão além da advocacia.

Por sua vez, a inteligência artificial, quando utilizada como ferramenta de apoio/suporte ao profissional e sua equipe, fará com que seja possível desempenhar as atividades com maior produtividade, otimizando as tarefas e permitindo, assim, que o advogado tenha mais tempo livre, passando a focar no desenvolvimento das habilidades comportamentais, tão caras no momento presente e futuro.

É também essencial aumentar a velocidade durante a prestação dos serviços jurídicos. Isso porque no mundo digital, a rapidez com que os fatos e os dados acontecem, são compartilhados e disseminados, é gigantesca, fazendo com que o acesso ao conhecimento e ao fluxo de informações seja facilitado e aberto, reforçando a necessidade de uma prestação de serviços cada vez mais conectada a tais valores.

Os clientes dessa nova era, por sua vez, buscam por profissionais que estão sempre atualizados e que utilizem de plataformas e ferramentas que lhes proporcionarão maior segurança para tomar decisões, reduzir o tempo da busca por reparação a um direito violado, bem como acompanhamento de perto do que acontece em seus processos. Desse modo, percebe-se que a relação de confiança construída entre cliente e advogado dificilmente poderá ser quebrada pela concorrência.

O que os advogados mais tradicionais não entendem é que hoje é extremamente importante o desenvolvimento de um sistema e fluxo de comunicação eficaz com o seu cliente.

Não basta oferecer os caminhos, suporte e atendimento somente antes da assinatura do contrato, mas especialmente durante e após a prestação de serviços jurídicos, no pós-vendas.

Percebe-se que os advogados costumam, no momento anterior ao fechamento do contrato de honorários, garantir que irão prestar

serviços jurídicos fascinantes, explicando o que será desempenhado de forma extremamente técnica e jurídica e, após fechamento e durante o desenvolvimento da prestação dos serviços, abandonam o cliente à própria sorte.

Se no pré-venda estendiam-lhe um tapete vermelho – metaforicamente, no pós-vendas o cliente fica completamente desamparado, ficando abandonado e sem qualquer informação sobre o que acontece no processo e/ou resolução extrajudicial do problema, deixando de entender o que é desempenhado em seu favor pelo excesso no formalismo e juridiquês ou simplesmente porque seu procurador sumiu.

Aliás, há muito do juridiquês no vocabulário dos profissionais do Direito, mesmo após toda mudança mercadológica sofrida. Expressões como “Data Vênia”, “De Jure”, “Inaudita altera pars”, “execução”, “interpor”, “agravar” e muitas outras, extrapolam o âmbito judicial e são utilizadas em uma reunião ordinária entre o cliente e o advogado como se fosse algo extremamente natural – mas não deveria ser assim.

Pode ser natural aos advogados, mas ao cliente, jamais será. Vê-se que o formalismo perdeu espaço em um ambiente digital onde as pessoas desejam obter informações de forma descomplicada, ágil, simples e eficaz. A comunicação precisa se tornar útil, acessível, rápida, direta, simples e harmoniosa.

Nesse sentido, uma das ferramentas utilizadas na Advocacia 4.0, visando a transformação na comunicação jurídica, é denominada Visual Law, espécie do Legal Design que busca a aplicação dos conceitos do design à área jurídica. Isso porque, no Design, foca-se na resolução do problema conforme o usuário, de forma específica, ágil e eficaz.

Assim, trazendo para a área jurídica, será possível reformular o modo como se apresentam os documentos jurídicos, valendo-se de elementos visuais para tornar os contratos e petições mais claros, de fácil compreensão, inteligíveis ao destinatário, seja do meio jurídico ou não.

Essa ferramenta envolve o uso de recursos como vídeos, infográficos, fluxogramas, sinopses de enredos, marcadores, lista de pontos, *storytelling*, gamificação e outros, buscando a eficácia na compreensão do documento jurídico que deixa de ser apenas um texto padrão, passando a ser um documento de agradável e fácil leitura, mais imagético, em consonância com o próprio desenvolvimento do cérebro humano que absorve muito mais rapidamente as imagens que os textos.

Vê-se que a linguagem é um conjunto de sinais que permitem a comunicação, ou seja, a transmissão de mensagens (informações) do emissor para o receptor. É preciso entender que o Direito também é uma forma de linguagem e, ao tornar a linguagem acessível, clara e objetiva ao destinatário daquele documento jurídico, será possível desenvolver uma comunicação efetiva entre as partes, clientes e advogados, advogados e juízes.

Na advocacia 4.0 não existe tempo para se perder. É preciso reduzir ao máximo os obstáculos, barreiras e fronteiras, visando a aproximação e eficiência.

Contudo, há que se tomar muito cuidado com os excessos. Na dúvida, melhor pecar pelo zelo do que pelo excesso, evitando a poluição visual, sob pena de tornar o documento ininteligível, o que seria exatamente o oposto do objetivo pretendido.

Logo, é preciso tomar cuidado com as fontes diferentes, parágrafos com cores diferentes, páginas coloridas, marcas d'água, imagens embaçadas, difíceis de ler e o uso excessivo de QR-codes.

Do mesmo modo que a sua utilização pode tornar a linguagem mais atraente e persuasiva, caso utilizados em excesso e sem estratégia poderão tornar a apresentação rebuscada e confusa para o julgador e/ou cliente, o que pode não trazer os benefícios esperados e, principalmente, cumprir com o objetivo de tornar a linguagem mais clara e acessível ao outro.

Fato é que todo profissional deve reunir um conjunto de características, competências e habilidades que irão

colocá-lo em posição de destaque de forma tão discrepante que não haverá concorrência para ele.

O advogado poderá valer-se, ainda, de softwares e sistemas de Inteligência Artificial para realizar a gestão de prazos e processos, bem como fornecer os custos de programas e reduzir o ruído de comunicação entre os profissionais de um mesmo escritório. Todas essas atividades envolvem despesas que podem ser reduzidos por meio da tecnologia, como visto.

Não se pode esquecer, ainda, das ferramentas simples e extremamente utilizadas no cotidiano por meio da internet, quais sejam, o aplicativo WhatsApp, em conjunto com outras plataformas como sites, blogs, Facebook, Youtube e Instagram.

Mark Cohen destacou que são principalmente os jovens advogados que devem desenvolver as habilidades necessárias para o caminho do futuro, considerando que a manutenção das habilidades do passado não faz mais sentido algum no atual mundo acelerado, não auxiliando os profissionais a florescer no mercado jurídico de amanhã.

À medida que os advogados do futuro recriam o mercado jurídico, eles devem defender zelosamente o estado de direito. A sua defesa será o seu assunto mais importante, um lembrete constante do que significa ser advogado e porque é que a profissão é tão importante para a preservação das liberdades que tantos consideram garantidas (COHEN, 2017).

O mercado jurídico mudou e segue mudando de forma exponencial. A transformação digital, a seu turno, é irreversível. É inegável que os advogados devem enxergar a tecnologia como uma oportunidade (e não uma ameaça), pois só assim aumentarão suas chances de sucesso no futuro mercado jurídico.

5. A EXPERIÊNCIA DO CLIENTE NA ADVOCACIA 4.0

Dentro da temática da Advocacia 4.0 encontra-se um tópico de extrema relevância que precisa ser cada vez mais aprimorado: a experiência do cliente. Percebe-se que os clientes atuais, denominados clientes digitais, estão cada vez mais exigentes, buscando o melhor trabalho pelo menor preço possível.

Se o cliente não encontrar as qualidades que busca na experiência do profissional, bem como um alinhamento com o novo panorama tecnológico, técnicas profissionais de alta qualidade e um firme compromisso com a demanda, sua experiência será inevitavelmente insatisfatória.

Os resultados dependem do desempenho estratégico e do conhecimento aliado à tecnologia, com uma clara e objetiva transparência acerca dos caminhos a serem percorridos.

Advogados com grande experiência têm sempre um conhecimento profundo do negócio, dos problemas e das características inerentes ao cliente. Ocorre que nem sempre conseguem falar a língua do cliente, bem como oferecer mais do que o contratado, culminando na prestação de um serviço excepcional.

Entender o foco na experiência do cliente é essencial para o advogado 4.0, que irá construir e agregar valor além do contratado, proporcionando o que se denomina como *overdelivery*¹³.

A autora Camila Berni, em seu artigo “O jeito Disney na advocacia. O que mudaria?”, demonstra que em razão da competição acirrada no mercado a demanda por diferenciação e a busca obsessiva por qualidade e eficiência são desafios comuns enfrentados pela lei e pela Disney.

Nesse sentido vale citar:

13 Significa entregar mais, é a prática de superar as expectativas dos consumidores, acrescentando no atendimento algo que eles não esperam, o que traz mais valor ao seu negócio.

1. A experiência ou a jornada do cliente na advocacia é ampla e compreende desde a atração ou a prospecção, a contratação dos serviços jurídicos e o pós-venda. Abrange todos os pontos de interação entre o escritório e os clientes. O desenho dessa jornada da experiência do cliente é possível definir e alinhar a sua capacidade de produção, a sua diferenciação dos concorrentes e ajustar seus movimentos estratégicos de acordo com as tendências do mercado da advocacia.
2. O que as pessoas buscam em relações comerciais é uma experiência memorável de atendimento. Histórias para contar. E se for bem atendido o próprio cliente se torna uma ferramenta de marketing e o seu encantamento passa a ser crucial na manutenção dessa estratégia. Um cliente encantado conta a sua história a todas as pessoas da sua rede de relacionamentos.
3. O cliente é responsabilidade de todos dentro do escritório. Da secretária ao sócio. Do estagiário ao advogado associado. É essa a cultura de serviço, a cultura de atendimento que precisa ser fomentada em seu escritório de advocacia na fidelização de clientes: buscar por problemas e resolvê-los. O atendimento de qualidade impacta diretamente no aumento do resultado financeiro de organizações que prestam serviço. Escritórios de Advocacia são exatamente isso: prestadores de serviços jurídicos. Na fidelização de clientes na advocacia, prestar um atendimento de qualidade vai muito além de tratar com cortesia e educação.
4. Disney tem uma cultura centrada nas pessoas, tanto internas como externas (clientes internos e externos). E a cultura centrada nas pessoas preza por relacionamento. A sua advocacia tem muito a ganhar implementando esse método de gestão centrado nas pessoas e na experiência do cliente (ou convidado, em linguagem Disney) já que a advocacia é iminentemente relacionamento. (BERNI, 2017).

Verifica-se que os clientes que buscam advogados possuem algum tipo de problema que, para eles, é o problema da sua vida. Trata-se de um problema que lhes tira o sono, a paz, a tranquilidade e segurança, sendo algo bastante significativo para a sua vida.

Por isso os clientes querem se sentir seguros e amparados por um profissional seja compreensivo, empático, cuidadoso e zeloso, que pegue seu problema e resolva como se fosse dele próprio.

Os clientes não possuem conhecimento jurídico e nem querer ter. Ao contrário, querem apenas ser atualizados sobre os riscos, probabilidades e o que está sendo feito para resolução do seu problema.

Buscam um profissional capaz, atualizado e qualificado para tanto, muito mais que um advogado que apenas redige contratos ou petições. Buscam um parceiro para ter lado a lado, transmitindo-lhe confiança e tranquilidade, na certeza de que fará o melhor pelo seu cliente.

Os clientes querem receber atualizações com periodicidade sobre o caso, querem compreender o funcionamento de todas as etapas da prestação de serviços sem os difíceis termos jurídicos, traduzindo em informações acessíveis ao seu mundo.

O advogado do passado que somente preocupava-se com o momento pré-contratual e depois abandonava o cliente à própria sorte está com os dias contados.

Se o cliente não recebe informações e atualizações sobre a resolução do seu problema, hoje dispõe de vários meios de conferir sobre a questão por meio dos processos eletrônicos, podendo trocar de advogado com um estalar de dedos.

Além de fazer um bom trabalho, buscando resultados favoráveis ao cliente, e cumprindo com dever de informação sobre todas as etapas da jornada, cabe ainda ao advogado fazer além.

Convites para almoços ou cafés, envio de mensagens esporádicas sobre temas diversos da demanda do cliente, ligações de aniversário, brindes e lembranças enviados estrategicamente, apenas somam à experiência do cliente.

Como dito, não basta fazer o mínimo hoje. É preciso fazer o que o advogado é contratado para fazer e ainda entregar mais que o contratado.

Exatamente por isso mostra-se crucial ao advogado saber cuidar da jornada do cliente em seu escritório de advocacia, fazendo com que o cliente fidelize e continue contratando sua esteira de produtos, até porque mais vale um cliente atual do que 07 (sete) outros novos.

6. CONCLUSÃO

Se o mundo mudou e o mercado também, evidente que o cliente não é mais o mesmo, não bastando fazer as mesmas coisas para ter resultados diferentes.

Os elementos básicos da prestação de serviços jurídicos são a qualidade do trabalho e a tecnologia de tratamento dos casos dos clientes. Se houver problemas com atendimento ao cliente e comunicação, evidentemente os clientes estarão insatisfeitos e a chance de trocarem de banca será grande.

É importante avaliar os procedimentos usados pelo escritório de advocacia e outros funcionários, partindo desde o atendimento para agendamento da consulta, durante a prestação do serviço jurídico, até chegar ao final da jornada do cliente, no pós-vendas, garantindo a qualidade do serviço e atendendo às expectativas do cliente.

Necessário se faz desenvolver estratégias para construir uma reputação e marca fortes aos olhos dos clientes.

Cada pessoa tem uma história. E cada cliente quer contar sua história. As pessoas querem ser ouvidas com atenção plena. Dedicar-se a ouvir o cliente e prestar todas as informações que ele solicitar é extremamente importante para se comunicar de maneira eficaz, mostrar empatia, fidelizar e atrair novos clientes.

É preciso compreender que o escritório de advocacia é uma empresa, devendo enxergá-la como tal, percebendo que a prestação de serviços é muito mais do que saber redigir bem uma petição. Vai muito além.

É necessário desenvolver estratégias para atender às necessidades dos clientes, ser atencioso e garantir sua segurança e conhecimento. Conhecer sobre comunicação, vendas, empatia, negociação, tecnologia e marketing como estratégias fundamentais.

Uma das habilidades primordiais para que a experiência do cliente na advocacia 4.0 seja aprimorada parte do simples ato de fazer boas perguntas, praticando empatia e a escuta ativa, com plena atenção do cliente.

Antes de querer falar e mostrar todo o conhecimento adquirido em 05 (cinco) anos de graduação, especializações e cursos, no atual mundo extremamente tecnológico é preciso voltar-se cada vez mais ao lado humano, aquele que jamais será substituído por robôs ou softwares.

A tecnologia é uma aliada dos advogados na advocacia 4.0. Percebe-se que os profissionais jurídicos estratégicos jamais poderão ser substituídos por máquinas. Um bom advogado precisa perceber que a adaptação é essencial para sobreviver e manter-se relevante no mercado, seguindo a premissa de Darwin quanto à seleção natural.

Isso significa que é necessário ter conhecimento para além do Direito.

Conclui-se, portanto, que a cada nova interação com o cliente, é necessário desenvolver técnicas de encantamento que vão muito além de uma simples prestação de serviços jurídicos.

É preciso proporcionar ao cliente uma experiência positiva do início ao fim, cumprindo com a obrigação de meio de fazer o melhor trabalho possível. Somente assim será possível demonstrar que o serviço jurídico prestado, antes apenas intangível, agora passa a ter percepção de valor da marca na visão do cliente e, conseqüentemente, irá posicionar o seu escritório de advocacia em um patamar muito acima da concorrência.

Afinal, não existe concorrência para profissionais que se diferenciam dos demais.

REFERÊNCIAS

BERNI, Camila. **O jeito Disney na advocacia**. O que mudaria? 2017. Disponível em: . Acesso em 01 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Nove em cada dez consumidores virtuais consultam a internet antes de realizar uma compra**. 2015. Disponível em: . Acesso em 01 de janeiro de 2022.

COHEN, Mark A. **The Future Lawyer**. Disponível em: . Acesso em 29 de novembro de 2021.

FEIGELSON, Bruno; MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Advocacia 4.0**. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel. **Revolução Industrial**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/revolucao-industrial.htm>> Acesso em 01 de janeiro de 2021.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. **Juristas e tecnologias: uma interação urgente para o bem da democracia**. Disponível em: . Acesso em 11 de janeiro de 2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Escola de Frankfurt**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/escola-de-frankfurt.htm>. Acesso em 01 de janeiro de 2021.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

INTERPRETAÇÕES E ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS QUE INTERFEREM NO DIREITO SUCESSÓRIO

Cláudia Mota Amaral

INTERPRETAÇÕES E ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS QUE INTERFEREM NO DIREITO SUCESSÓRIO

Cláudia Mota Amaral¹⁴

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONCEITO FAMILIAR. 3. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002. 4. CÔNJUGE E COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO. 5. À EQUIPARAÇÃO DA FIGURA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO PARA ALGUNS DOUTRINADORES. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Durante a evolução da civilização ocidental, a entidade familiar evoluiu para diferentes ideologias. O conceito de família sofreu interferência da política, economia, religião e principalmente do poder social, pois a sociedade antiga era dominada pelo pensamento patriarcal, no qual a estrutura familiar girava apenas na imagem do Homem, e normalmente era formada por questões financeiras e não por laços emocionais.

A sociedade evoluiu, as mulheres passaram a assumir cargos, posições, inclusive se tornaram responsáveis pela parte financeira da família. A visão daquela antiga família não existe mais. Hoje, se reconhece diversos e diferentes modelos de família que se formam pelo vínculo afetivo: *a família nuclear, a monoparental, a homoafetiva, adotiva e tantas outras.*

A concepção dos termos “casamento” em seu sentido formal e “união estável” adquiriram significância na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 e parágrafos. Em diploma mais específico,

14 Bacharela em Direito pela Faculdade de Minas Gerais - FAMIG. Especialista em Marketing Digital pela Faculdade Newton Paiva. Graduada em Jornalismo pela Faculdade Newton Paiva. Graduada em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Uni-BH. Email:claudiamaadvocacia@gmail.com

o atual Código Civil 2002 estabelece diferentes sistemas de herança para aqueles que optam por casar e aqueles que estabelecem um casamento estável (relacionamento aberto, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir uma família). Este assunto é disciplinado, especialmente no artigo 1.790 (sobre casamento estável) e no artigo 1.829 (sobre casamento).

No artigo 1.845 do Código Civil 2002 é expresso, “*são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge*”, entende-se, portanto que pertence aos herdeiros necessários à metade dos bens da herança, que se denomina de legítima.

Em julgamento recente (10 de maio de 2020), os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) declararam a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil 2002, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694.

A decisão provocou divergências nas jurisprudências e na doutrina. Juristas renomados acreditam que este tratamento desigual entre cônjuge e companheiro viola os princípios constitucionais, incluindo dignidade humana e igualdade. Para outros doutrinadores não há ofensa a estes princípios, é apenas uma forma de tratar cada qual a maneira que decidiram firmar o seu relacionamento, conforme a própria Constituição e o Código estabelecem.

Este artigo em nenhuma hipótese tem a presunção de esgotar este tópico, nem tampouco tirar conclusões ou apresentar soluções milagrosas das inconsonâncias dos mestres. A intenção é decantar um assunto fascinante, que deve ser estudado em profundidade pelos aplicadores da lei, buscando explicações adequadas e o desenvolvimento legislativo necessário para as mudanças sociais.

Portanto, este artigo tem como objetivo analisar a decisão do STF sobre a ótica do tratamento legislativo em relação ao direito sucessório de cônjuges e companheiros sob o prisma de princípios como o da equidade e da afetividade e apontar como a decisão do STF irá interferir no direito de família e sucessões nos próximos anos.

2. O CONCEITO FAMILIAR

A família patriarcal baseada na relação de poder do Homem entre seus membros se desfez, em meados do século XVIII, com advento da Revolução Industrial e o início dos movimentos feministas em busca de seus direitos, bem como a ida das mulheres para o mercado de trabalho.

Para que as novas famílias pudessem dispor de proteção, a Constituição Federal de 88 assentiu ao Estado que pudesse intervir nas relações privadas, inclusive na entidade familiar, que considerava não mais apenas aqueles legitimados pelo casamento, mas também provindos de diferentes vínculos afetivos como a união estável e as chamadas famílias monoparentais dos quais eram reconhecidos os ascendentes e seus descendentes.

Na percepção de Sylvia Lúcia de Souza Brandão:

O novo Texto Constitucional provocou verdadeira revolução no Direito brasileiro. Com ele inaugurou-se um novo Direito de Família no país. Seu art. 226 ampliou o conceito de família, ao reconhecer outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, garantindo a elas a proteção do Estado. (BRANDÃO, 2010, p.01)

A Constituição/88 denotou ainda, outras modificações oriundas das novas relações familiares, conforme Rolf Madeleno:

A Constituição Federal acolheu a família biparental do casamento e da união estável e a família monoparental formada por qualquer dos pais e seus descendentes, havendo quem proclame a ampliação da proteção estatal de outras formas existentes de família, que teriam sido negligenciadas pelo legislador, como as relações monoparentais surgidas da coabitação de madrasta e enteado, das relações familiares

entre irmãos, entre primos, entre tio e sobrinho, os relacionamentos homoafetivos e as uniões poliafetivas. (MADALENO, 2017, p. 89).

Por sua vez, o Código Civil de 2002, em caráter complementar, incluiu os novos tipos de arranjos familiares, considerando toda evolução social, introduzindo princípios e normas constitucionais modernas e mais adaptadas à nova realidade das famílias brasileiras.

Uma família, que antes era fundada no patrimônio, hoje, vê-se regida pelo Eudemonismo (a busca da felicidade), solidariedade e respeito à dignidade humana de cada membro.

Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 25) afirma: “a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independentemente de qualquer vínculo biológico”.

O homem e mulher enquanto cônjuges ou companheiros passaram a ter os mesmos direitos e deveres, conforme exposto no art. 1.511 do CC/2002: “o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Uma discussão notável é acerca do rol das entidades familiares elencadas no art. 226 da Constituição Federal de 1988, se ele é taxativo ou não. Para alguns, o rol é taxativo (*numerus clausus*) e outros, assentem por ser um rol exemplificativo (*numerus apertus*). Com o julgamento da ADPF nº 132/RJ e a ADI nº 4.277/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a entidade familiar constituída pela união estável entre pessoas do mesmo sexo, desobscurecendo que o rol da Constituição é apenas exemplificativo.

Citam-se as palavras de Farias e Rosenvald que:

A interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade e igualdade, e despida de qualquer preconceito porque tem como “pano de fundo” o macro princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo pelo art. 1º, III, como princípio fundamental da República. Postas essas

premissas, a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais e no sentido da não taxatividade do rol contemplado no art. 226 da Lei das Leis, sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares não previstos ali até mesmo por absoluta impossibilidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 74-75)

Fica por tanto, reconhecido a igualdade de direitos inerentes do casamento e da união estável entre héteros ou homoafetivos, não apenas no campo patrimonial, mas também no direito à aquisição do sobrenome do outro e os deveres éticos da relação, como o respeito e a lealdade.

Ressalta-se que Constituição de 1988, expressamente, alude apenas sobre três tipos de entidades familiares: casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF/88), união estável (art. 226 § 3º, CF/88) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF/88). Embora não constem no texto da Carta Magna, outras entidades já são reconhecidas doutrinariamente e jurisprudencialmente, como as substitutas, as recompostas, as plurais, as homoafetivas entre outras. (ABRÃO, 2019)

3. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O casamento pode ser definido como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, que possuem em comum o objetivo de constituir uma família e que tem como essência, o afeto entre as partes. É considerado um contrato de natureza particular. É um ato jurídico negocial solene, público e complexo.

Existem três grandes correntes que definem a natureza jurídica do casamento: A Contratualista, a Institucionalista e a Eclética. A primeira defende o posicionamento de que o casamento é um contrato de natureza especial, e com regras próprias. A segunda posiciona-se a favor de que o casamento é uma instituição tendo como base a moral e a religião. A terceira, e mais atual, trata o casamento como

um ato complexo, que une o elemento contratual da primeira vertente e unifica com a ideia da segunda corrente de que após a celebração do contrato, os cônjuges ficam vinculados às normas imutáveis de direito. (ABRÃO, 2019)

Segundo o autor Sílvio Venosa (2017):

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (VENOSA, 2017, p.41)

O Código Civil de 2002, a partir do seu artigo 1.511, consolida que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. É a manifestação de vontade conjunta em que se cumpridas certas formalidades, legitima uma união de pessoas. As restrições e impedimentos estão contidos no art. 1521 (do mesmo modo para união estável) – o que ressalta a existência dos diferentes tipos de família não advindas do casamento.

Em contrapartida, a união estável é a comunhão de fato entre duas pessoas que vivem em relação de convivência duradoura (sem tempo mínimo para tal) e estabilizada, e com o intuito de firmar um núcleo familiar. Necessário reforçar que esta entidade familiar não gera um estado civil, mas tem a sua relação regida pelo direito de família.

A Lei 8.971/1994, ao regulamentar a união estável no Brasil, trouxe o prazo da duração para a configuração de união, sendo superior a cinco anos. Contudo a Lei 9.278/1996 revogou tal prazo e passou a exigir apenas a convivência duradoura e contínua com o objetivo de

constituir família. O que foi seguido pelo Código Civil de 2002 em seu o artigo 1.723, da qual caracteriza os mesmos termos.

Segundo Caio Mario Pereira:

Apesar da lei não trazer o tempo certo da convivência duradoura, se faz necessário existir uma duração, a sucessão de fatos e eventos, a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, a convivência “*more uxório*”, a notoriedade, entre outros do qual a soma destes fatores objetivos e subjetivos do ponto de vista jurídico definem e comprovem a união. (PEREIRA, 2005, p. 542)

Disciplinado no art. 1.726, CC/02, “*a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil*”, mas para que isso ocorra é necessário que haja um procedimento judicial, o que para muitos doutrinadores estaria em desacordo com o art 226, §3º da Constituição Federal/88 que estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união em casamento.

Embora as duas instituições tenham como objetivo principal constituir uma família baseada no afeto há entre tantas diferenças formais, a alteridade na modificação do estado civil e na dissolução da entidade familiar, e conseqüentemente nos efeitos sucessórios, no que tange à relação, a herança. O cônjuge é considerado herdeiro e concorre aos bens junto com os filhos do falecido. Já o companheiro precisará provar que vivia em união estável para se tornar herdeiro, caso a união não tenha sido formalizada.

4. CÔNJUGE E COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO

No direito das sucessões a principal característica é a transferência das propriedades do falecido para os herdeiros legítimos por meio da lei ou por meio do testamento.

Conforme os ensinamentos de Caio Mário Pereira, o direito proíbe todo contrato tendo por objeto herança de pessoa viva, pois de fato não existe herança de pessoa viva – *viventis nulla hereditas*. Não se reconhece direito adquirido à herança, senão depois da morte, configurando-se mera expectativa. Apenas com a morte que se inicia a sucessão. (PEREIRA, 2017, p. 36)

No Código Civil de 1916, era inexistente a sucessão legítima, sendo permitida apenas a nomeação da concubina como herdeira testamentária, desde que o testador não fosse casado, conforme estabelece o inciso III do artigo 1.719. O cônjuge não tinha direitos de herança, até a introdução das Leis 8.971/94 e lei 9.278/96 que regularam a relação de união estável e a sucessão dos companheiros. Sob a luz dessas leis, companheiros e cônjuges tiveram equiparação quanto ao direito real de habitação e ao direito de usufruto.

Assim, também no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família (artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96) que foi incluído aos demais direitos estabelecidos pela Lei n. 8.971/94 em seu artigo 2º. Conforme o entendimento da decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DE HERANÇA. LEI 8.971/94. LEI 9.278/96. Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o art. 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes. Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/96 e a Lei 8.971/94, sendo possível a convivência dos dois diplomas. Recurso especial não conhecido (Rel. Min. Nancy Andrighi, Resp. 747.619 - SP (20050074381-8), j. 07.6.05. (BRASIL, 2005)

Com o advento do Código Civil de 2002, os direitos de herança dos cônjuges e companheiros foram regulados de forma totalmente distinta e por muitos autores e julgados como uma forma discriminatória.

O artigo 1.830 do Código Civil 2002 estabelece que cônjuge sobrevivente é aquele que era casado e não separado com o falecido no momento da abertura da sucessão.

Art. 1830: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

O cônjuge tem o direito de competir com os herdeiros pela partilha dos bens do falecido assim também é o entendimento do enunciado 270 do Conselho da Justiça Federal e o Informativo 562 do STJ, que destaca:

DIREITO CIVIL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO EM REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E SUCESSÃO “CAUSA MORTIS”. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre na sucessão causa mortis com os descendentes do autor da herança. Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador, (grifo nosso) que pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez, estabelecendo um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. Se a mulher se separa, se divorcia, e o marido morre, ela não herda. (grifo nosso). Esse é o sistema de partilha em vida. Contudo, se ele vier a morrer durante a união, ela herda porque o Código a elevou à categoria de herdeira.

No mesmo sentido, caminha o Enunciado 270 do CJF, aprovado na III Jornada de Direito Civil, ao dispor que: “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”(grifo nosso)

Nessas circunstâncias, uma única conclusão é possível: quando o art. 1.829, I, do CC diz separação obrigatória, está referindo-se apenas à separação legal prevista no art. 1.641, cujo rol não inclui a separação convencional. Assim, de acordo com art. 1.829, I, do CC, a concorrência é afastada apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do CC, uma vez que o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário – *grifo nosso* (art. 1.845 do CC). Precedentes citados: REsp 1.430.763-SP, Terceira Turma, DJe 2/12/14; e REsp 1.346.324-SP, Terceira Turma, DJe 2/12/14. REsp 1.382.170-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/15, DJe 26/5/15. (BRASIL, 2015)

O professor Rolf Madeleno sistematiza a respeito:

Enquanto vigente a sociedade conjugal, os cônjuges são proprietários individuais dos bens e a sua indivisão se mantém na constância do casamento, tratando de atender aos custos de manutenção da família constituída. Abrindo-se a sucessão pelo decesso de qualquer um dos cônjuges, são chamados os seus herdeiros. Conforme a lei, cada cônjuge poderá dispor, por testamento, da metade dos bens finais

dos seus aquestos, observadas as limitações acerca das porções indisponíveis. (MADALENO, 2018, p.72).

Contingente aos ensinamentos do professor, Maria Helena Diniz enfatiza que apenas os herdeiros necessários estão explicitados nos artigos 1845, 1789 e 1846 do Código Civil/02, e possuem resguarda, de *pleno iure*, ou seja, o direito destes a metade dos bens da herança, que constitui a legítima, pois o testador, havendo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente), só poderá dispor da metade da herança. Trata-se de importante inovação a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legítimos, amparando-o, dando-lhe uma condição hereditária mais benéfica, considerando-se que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher não são inferiores ao da consanguinidade. (DINIZ, 2002, p. 105)

É importante explicar em breve compêndio a respeito dos regimes de bens que domina o relacionamento conjugal (casamento) conforme fixado no art. 1.829, inciso I, CC/02, para que se possa aprofundar na discussão:

Regime de comunhão universal: todos os bens são comuns.

Cônjuge sobrevivente recebe 50% (meeiro) dos bens, já que estes são bens comuns. Os outros 50% pertencerão aos descendentes, não havendo entre eles concorrência.

Obs.: Descendente e cônjuge não concorrem: Na falta de descendentes, esse percentual será entregue aos ascendentes, que encerrarão nesse caso, com o cônjuge sobrevivente que terá no mínimo de 1/4 dos bens. (informação verbal)

Regime de comunhão parcial:

Bens comuns: cônjuge sobrevivente recebe a metade como meeiro. A outra metade será entregue aos descendentes.

Bens particulares: em relação a estes, cônjuges sobreviventes e descendentes concorrerão, sendo-lhe assegurado ao cônjuge o mínimo de 1/4.

Participação final nos aquestos:

Nesse regime, cada cônjuge mantém patrimônio próprio, comunicando-se tão somente os bens adquiridos pelo casal, a título oneroso (mediante pagamento), durante a constância da união. No caso de dissolução da sociedade conjugal, deverão ser divididos apenas os bens adquiridos durante o casamento, excluindo-se aqueles que já pertenciam exclusivamente a cada um dos consortes.

Quando da dissolução da sociedade conjugal há meação dos bens em comuns, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes, e na falta deles com ascendentes e esse terá no mínimo 1/4 no direito dos bens particulares do de cujus.

Regime de separação de bens:

Separação convencional: Rege-se: “o que é meu é meu, o que é seu é seu”. Cada cônjuge possui patrimônio próprio. O elemento central deste regime é o de que cada cônjuge tem liberdade para administrar seu próprio patrimônio e suas dívidas.

Separação obrigatória: Agravo regimental no Arresp. 650 390: parentesco Súmula 377, STF decidiu: No regime de separação obrigatória comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento sendo presumido o esforço comum. (Código Civil, 2002)

Em suma, se tratando dos direitos sucessórios da união estável, disciplinados no artigo 1.790, CC/02, o companheiro só concorrerá com os descendentes e ascendentes sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Se concorrer com os filhos comuns, terá uma quota igual à de cada filho. Se concorrer com descendentes provenientes apenas por parte do de cujus, terá direito a metade do que couber a cada um deles. Se concorrer com outros

parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 da herança. Não havendo estes parentes, terá direito a totalidade do valor dos bens. Portanto, se os companheiros não tiverem adquirido bens durante o relacionamento, não haverá direito sucessório.

Para o autor, Zeno Veloso:

As famílias constituídas por essas formas têm a mesma dignidade, a mesma importância, são merecedoras de igual respeito, consideração e acatamento. “Acabou-se o tempo em que, com base em preconceitos aristocráticos, concepções reacionárias, passadistas, e argumentos repletos de hipocrisia, as famílias eram classificadas – como os produtos nas prateleiras das mercearias – em famílias de primeira classe, de segunda classe, e, até, de classe nenhuma”. (VELOSO, 2001, p. 19)

Algumas ponderações meritórias acerca da herança do cônjuge e do companheiro. Sobre a ótica do Código Civil de 2002, no que se refere às questões relativas à herança os cônjuges, ressalta-se que este herdará os bens deixados pelo falecido, dependendo do regime de bens adotado no casamento, que se efetua em concorrência com os descendentes do herdeiro.

Ele será sempre o herdeiro necessário de uma parte dos bens hereditários (bens públicos e bens privados). Contudo, se houver apenas herdeiros ascendentes (como primos e tios), o cônjuge herdará tudo sozinho, pois está na ordem de vocação superior hereditária.

Quem goza da entidade familiar da união estável somente herdará os bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento, ou seja, este será excluído da partilha, independentemente se houver outros herdeiros.

Outrossim, o cônjuge sobrevivente também tem direito real de habitação se for o único imóvel do inventário e este tendo a função social de residência familiar, direito que não foi assegurado expressamente ao companheiro no atual Código.

Sobre a sucessão entre cônjuge e companheiro, Flávio Tartuce, não depreende tais diferenciações sucessórias trazidas pelo legislador:

De início, vale lembrar que o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário pelo art. 1.845 do Código Civil de 2002, ao lado dos descendentes e dos ascendentes, o que não constava do art. 1.721 da codificação de 1916, seu correspondente. O mesmo não ocorreu com o companheiro ou convivente, apesar da tentativa doutrinária de alguns juristas de enquadrá-lo como tal, caso de Maria Berenice Dias e Paulo Luiz Netto Lôbo. Em relação ao companheiro, não consta expressamente da ordem de sucessão legítima, merecendo um tratamento em separado, como um sucessor anômalo, no art. 1.790 do Código Civil, outro dos preceitos que figura entre os mais polêmicos da codificação material (...) e diante desse tratamento diferenciado, dois dos maiores sucessionistas brasileiros têm sustentado a inconstitucionalidade deste art. 1.790 da codificação material. (TARTUCE, 2015)

Zeno Veloso (2001), em seu artigo sobre Direito Sucessório dos Companheiros, corrobora com tal pensamento, afirmando que:

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos pelo de cujus na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro, se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará esta mulher – se for pobre – literalmente desamparada, mormente quando o

falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento, ou foi surpreendido pela morte antes de outorgar o testamento que havia resolvido fazer. O problema se mostra mais grave e delicado se considerarmos que o C.C. nem fala no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, ao regular a sucessão entre companheiros, deixando de prever, em outro retrocesso, o benefício já estabelecido no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96. (VELOSO, 2001, p.15)

Seguindo estes pensamentos, em 31 de agosto de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF em um recurso extraordinário, do qual o Ministro Barroso, em seu voto, argumentou pela equiparação dos regimes sucessórios aplicáveis ao casamento e à união estável, pugnando pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC/02.

Veja-se:

(...) Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável. O regime sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção. Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção

deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso. (BRASIL, 2016)

Todavia, o polêmico artigo 1.790 do Código Civil 2002 disciplina a sucessão de companheiros, dispondo que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. O inciso IV quando diz que, em “não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança”.

Segundo o apontamento de Denilgelson Ismael (2008), tal inciso IV do art. 1790, CC/02, gera um choque com o *caput* do mesmo artigo, pois este trata a sucessão do companheiro sobrevivente somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. E ressalta:

Diante de tais fatos, configura-se a desigualdade originada pelo legislador do companheiro frente ao cônjuge, pois este foi amplamente beneficiado nas disposições, enquanto aquele foi posto numa posição de inferioridade face às normas contidas no novo ordenamento Civil. (ISMAEL, 2008)

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 10 de maio de 2017, firmou o entendimento sobre a equiparação destas duas entidades familiares no que tange os fins sucessórios:

O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida. No julgamento realizado nesta quarta-feira (10), os ministros declararam inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças

entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens.

O RE 878694 trata de união de casal heteroafetivo e o RE 646721 aborda sucessão em uma relação homoafetiva. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual.

No julgamento de hoje, prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878694, que também proferiu o primeiro voto divergente no RE 646721, relatado pelo ministro Marco Aurélio.

Barroso sustentou que o STF já equiparou as uniões homoafetivas às uniões “convencionais”, o que implica utilizar os argumentos semelhantes em ambos. Após a Constituição de 1988, argumentou, foram editadas duas normas, a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996, que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável.

O Código Civil entrou em vigor em 2003, alterando o quadro. Isso porque, segundo o ministro, o código foi fruto de um debate realizado nos anos 1970 e 1980, anterior a várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente. “Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família”, afirma.

“Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, completou. O artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso.

No caso do RE 646721, o relator, ministro Marco Aurélio, ficou vencido ao negar provimento ao recurso. Segundo seu entendimento, a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento

como situações de união familiar, mas não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. Seu voto foi seguido pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Já na continuação do julgamento do RE 878694, o ministro Marco Aurélio apresentou voto-vista acompanhando a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli na sessão do último dia 30 março. Na ocasião, Toffoli negou provimento ao RE ao entender que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, e tampouco vê na medida um retrocesso em termos de proteção social. O ministro Lewandowski também votou nesse sentido na sessão de hoje.

Para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese, válida para ambos os processos: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.” (grifos nosso) (BRASIL, 2017, grifo nossos)

Subtrai-se, portanto, da decisão do STF que no quesito de regime sucessório, se o cônjuge é herdeiro necessário, o companheiro também é um herdeiro necessário, ou seja, pessoas casadas no âmbito civil ou que optaram pela entidade familiar da união estável terão os mesmos direitos sem distinção.

É deste entendimento que chegamos ao impasse, afinal, qual é a aceção desta decisão nos direitos sucessórios?

5. À EQUIPARAÇÃO DA FIGURA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO PARA ALGUNS DOUTRINADORES

Segundo o artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Mário Luiz Delgado, é contrário à equiparação entre união estável e casamento, pois são duas entidades familiares típicas, mas com “enorme” diferenciação fática e normativa posto que em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização. (IBDFAM, 2018)

Sobre o tema, Delgado ainda comenta:

Mesmo após a decisão do STF, não cabe à aplicação do art. 1.845, com elevação do companheiro sobrevivente ao status de herdeiro necessário. Primeiro porque ser herdeiro necessário decorre do preenchimento das formalidades próprias do casamento, dispondo a lei, de forma explícita, que somente quem possua o estado civil de ‘casado’ portará o título de sucessor legítimo, ostentando a qualificadora restritiva da liberdade testamentária. Segundo porque o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos, pois institui restrição ao livre exercício da autonomia privada e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo. Da mesma forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo. (IBDFAM, 2018)

Ainda no mesmo artigo, o professor Rodrigo da Cunha Pereira e também presidente do IBDFAM, entende que:

Se equiparar cônjuge e companheiro em todas as premissas, incluindo o de ser herdeiro necessário, estará tolhendo a liberdade das pessoas de escolherem esta ou aquela forma de família. Poderia, na verdade, sucumbir o instituto da união estável. Se em tudo é idêntica ao casamento, ela deixa de existir, e só passa a existir o casamento. Afinal, se a união estável em tudo se equipara ao casamento, tornou-se um casamento forçado. Respeitar as diferenças entre um instituto e o outro é o que há de mais saudável para um sistema jurídico. Um dos pilares de sustentação do Direito Civil é a liberdade. Se considerarmos o (a) companheiro (a) como herdeiro necessário estaremos acabando com a liberdade de escolha entre uma e outra forma de constituir família, já que a última barreira que diferenciava a união estável do casamento já não existiria mais. (PEREIRA, 2018)

Rodrigo da Cunha Pereira (2017), ainda sobre o tema, publicou outro artigo intitulado: “*STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável ao casamento*”, reiterando o seu parecer quanto à decisão do STF do qual enfatiza que o problema dessa igualização *in totum*, acabou a liberdade de não casar. As uniões estáveis tornaram-se um casamento forçado. A partir da decisão, quando duas pessoas passarem a viver juntas, talvez elas não saibam, mas terão que se submeter às idênticas regras do casamento, exceto em relação às formalidades de sua constituição.

O pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira (2017) corrobora por igual ao voto vencido do Ministro Marco Aurélio, no caso do RE 646.721, ao negar provimento ao recurso, pois em seu entendimento, a Constituição Federal de 1988 reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. Seu voto também foi seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski. (BRASIL, STF, 2017).

Frisa-se neste ponto, o destaque feito pelo Ministro José Dias Toffoli quando da sessão de julgamento do RE 878.694/MG, após devolução do processo em pedido de vista, dizendo que não é possível à equiparação entre casamento e união estável, tal como ocorre na maioria dos países europeus, os quais sequer disciplinam as relações sucessórias. Exemplo, na França, nem os concubinos nem os membros do pacto civil de solidariedade – formas admitidas naquele sistema jurídico – herdaram um do outro. (BRASIL, STF, 2017).

Como os requisitos e efeitos do casamento são regulamentados por lei, os casamentos são menos suscetíveis a mutabilidades do que se comparado às uniões estáveis, que devido à equivalência do casamento, causa uma enorme insegurança pessoal e jurídica por ter seu estatuto alterado.

Antagônico a estas grandes *personas*, a mestre e vice-presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Maria Berenice Dias, publicou um artigo do qual se posiciona em favor do entendimento do STF, e se diz claramente a favor da equiparação entre cônjuge e companheiro no que se refere a conceder a mesma e igual proteção à família, independentemente da sua formatação:

Diante do atual conceito de família — “vínculo de afeto que gera responsabilidades” —, os direitos e os deveres são os mesmos. Quer o par resolva casar ou viver em união estável. Quem decide constituir uma família assume os mesmos e iguais encargos. É indiferente se forem ao registro civil ou ao tabelionato, ou simplesmente tenham o propósito de viverem juntos. A pessoa é livre para permanecer sozinha ou ter alguém para chamar de seu. Ao optar por uma vida a dois, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais. Se toda a forma de amor vale a pena, deve gerar as mesmas e iguais consequências. (DIAS, 2017)

Bem como o entendimento de Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce se pronuncia também a favor da equiparação:

A minha posição é citada em vários trechos do voto do Ministro Relator, notadamente em quatro aspectos, de interpretação a respeito da decisão do STF: a) necessidade de se colocar o companheiro sempre ao lado do cônjuge, no tratamento constante do art. 1.829 do Código Civil; b) reconhecimento do convivente como herdeiro necessário, incluído no art. 1.845 do Código Civil; c) obrigatoriedade de o companheiro declarar os bens recebidos em antecipação, sob pena de serem considerados sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge; d) confirmação do direito real de habitação do companheiro, havendo uma tendência de uma unificação de tratamento. É necessário saber interpretar o entendimento do STF, mesmo que à custa de posições doutrinárias anteriores, sempre em prol da socialidade e da efetividade do Direito Civil. (TARTUCE, 2018)

Tartuce ainda acrescenta que ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma equiparação total que atinge todos os fins jurídicos. O autor segue a corrente encabeçada por Anderson Schreiber e Ana Luiza Nevares, no sentido de “haver equiparação das duas entidades familiares somente para os fins de normas de solidariedade, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens”. Ou seja, a equiparação não deve ser entendida no sentido total. (TARTUCE, 2018)

Supramencionar a apreciação da doutrinadora Maria Berenice quanto ao posicionamento sobre o fim do casamento, tema este explorado por Cunha. Para a autora decisão do STF dispõe de eficácia vinculante na hierarquização entre casamento e união estável e alastra-se a todos os campos e diz respeito a qualquer diferença discriminatória entre cônjuges e companheiros. Então basta às pessoas se envolverem

em um relacionamento de forma pública, contínua e duradora para que sejam garantidos aos parceiros todos os direitos e impostos a eles os mesmos deveres como se casados fossem. (DIAS, 2017).

Por estes entendimentos as famílias são iguais, dotadas dos mesmos direitos, da mesma dignidade e de respeito. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional, assim, o art. 1.790 do Código Civil de 2002 criou-se uma desequiparação entre os institutos, tornando injusto os companheiros em relação aos cônjuges. Travando uma batalha entre os tribunais, por não haver um entendimento único na interpretação da aplicação do art. 226, § 3º, CF/88.

De fato, tantas controvérsias doutrinárias resultaram no Enunciado 641 na VIII Jornada de Direito Civil, ocorrida em abril de 2018 que de uma maneira bem branda equilibra a discussão com o dito:

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

Mister é que a equiparação do cônjuge e companheiro no direito sucessório é um verdadeiro campo inesgotável de muitas perturbações, dúvidas, reflexões e desafios.

Crucial atentar sobre a autonomia privada que é imprescindível no que tange a sucessão, considerando a luta que foi para garantir o fim do paternalismo intervencionista estatal no planejamento familiar depois da morte.

A esse respeito, João Baptista Villela, demonstra franca preocupação:

Reconhecer a família, contudo, não é apenas abrir-lhe espaço nas constituições e nos códigos, para, depois, sujeita-la a regras de organização e funcionamento. É antes, assegurar sua faculdade de autonomia e, portanto, de auto regramento. O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto. (VILLELA, 1999, p. 4)

E quanto ao tempo de constituição da entidade familiar de uma união que se formou em alguns meses ou poucos anos. Seria a vontade do de cujus dispor sobre o seu patrimônio com a sua companheira (o)? Nesta premissa, caberia ao Estado decidir pelo de cujus? Com isso, levanta-se o debate de que, se as pessoas não se casam, também é porque não o queriam fazê-lo.

6. CONCLUSÃO

No tocante aos efeitos de fato gerados pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC/02, do qual inclui o companheiro no rol dos herdeiros necessários, destaca-se que estes também se sujeitam as normas dos artigos 1.846, CC/02 “direito a metade dos bens da herança, constituindo a legítima” e art. 1.848, CC/02 “não pode o testador estabelecer restrições à cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima”, implicando-se assim em restrições ao seu parceiro quando da doação ou testamento, em razão da legítima que passa a ser assegurada.

Ainda nesta premissa, o companheiro pode concorrer com os descendentes, o que dependerá do regime de bens adotado, em conformidade com o cônjuge; ou ainda, mesmo com os ascendentes,

independentemente do regime, afinal neste tipo de união não se falava sobre regimes de bens.

Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro receberá a herança sozinho, novamente à semelhança do cônjuge, excluindo os colaterais até quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos). Conclui-se portanto que o companheiro concorrerá também aos bens particulares, e não apenas quanto aos bens adquiridos da constância da relação. Não seria incoerente esta vertente? Já que seria desmerecido o fato de que teria direito a bens dos quais nem se quer participou para construí-lo?

A entidade da união estável e a do casamento são dissemelhantes. Apesar de ambos serem reconhecidos como espécies de família, o que também ocorre com a família monoparental, anaparental etc. O próprio Código Civil trata dos deveres do casamento, que se diferem dos deveres da União estável.

Não obstante, o casamento é solene e seu procedimento é extremamente formal, ao passo que a união estável é uma situação de fato, não sendo legítimo, nem razoável, admitir a constituição de casamento com base em mero fato.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 diferenciam os institutos ao prever que a união estável é reconhecida como entidade familiar devendo o estado facilitar sua conversão em casamento. Se a intenção fosse a equiparação, não faria sentido a existência desses dispositivos.

Indaga-se ainda sobre o futuro da segurança jurídica nas relações familiares. Existem hoje diversas formas de entidades familiares, que são reconhecidas juridicamente em sua plena formação, não seria injusto e até mesmo discriminatório e inconstitucional que estas também não façam parte da equiparação para fins sucessórios?

Acerca desta problematização, se faz o apontamento de que quando se equipara cônjuge e companheiro na sucessão, a única opção acerca da mínima segurança jurídica na autonomia privada seria declarar que um instituto familiar é um mero namoro, através de um contrato, servindo como instrumento na busca da liberdade e da

proteção do indivíduo perante o paternalismo estatal que desconsidera suas vontades pessoais.

Com toda a controvérsia sobre o tema, pouco progresso foi feito em relação às respostas das diversas dúvidas e lacunas que surgiram após a decisão do STF. Nos Tribunais estas questões voltaram a ser discutidas e cada um possui o seu próprio entendimento e toda essa variação de julgamentos demonstra como o tema é inseguro no país, no sentido que a atribuição patrimonial de bens aos herdeiros se dará em cada caso concreto.

Dessarte é que declarar inconstitucional do artigo e determinar que as mesmas regras de herança que se aplicam aos casamentos, aplicar-se-ão a união estável é um verdadeiro “cutucar uma colmeia cheia de abelhas”. Não se limitando ao nosso mundo jurídico, esse erro terá um impacto lamentável na vida de milhares de casais e seus herdeiros, que pagarão o preço desta decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A inconstitucionalidade do artigo 1790, CC/02, de fato poderia ser trocada por uma alteração na redação, de modo a garantir que companheiro não viesse a concorrer com colaterais de até quarto grau, evitando assim a equiparação total entre cônjuge e companheiro.

A autonomia privada, as próprias características desta entidade familiar e tantos outros véis como apresentados nesta temática, parecem terem sido ignoradas nesta decisão. Pode-se até concluir que a mesma levou em consideração apenas fatores principiológicos, deixando de antever os por menores dos efeitos desta ordem sobre os outros inúmeros efeitos que estas entidades irão ter.

Por fim, vale ressaltar que as normas do direito familiar e sucessório exigem disposições legais mais claras e precisas, devem-se equilibrar os direitos entre cônjuges e companheiros, mas não os equiparar.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. **Direito das Sucessões**. Aula ministrada na Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Belo Horizonte, 2019.

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. **Direito de Família**. Aula ministrada na Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Belo Horizonte, 2019.

BRANDÃO, Sylvia Lúcia de Souza. **A união estável no Código Civil de 2002**: considerações sobre o novo paradigma de família no Brasil contemporâneo e suas implicações no ordenamento jurídico. 2010. Disponível em:<<https://pt.scribd.com/document/54260236/uniao-estavel>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **STF - Notícias. Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL, CJF. **Enunciados 531**. Disponível em: <<https://segura%20ao%20c%C3%B4njuge,hip%C3%B3teses%20em%20que%20a%20concorr%C3%Aancia>> Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL, CJF. **Enunciado 641**. Disponível em:< <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>> Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, CJF. **Enunciados 828**. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/828>>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> >Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Decreto lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Lei dos companheiros a alimentos e à sucessão.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm#:~:text=L8971&text=LEI%20No%208.971%2C%20DE,a%20alimentos%20e%20%20%20C3%A0%20sucess%20%20%20A3o>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **LEI 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 02 set. 2020

BRASIL. **LEI Nº 10.836, DE 9 DE JANEIRO DE 2004 – Bolsa Família.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial: REsp 747619 SP 2005/0074381-8.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7224514/recurso-especial-resp-747619-sp-2005-0074381-8>> Acesso em 03 nov. 2020.

BRASIL. – **Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>.Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **STF – Informativo (2017).** Disponível em:<<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>.> Acesso em 21 de out. 2020

BRASIL. **STF – Notícias (2017). Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982#:~:text=%20O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20>

(STF, ambos%20com%20repercuss%C%203%A3o%20geral%20reco-
nhecida.> Acesso em: 21 de out. 2020.

BRASIL. STF (2017). Recurso Extraordinário 646.721 Rio Grande do Sul. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-769815086> .> Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:< <http://www.stj.gov.br> Acesso em 02 out. 2020

BRASIL. Superior Tribunal Federal - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: < <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>>. Acesso em 16 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília 31 de agosto de 2016. Disponível em:< Ministro Roberto Barroso. Brasília 31 de agosto de 2016. Disponível em:<<http://s.conjur.com.br/dl/sucesao-companheiro-voto-barroso.pdf> >. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 10 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Acabou o casamento?** Disponível em:< .> Acesso em: 24 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou em não diferenciar união estável de casamento.** Disponível em:<[https:// stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento](https://stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento)> Acesso em: 21 de out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Direito das Sucessões. Vol. 6.16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** Direito das Famílias. Volume 6. 9ª. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate.** 2018. Disponível em:< > Acesso em: 23 out. 2020.

ISMAEL, Denilgelson da Rosa. **A Sucessão do Companheiro Sobrevivente.** 2008. Disponível em: < > Acesso em 05 nov. 2020.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO. Rolf. **Direito de Família.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Direito de Família. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Vol. IV

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.** Disponível em:< . Acesso em 24 out. 2020.

REGIONAL, Colégio. **STJ – Direito civil.** Cônjuge supérstite casado em regime de separação convencional e sucessão “causa mortis”. Disponível em: < .> Acesso em: 30 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O companheiro como herdeiro necessário.** Disponível em: < .> Acesso em: 24 de out. 2020.

TATUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil e seus graves problemas.** A necessidade imediata de uma reforma legislativa. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/230496/>> Acesso em: 02 out. 2020.

VELOSO, Zeno. **Direito sucessório dos companheiros.** 2001. Disponível em:<<https://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 02 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil : família .** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VILLELA, João Batista. **Repensando o direito de família.** 1999. Disponível em:< <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/repensandodireito.pdf>> Acesso em 25 out. 2020

O DIREITO SUCESSÓRIO E O SURGIMENTO DAS MOEDAS CRIPTOGRAFADAS: UMA BREVE ANÁLISE NA TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DAS CRIPTOMOEDAS

*Danielle Caroline Campelo Silva
Sarah Rúbia Alves Amorim
Wleidice Ferreira Dornellas*

O DIREITO SUCESSÓRIO E O SURGIMENTO DAS MOEDAS CRIPTOGRAFADAS: UMA BREVE ANÁLISE NA TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DAS CRIPTOMOEDAS

Danielle Caroline Campelo Silva¹⁵

Sarah Rúbia Alves Amorim¹⁶

Wleidice Ferreira Dornellas¹⁷

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A CONCEPÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS-O SURGIMENTO DAS CRIPTOMOEDAS. 2.1 A valorização das criptomoedas e sua crescente importância no mercado. 3. O DIREITO SUCESSÓRIO E AS FORMAS DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1 Evolução do Direito Sucessório. 3.2 Formas de suceder no Brasil. 3.3 Sucessão testamental. 3.3.1 Formas de testamentos. 4. A TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DAS CRIPTOMOEDAS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO. 5. UMA BREVE ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS NO EXTERIOR. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas que o meio digital é um dos grandes protagonistas do século XXI. As provas desse fato consistem no argumento de que o espaço virtual tem se estendido por todos os ramos da sociedade, seja com a finalidade de lazer dos usuários das redes sociais, ou pelo mundo dos negócios online. Neste cerne, a cada dia tem-se uma

15 Advogada. Professora universitária. Mestre em Direito pela PUC/MG, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva e Direito do Trabalho pela Faculdade Cândido Mendes. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/MG, Associada da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – Ampdic. E-mail: daniellecampelo.advogada@gmail.com

16 Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: rubisarah15@gmail.com

17 Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: Leidinha_dornellas@hotmail.com

novidade no mercado, advinda do avanço tecnológico, dessarte, uma das mais recentes e que tem se tornado popular, são as chamadas moedas virtuais ou criptomoedas.

É verdade que as criptomoedas tem sido alvo de debates interessantes em todos os âmbitos profissionais, visto que, elas possuem valor econômico e estão se mostrando uma ótima forma de lucrar para aqueles que sabem investir. Além disso, as moedas criptografadas possuem algumas características peculiares, que as diferem dos outros tipos de moeda existentes. Logo, por ser dotadas de uma singularidade, elas devem ser estudadas com mais afinco.

Posto isto, como não poderia ser diferente, as criptomoedas refletem no direito sucessório, afinal, elas fazem parte do patrimônio da pessoa que as adquiriu. Contudo, por ser um tema novo, o direito brasileiro ainda não teve sucesso em se adequar à essas moedas. Desse modo, ante a falta de regulamentação, deve-se pensar em como será as consequências jurídicas trazidas com morte do autor da herança que possuir as criptomoedas. Assim, é nesse tipo de cenário em que coloca-se em pauta a discussão sobre o planejamento sucessório, que cada vez mais se apresenta como o meio mais eficiente de planejar a vida após a morte.

Com isso, o presente trabalho tem por objetivo analisar o surgimento das moedas criptografadas, bem como suas peculiaridades e o seu protagonismo no mercado atual. Em seguida, será abordado acerca do direito sucessório e sua evolução, até as formas de suceder vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, isso com o intuito de entender como tem se exteriorizado a transmissão sucessória das criptomoedas no Brasil. E por fim, deverá ser ministrado de forma breve como as moedas criptografadas estão sendo tratadas em alguns países.

2. A CONCEPÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS - O SURGIMENTO DAS CRIPTOMOEDAS

O mundo atual é regido pelas relações em meio virtual, tendo em vista a crescente globalização e a interligação dos meios de comunicação, de tal forma que a internet está presente na vida da maioria dos brasileiros e dos demais seres humanos espalhados pelo mundo, seja para se relacionar, contratar serviços, fazer pesquisas e para transações financeiras.

O meio virtual é algo relativamente novo, apesar de ter dado seus primeiros passos no período Pós-Revolução Industrial, o seu surgimento de forma efetiva, veio com o século XX. Atualmente é raro alguém não possuir um telefone celular conectado à internet, não ter algum tipo de rede social e não possuir em casa computador conectado à internet. Vive-se na era do on-line, das respostas instantâneas e das notícias em tempo real.

Diante disso, o papel-moeda tornou-se arcaico e estagnado, pois, a distribuição do dinheiro de acordo com cada país, faz com que esse não seja universalizado, a necessidade de ir ao banco é tarefa trabalhosa e que gasta tempo demais, considerando o trânsito, as filas e a burocracia.

E neste contexto surgem as criptomoedas, que podem ser definidas como dinheiro digital, que são isentos de taxas e burocracias, independentemente de instituições financeiras. Sendo assim, dinheiro não tangível, mas cambial.

São moedas descentralizadas, pois não possuem órgão regulamentar, anônimas em suas transações e criptografadas, o que confere segurança.

O surgimento efetivo das criptomoedas ocorreu por volta da década de 80. Nos Estados Unidos foi desenvolvido o primeiro projeto de moeda eletrônica, o primeiro tipo de dinheiro eletrônico que envolvia programação e criptografia. Tal projeto, serviu como base para o surgimento dos bitcoins mais tarde.

Criptomoeda é um ativo digital, ou seja, é um bem digital, sendo este conceituado da seguinte maneira:

Os bens digitais, conceituamos, constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobre nível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas. Possuem diferenças específicas tais como sua existência não-tangível de forma direta pelos sentidos humanos e seu trânsito, por ambientes de rede teleinformática, uma vez que não se encontram aderidos a suporte físico. (EMERENCIANO, 2003, p.83 apud WILKENS; FERREIRA, 2008, p.77).

As criptomoedas se assemelham as moedas físicas, contudo, toda sua tramitação ocorre de forma virtual. As moedas virtuais, em regra não possuem um órgão regulador, mas são passíveis de compra assim como as demais moedas físicas, tais como dólar, euro etc. utilizando-se assim, para compra de produtos e contratação de serviços.

Cumpra salientar que, as moedas virtuais foram criadas e pensadas para serem única e exclusivamente virtuais, não existindo fisicamente, não sendo estas palpáveis e toda a proteção diante de suas transações ocorre perante tecnologia de criptografia, que utiliza de um algoritmo e uma chave secreta, virtuais. Em resumo, os dados digitais são informações desprovidas de qualquer conteúdo até que passem por um computador que seja capaz de dar forma a tais dados (TECHOPEDIA, 2016).

Bitcoin, especificamente surgiu em 2009, e nos dias atuais é a moeda mais estudada e utilizada no mundo. Contudo, cumpre salientar que o criador desta moeda, não é conhecido de fato e sua identidade está encubada diante de um pseudônimo: Satoshi Nakamoto. Após a criação da supracitada moeda virtual, surgiram demais moedas e o mercado está em alta, como exemplo temos: Ether, Cardano, EOS etc.

Em se tratando das moedas virtuais, cumpre salientar que a forma de se negociar é feita diretamente com outros detentores, sem que haja uma instituição financeira intermediando a negociação e que os dados digitais devem ser armazenados em um dispositivo para que possa ser lido posteriormente pelos computadores.

2.1 A VALORIZAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS E SUA CRESCENTE IMPORTÂNCIA NO MERCADO

Atualmente, o mercado de investimentos está superaquecido. Investir na bolsa de valores, em ações mudou a realidade de muitas pessoas, não só dos brasileiros, mas ao redor do mundo inteiro. É nesse cenário que as criptomoedas ganham relevante destaque. Cumpre salientar, que além da utilização das criptomoedas dentro do mercado de investimento, elas também são utilizadas em pagamentos feitos em algumas lojas, que já aceitam o dinheiro virtual como meio legítimo de pagamento. Ademais já é possível a utilização das moedas por meio de cartões virtuais, o que faz a conversão do dinheiro virtual em moeda regulamentada, como o dólar.

Nos dias de hoje, a bitcoin (BTC) é a moeda virtual mais famosa e visada. As transações feitas são todas gravadas na rede, o que permite que sejam rastreáveis, via histórico. Sendo assim, além da criptografia o histórico também passa ao usuário de dinheiro digital maior segurança.

Outra característica única da bitcoin é relacionada a sua finitude, pois o número máximo de moedas virtuais que podem ser emitidas são 21 milhões.

Para adquirir é possível pela compra efetiva da moeda virtual com moeda física como real, ou através de venda e prestações de serviço adquirindo assim, por meio de contraprestação ou por mineração, que é a criação de dinheiro eletrônico por meio de computadores.

Conforme supracitado, as moedas virtuais não possuem órgãos regulamentadores, tais como, bancos. Sendo assim, governos de

diversos países preocupados com a proporção que a moeda tem ganho, decidiram começar a estudar a melhor forma de acompanhar a evolução do dinheiro. Um novo conceito de banco tem surgido, CDBC (central bank digital currencies) nos quais países como China e Estados Unidos já são adeptos e possuem planos para digitalizar suas próprias moedas. Com isso, o supracitado banco, seria responsável pelas moedas digitais ali emitidas e passariam por toda a regulamentação e fiscalização de um órgão central. O que acarretaria uma moeda soberana, oficial e digital.

3. O DIREITO SUCESSÓRIO E AS FORMAS DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Nos primórdios da sociedade, não era reconhecida a propriedade privada, não sendo necessário a regulamentação da transmissão de bens por meio da sucessão, até porque grande parte dos povos eram nômades.

A origem do direito sucessório, remonta ao momento que o homem deixou de ser nômade e começou a constituir patrimônio. Porém, essa vontade de construir patrimônio, não existia nos moldes contemporâneos. Tinha o fim precípuo de reunir a família em torno da religião doméstica.

Há muitos e muitos séculos o gênero humano admite só uma doutrina religiosa, sob duas condições: uma, que ela anuncia um deus único; outra, que ela se dirige a todos os homens e é acessível a todos, sem repelir sistematicamente nenhuma classe ou raça. No entanto, a religião dos primeiros tempos não preenchia nenhuma dessas duas condições. Não só ela não oferecia à adoração dos homens um deus único, como ainda os seus deuses não aceitavam a adoração

de todos os homens. Os deuses se apresentavam como deuses do gênero humano. Não se assemelhavam mesmo nem a Brama, que, pelo menos, era deus de toda uma grande casta, nem ao Zeus pan-helênico, que era o deus de toda uma nação. Nessa religião primitiva, cada um dos seus deuses só podia ser adorado por uma família. A religião era puramente doméstica. (COULANGES, 2011, p.45).

Com a morte do pater famílias, o culto doméstico, bem como toda a propriedade era transmitida ao filho varão primogênito. O que permitia a continuação da religião, que estava intrinsecamente ligada ao patrimônio familiar.

A transmissão do culto não era passada para as filhas mulheres, pois estas ao casar, fatalmente eram destinadas a cultuar os mortos da família do seu marido, abandonando o culto da família de origem. O “fato de que a irmã, na família, não se equipara ao irmão, no fato de o filho emancipado ou de a filha casada deixarem completamente de fazer parte dela (...)”. (COULANGES, 2011, p.54).

Portanto, na Roma Antiga, somente a descendência em linha masculina era legítima para a religião doméstica e conseqüentemente, para receber o patrimônio deixado pelo pai de família, pois era necessário que se cultuasse os antepassados que viveram naquele lar.

Segundo Cretella Junior (2009, p. 90): “Grande importância tem a adoção, entre os romanos, servindo, entre outras coisas, para dar herdeiro a quem não tem [...]”. A adoção, na Roma Antiga, servia para que o culto não acabasse com a morte do pai de família, pois na ausência de filhos ou de filho varão, o adotado assumiria o culto e abandonaria por completo da sua família biológica.

(...) Dizia-se do adotado *in sacra transiit*, passou para o culto da nova família.

Por isso mesmo, renunciava ao culto da antiga família. Já vimos, efetivamente, como, segundo antigas crenças, o mesmo homem não podia sacrificar a

dois lares, nem honrar duas linhas de antepassados. Admitido na nova casa, tornava-se-lhe estranha a casa paterna. Nada mais tinha de comum com o lar em que nascera e já não mais podia oferecer a refeição fúnebre aos verdadeiros antepassados”. (COULANGES, 2011, p. 71/72).

Andando no tempo, na Idade Média, pouco mudou em relação ao direito de recebimento dos direitos hereditários: o filho varão primogênito continuou como o legítimo recebedor do patrimônio do seu pai.

No Brasil do Código Civil de 1916, apenas o casamento era a instituição legítima para a concepção dos direitos dos filhos. Assim, os artigos 978 e 1572, previam que os filhos que não foram concebidos na constância do casamento, não possuíam qualquer direito sucessório.

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-se ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento. (DIAS, 2013, p. 30).

Somente com a Constituição Federal de 1988, foi abolida toda e qualquer forma de discriminação dos filhos, vedando o uso de termos pejorativos para diminuir a origem do filho – extramatrimonial, adotivo, bastardo, espúrio. Hoje, consagra-se a proteção a todo e qualquer vínculo filiatório, protegendo todos os filhos como herdeiros

legítimos, em nome do princípio da igualdade na filiação, presente na Constituição Federal.

Assim, a partir desta igualdade filial, bem como a igualdade entre homens e mulheres, presente também na Constituição, além da possibilidade de reconhecimento da família fora do casamento que tem-se hoje a legitimação para suceder legal.

3.2 FORMAS DE SUCEDER NO BRASIL

A legitimação para suceder são regras que o nosso ordenamento jurídico criou para que uma pessoa venha a exercer o direito sucessório na sucessão de outrem.

O art. 1798 do CC/02 (BRASIL, 2002) estabelece: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Em análise deste artigo, nota-se que todos são capazes de suceder, não sendo necessário a capacidade civil plena.

Infere-se ainda com este artigo, o princípio da coexistência – o sucessor deve estar vivo no momento que ocorra a morte do sucedido. Portanto, as pessoas não nascidas e não concebidas não podem fazer parte da sucessão.

Assim, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), estabeleceu um rol taxativo de quem são as pessoas chamadas a suceder legitimamente o morto, presentes no art. 1829:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Além da sucessão legítima, tem-se a sucessão testamentária, que prevê a possibilidade dos bens serem deixados por meio de um testamento para as pessoas presentes no art. 1798 do CC/02 - pessoas nascidas e já concebidas – estendendo-se o rol de legitimados no art. 1799, para a prole eventual, pessoas jurídicas e pessoas jurídicas a serem criadas com o patrimônio transmitido, que são as fundações.

O legislador deixou explícito a sua intenção de não serem beneficiados via testamento os entes despersonalizados, como as sociedades de fato e irregulares, as heranças jacentes e vacantes, massa falida e o condomínio.

3.3 SUCESSÃO TESTAMENTAL

Etimologicamente, testamento tem origem no latim: *testari* e *mentum*, significando a vontade na presença de testemunhas (FARIAS; ROSENVALD, 2018).

Com base na lição doutrinária acima e nos termos do art. 1857 do CC/02 (BRASIL, 2002), pode-se conceituar testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, na qual o testador, faz disposições patrimoniais e extrapatrimoniais, para depois da sua morte.

Nota-se, pelo conceito acima, que o testador pode dispor tanto dos seus direitos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, ou seja, sem conteúdo econômico. Como por exemplo: dispor do seu corpo para fins científicos, reconhecimento de paternidade, deserdar herdeiro necessário, instituir um bem de família, constituir uma fundação.

De acordo com o artigo 1.860 do CC/02 (BRASIL, 2002), o legislador brasileiro usou uma técnica chamada de normatização residual, que significa que tudo que não é proibido é permitido. Assim, estabeleceu quem não pode testar, deixando apta a testar as demais.

Diante disso, não podem elaborar um testamento as pessoas que não podem praticar individualmente os atos jurídicos em geral.

Na medida que o legislador exclui todos que não tem capacidade para testar, determinou que o rol era taxativo. Não havendo assim, possibilidade de ampliação deste rol para pessoas que não estejam ali discriminadas.

A legitimação para testar é verificada no momento que o testador escreve o testamento, não importando se após o ato ele se torne incapaz.

Da mesma forma, se ele não dispunha de capacidade no momento que escreveu o testamento, e posteriormente, veio a ter, este será considerado inválido, nos termos do art. 1861 do CC/02 (BRASIL, 2002).

A capacidade testamentária passiva, vai além do rol de legítimos para suceder – pessoas nascidas ou concebidas – ampliando-se para prole eventual, pessoas jurídicas já existentes ou constituídas com o patrimônio do morto, de acordo com o art. 1799 do CC/02 (BRASIL, 2002).

No CC/02, temos dois diferentes tipos de testamento: testamentos comuns ou ordinário – aqui, enquadram-se os testamentos públicos, cerrados e o particular, usados nas circunstâncias normais do cotidiano. E os testamentos especiais ou extraordinários – aqui enquadram-se os testamentos marítimo, aeronáutico e o militar. Só podem ser usados em circunstâncias especiais que o testador se encontre, pois a solenidade exigida é mitigada, justamente devido a situação. Ocorre por exemplo, durante uma guerra.

Esse rol é taxativo, não havendo no ordenamento a possibilidade de testar de outra forma. Também não há a possibilidade de se fundir dois ou mais tipos de testamento e criar um novo.

Salienta-se que não existe hierarquia entre os tipos de testamento, o que existe é apenas a variação de condições e formalidades entre eles. A não observância das formalidades exigidas, torna o ato nulo (art. 166 do CC). Tendo em vista o caráter formal, solene do testamento.

3.3.1 Formas de testamentos

O testamento público é a última disposição de vontade do testador, que será lavrado perante a autoridade pública, na presença de duas testemunhas e registrado em livro próprio. É a espécie de testamento mais segura para o testador, pois sua vontade fica registrada em cartório.

De acordo com o art. 1864, I do CC/02 (BRASIL, 2002), a autoridade competente é o tabelião ou seu substituto legal. Fora do Brasil, segundo o art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cabe ao cônsul celebrar testamentos públicos.

De acordo com o art. 1864 do CC/02 (BRASIL, 2002), o testamento deve ser lavrado por meio de instrumento, lido em voz alta pelo tabelião, na presença de todos (testemunhas e testador), e todos devem assinar, em seguida sendo expedida a certidão. Essa ordem determinada é conhecida como princípio da unidade do testamento.

O testamento pode ser escrito de forma manual, mecânico ou eletrônico. Sendo ainda, autorizado pelo art. 1864, parágrafo único, do CC/02 (BRASIL, 2002), a feitura oral, desde que reduzidas no livro de notas e rubricada em todas as páginas pelo testador.

O testamento pode ser lavrado em qualquer lugar, não necessariamente somente dentro do cartório. O que deve ser respeitado são os limites territoriais da circunscrição delegada ao notário, sob pena de nulidade.

Após a morte, de acordo com o art. 736 do CPC (BRASIL, 2015), deve ser iniciado um procedimento de jurisdição voluntária para o cumprimento do testamento. Assim, qualquer pessoa interessada pode pedir ao juiz do último domicílio do morto (regra geral – art. 1785 do CC/02), para dar abertura, registrar e cumprir o testamento. O Ministério Público, só deve atuar na homologação do testamento, quando tiver interesse de incapaz envolvido.

O testamento público, pode ainda, ser feito por analfabeto ou por alguém que por algum motivo não consiga assinar, como por exemplo um portador de Mal de Parkinson. Nesse caso, uma das testemunhas instrumentárias assinará pelo testador.

A pessoa surda também pode lavrar testamento público. O art. 1866 do CC/02 (BRASIL, 2002), determina que se ela souber ler, a própria lerá o testamento. Não sabendo, determinará quem leia em seu lugar, na presença das testemunhas. Já a pessoa cega, deverá optar única e exclusivamente pelo testamento público. Além disso, deve ocorrer a dupla leitura do testamento: uma pelo tabelião e a outra por uma das testemunhas, nos termos do art. 1867 do CC (BRASIL, 2002).

Já o testamento cerrado foi escrito pelo próprio testador, ou quando por algum impedimento, por alguém a seu mando e por ele assinado, com caráter sigiloso, que deve ser completado pelo instrumento de aprovação lavrado pelo tabelião, na presença de duas testemunhas.

O testamento cerrado reuniu características do testamento público e do privado. Pois, inicialmente, é escrito com total autonomia pelo testador e depois, deve ser entregue ao tabelião, na presença de duas testemunhas.

Quem não sabe ler ou não possa ler, está impedido de testar utilizando o testamento cerrado, de acordo com o art. 1872 do CC (BRASIL, 2002). Assim, estão excluídos o analfabeto e o cego. Já o surdo-mudo não sofre este impedimento. Porém, no momento que o testador entregar o testamento, deve o tabelião, perante duas testemunhas, escrever na face externa do papel envoltório, que aquele é o testamento do testador, pedindo a sua aprovação.

Salienta-se que no testamento cerrado, a autoridade pública e as testemunhas não tem acesso ao conteúdo do testamento, pois não há leitura, há apenas a sua entrega.

O testamento cerrado pode ser escrito em língua estrangeira, devido ao seu caráter privado e sigiloso. Quando chegar em juízo, deve o juiz determinar a sua tradução por tradutor juramentado, de acordo com o art. 1871 do CC (BRASIL, 2002).

Após a morte do testador, a pessoa em que se confiou a guarda do testamento ou quem o localizou, deve encaminhá-lo ao juízo para em procedimento de jurisdição voluntária para a validade deste testamento, nos termos do art. 735 do CPC (BRASIL, 2015).

O testamento particular ou hológrafo é o testamento mais simplificado que existe no ordenamento jurídico. É redigido em sua integralidade pelo declarante, lido na frente de, no mínimo, três testemunhas, não sendo necessária a interveniente de qualquer autoridade pública.

De acordo com o art. 1880 do CC/02 (BRASIL, 2002), pode ser escrito em língua estrangeira, desde que as testemunhas compreendam o idioma. No momento da homologação, o juiz determinará a tradução por tradutor juramentado. Além disso, pode ser redigido de forma manual, eletronicamente ou de próprio punho.

Tem como característica principal, a simplicidade, mas com essa vem a insegurança, pois a guarda do testamento é feito pelo próprio testador, sem garantia de registro público.

É necessário que haja a homologação judicial, para a oitiva das testemunhas, que devem confirmar a idoneidade da manifestação de vontade do testador e o respeito a forma.

Sendo assim, um herdeiro, ou legatário ou ainda, um terceiro, podem dar entrada ao pedido de homologação do testamento, devendo o juiz, mandar intimar os demais herdeiros, de acordo com o art. 737 do CPC (BRASIL, 2015). Será determinada uma AIJ para a oitiva das testemunhas, que serão perguntadas em juízo se ouviram a leitura do testamento e assinaram. Se alguma das testemunhas já tiver falecido, o juiz pode aceitar a confirmação de apenas uma delas, nos termos do art. 1878 do CC/02 (BRASIL, 2002). As formalidades exigidas em lei, devem ser seguidas, sob pena de nulidade do testamento.

O art. 1879 do CC/02 (BRASIL, 2002) prevê a possibilidade da existência do testamento particular sem a presença de testemunhas, é o chamado testamento particular de emergência. Ocorrerá a caducidade deste testamento, no prazo de 90 dias, caso o testador sobreviva à situação extraordinária vivida, nos termos do Enunciado 611 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se,

nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias.

4. A TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DAS CRIPTOMOEDAS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Diante de todo conteúdo exposto, nota-se que as moedas criptografadas se tornaram uma grande fonte de investimento, por ter se mostrado bem rentável para quem as entende. Desse modo, as criptomoedas possuem valor econômico e passam a integrar o patrimônio das pessoas que nelas investem, devendo ser analisado a transmissão das criptomoedas ante a morte de seu titular, para que o direito sucessório seja garantido.

Ocorre que a discussão sobre as moedas criptografadas possui, atualmente, mais enfoque na área de direito tributário, visto que quando se vislumbra algum questionamento sobre elas, são os Ministérios da Fazenda que são consultados, (SILVA, 2017). Posto isto, não há uma regulamentação no Brasil a qual trate das moedas criptografadas, sendo que conseqüentemente, não se tem uma previsão legal sobre a sua transmissão causa mortis.

Sobre a temática, Marcelo Trussardi Paolini e Maria Paula Meirelles Thomaz de Aquino (2019) pontuam:

Nesse contexto de insuficiência regulatória (cuja consequência é a inevitável insegurança jurídica), é de extrema importância a elaboração de um planejamento sucessório estratégico pelo titular das criptomoedas, permitindo aos seus herdeiros, no momento da abertura da sucessão, o amplo acesso às chaves e senhas de sua carteira virtual (“wallet”).

Contudo, a solução não é tão simples quanto aparenta, uma vez

que as criptomoedas não são emitidas pelo governo e muito menos reguladas, logo, possuem algumas características que dificultam a sua sucessão.

Segundo Marcelo Trussardi Paolini e Maria Paula Meirelles Thomaz de Aquino (2019), as criptomoedas são quase impossíveis de rastrear, devido uma significativa variação de endereçamento dos usuários, com isso, tem-se uma maior complexidade de identificação dos proprietários da criptomoeda bem como a plataforma que foi utilizada para adquiri-las. Por último, é somente pela chamada private key (chave privada) que acesso às moedas são possíveis, sendo essa impossível de recuperar. Como exemplo, os autores citam o caso do investidor Matthew Moody, o qual veio a falecer em decorrência de um acidente de avião sem ter deixado a senha de acesso para as criptomoedas a ninguém, o que fez com que todo o investimento se tornasse inacessível de forma permanente.

Para Ramon Fontich (2021):

Os bitcoins e demais criptomoedas, juntamente com o sistema que faz parte da sua operação, trouxeram uma nova camada de desafios e entraves a serem enfrentados pelos seus usuários, bem como aos legisladores e operadores do direito. Assim, ao promover o planejamento sucessório, há de se ter em mente que o testamento, instrumento tradicional, não se amolda com as características de funcionamento das criptomoedas, possibilitando fraudes não rastreáveis, e consequentemente a impossibilidade de cumprimento da vontade do autor da herança.

Desse modo, percebe-se que mesmo com um planejamento sucessório, a sucessão das criptomoedas é arriscada, visto que, após a abertura da sucessão essas poderiam ser desviadas.

Porém, o planejamento sucessório, feito por meio de um testamento, pode ser o único meio dos herdeiros do falecido terem acesso a private key (chave privada), para assim, depois da morte,

conseguirem movimentar a moeda digital. Sem o planejamento sucessório, sem as chaves privadas, muito provavelmente o titular do dinheiro digital falecerá e ninguém tocará patrimônio, que muitas vezes, equivale a milhares ou milhões de dólares.

Esse planejamento pode ser feito da maneira que melhor lhe aprouver o dono da moeda digital, podendo escolher entre o testamento público, o privado ou cerrado.

Porém, como estamos diante de divulgação das chaves privadas, talvez a melhor forma de destinar as moedas digitais a alguém, seja por meio do testamento cerrado. Pois, conforme visto acima, esse testamento é completamente sigiloso, tendo somente o seu titular acesso ao que está escrito, sendo aberto somente com sua morte, na presença da autoridade judiciária.

Desta forma, até a morte do titular da moeda digital, ninguém mais teria acesso as chaves, nem o tabelião do cartório e testemunhas, no testamento público e nem as testemunhas, no testamento privado.

Assim, conforme todo o exposto, nota-se que as moedas criptografadas possuem várias peculiaridades, as quais o sistema jurídico ainda não se adaptou, o que, em consequência, acarreta inúmeros problemas, até mesmo ao se pensar em um planejamento sucessório. Logo, as autoridades competentes devem regular a matéria analisando todas essas novidades e características distintas para melhor atender a proteção dos direitos sucessórios. Ademais, nota-se que as criptomoedas não são emitidas pelo governo ou outra figura de autoridade e podem ser deixadas por testamento pelo seu titular, visto que, para ter acesso a elas, é necessário saber a chave privada, logo, o autor da herança, deverá ter sua autonomia da vontade respeitada, podendo conceder a sua senha por meio do testamento, para que o seu herdeiro possa acessá-la.

5. UMA BREVE ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS NO EXTERIOR

Com base no que foi exposto é evidente que as moedas criptografadas são um assunto novo a ser tratado pelo direito, não somente no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, há países que já se encontram em um nível mais avançado com relação a sua regulamentação.

Sobre o tratamento das criptomoedas em caráter mundial, Nicole Julie Fobe (2016, p. 77) aponta que:

É muito interessante observar como o Bitcoin, de uma certa forma, parece exacerbar dois aspectos da globalização que nunca foram muito bem resolvidos pelos Estados – a potencialidade e os perigos da interconexão em rede propiciada pela internet, e a ausência de órgãos de controle e supervisão supranacionais que sejam, de fato, eficazes. Por personificar a descentralização e o pseudonimato que são inerentes ao atual momento globalizado em que vivemos – o Bitcoin traz consigo os mesmos problemas que os Estados não conseguem enfrentar quando certas questões exigem tanto uma postura supra-nacional quanto a soma de esforços para que sejam abordadas e solucionadas.

Ademais, ressalta-se que o Japão tem a regulamentação mais desenvolvida sobre as criptomoedas, desse modo, Tiago Mendes da Silva (2017) expõe que foi em abril de 2017 que a lei japonesa começou a se modificar e incluir alterações para a previsão das moedas virtuais, a qual passou a ser definida e conceituada em lei, principalmente para que houvesse uma diferenciação entre moeda eletrônica e moeda virtual. Além desse importante avanço, o ordenamento jurídico japonês começou a considerar as criptomoedas como uma moeda alternativa, possível de ser utilizada como meio de pagamento.

A Suíça também considera as moedas criptografadas como um meio de pagamento, Rafael Rodrigues Ferreira (2020), pontua que foi no ano de 2014 que as autoridades do país concordaram com a implementação em uma empresa, de caixas automáticos para serem feitas trocas de sua moeda real por Bitcoins, sendo que essa empresa é submetida a uma autorregulação.

Nesse sentido Nicole Julie Fobe (2016), expõe que a empresa, a qual teve a permissão das autoridades Suíças para implementar os caixas automáticos foi SBEX; ele aborda também que o país além de declarar a moeda criptografada como forma de pagamento, também afirmou que a compra e venda delas é sujeita à lei de lavagem de dinheiro da Suíça, além disso, em 2015, declarou que as transações com outros países europeus, as quais envolvessem Bitcoins, estariam isentas de pagar o Imposto sobre o Valor Agregado.

Dessarte, Tiago Mendes da Silva (2017) explana que na União Europeia as criptomoedas são regulamentadas pelo Banco Central Europeu, o que vale também para os seus países-membros, posto isto, ressalta-se que, a União Europeia tem buscado a classificação das criptomoedas no âmbito jurídico. Ademais, além desses países, outros já estão buscando um melhor tratamento para as criptomoedas, uma vez que, como aludido, elas têm se tornado uma tendência na economia mundial.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abrangeu as questões referentes as criptomoedas diante do cenário mundial, focando principalmente, no âmbito jurídico nacional. Assim, foi possível analisar de forma centrada e eficiente sobretudo o modo de transmitir as moedas virtuais.

Diante de todo o discorrido, é evidente que a globalização mundial e as questões que envolvem as moedas digitais estão apenas iniciando sua jornada, que possuirá grande evolução. Assim, cabe ao direito proporcionar a respectiva tutela, desde o presente momento. O

bitcoin como direito digital pioneiro, que surgiu no estrangeiro, deve ser estudado de forma ampla, devendo o legislador brasileiro, buscar as medidas mais eficazes nos países que já estão familiarizados com a moeda, tomando por base o Japão que possui a regulamentação mais desenvolvida sobre o tema.

Perante o direito sucessório, fica clara que para que ocorra a transmissão do dinheiro virtual sem maiores complicações, a vontade do de cujus deve estar presente e exteriorizada perante testamento. No Brasil, ainda não possuímos lei específica que trata dos bens digitais, e por não possuir natureza jurídica firmada, faz-se essencial a vontade do morto na transmissão. Ademais, a dificuldade de rastrear o dinheiro e as transações, caso não seja deixada de forma expressa pelo proprietário dificultaria ainda mais a transmissão. O planejamento sucessório é a melhor forma que o de cujus possui de transmitir aos herdeiros suas moedas digitais, contudo, não é garantido que a transmissão ocorrerá, visto que o dinheiro digital não é regulamentado. Cumpre lembrar que tramitam no Congresso Nacional projetos de leis que visam a regulamentação dos bens digitais e suas respectivas transmissões.

Pode-se concluir que com o passar do tempo ainda mais atual será o tema, visto que a sociedade caminha a passos largos para a era mais digitalizada da história, assim também é com o papel-moeda, pois a tendência é a universalização destes e como consequência, os indivíduos optaram por operações menos burocráticas. O Direito deverá acompanhar estes passos, trazendo resposta para um assunto delicado ao que se trata da morte de alguém e de direitos patrimoniais, visto que a moeda digital já é amplamente aceita em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 13.105/2015, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2015/L13105.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa. São Paulo: EDAMERIS, 2011.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil**. 31. ed., rev. e acrescida com casos práticos dos Tribunais de Roma. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 4. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

FERREIRA, Rafael Rodrigues. **Criptomoedas e seus impactos sobre o direito sucessório**. Trabalho de Conclusão de Curso- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

FOBE, Nicole Julie. **O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos**. 2016. 122 f. Tese (M) - Curso de Direito, Escola de Direito de São Paulo,

Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15986?show=full>. Acesso em: 14/08/2021

FONTICH, Ramon. **Planejamento sucessório aplicado às criptomoedas**. Migalhas, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/344016/planejamento-sucessorio-aplicado-as-criptomoedas>>. Acesso em: 14/08/2021

PAOLINI Marcelo Trussardi; AQUINO Maria Paula Meirelles Thomaz de. **Planejar ou perder: o impacto das criptomoedas no direito sucessório**. Cólegio Notarial do Brasil - Minas Gerais, 2019. Disponível em: <<https://cnbmg.org.br/artigo-planejar-ou-perder-o-impacto-das-criptomoedas-no-direito-sucessorio-por-marcelo-trussardi-paolini-e-maria-paula-meirelles-thomaz-de-aquino/>>. Acesso em: 14/08/2021

SILVA, Tiago Mendes da. **A transmissão de herança das moedas virtuais com ênfase no bitcoin**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma, 2017.

TECHOPEDIA. **What is digital data?** - Definition of Techopedia. 2016. Disponível em: <<https://www.techopedia.com/definition/24872/digital-data>> . Acesso em: 14/08/2021.

WILKENS, Érica Elisa Dani.; FERREIRA, Luiz Felipe. Aspectos Conceituais da Tributação de Bens Digitais. **Revista Catarinense da Ciência Contábil**, [s.l.], v. 7, n. 21, p.71-84, 30 nov. 2008. Disponível em: < > . Acesso em 25/08/2021.

A INDIGNIDADE SUCESSÓRIA: O ABANDONO AFETIVO COMO UMA QUARTA HIPÓTESE PARA O ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL

*Lucere Márcia Mendes
Fabrício Roberto Araújo*

A INDIGNIDADE SUCESSÓRIA: O ABANDONO AFETIVO COMO UMA QUARTA HIPÓTESE PARA O ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL

Lucere Márcia Mendes¹⁸

Fabrcio Roberto Araújo¹⁹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA. 2.1 Da legitimidade para propositura. 2.2 Das hipóteses de exclusão por indignidade. 2.3 Dos efeitos da exclusão por indignidade. 2.4 Uma quarta hipótese? 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A vocação hereditária nascida do parentesco ou da vontade, seja a legítima ou a testamentária supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o sucessor. No entanto, vários casos que chegam aos noticiários e ao poder judiciário evidenciam que nem sempre o sucessor de direito é moralmente merecedor do quinhão hereditário, haja vista os atos indignos e imorais a ele imputados em face do autor da herança.

Portanto, nada mais lógico que a intelecção de que quem pratica atos dessa natureza contra quem vai lhe transmitir a herança seja considerado indigno para recebê-la, daí se justifica o Código Civil elencar, em seu art. 1.814, os fatos típicos que podem excluir o potencial herdeiro da sucessão.

18 Graduada em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo e Relações Públicas pela UFMG. Servidora pública do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Bacharelanda do curso de Direito da FAMIG.

19 Graduado em Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda pela UFMG. Servidor público do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Bacharelando do curso de Direito da FAMIG.

Ao permitir o afastamento do indigno, é feito um juízo de reprovabilidade em função da gravidade das condutas praticadas, o qual embasa a aplicação do *jus puniendi*.

A partir dessa contextualização, é latente a necessidade de inclusão do abandono afetivo como uma hipótese para a decretação da indignidade sucessória. Desse modo, o presente artigo tem como objetivo abordar as principais características do instituto, passando pelos legitimados a propô-la, as hipóteses de cabimento vigentes, seus efeitos sobre a sucessão e chegando, por derradeiro, à inclusão de uma quarta hipótese legal, qual seja o abandono afetivo.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DA LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA

O direito de demandar a exclusão cabe tão somente a outro herdeiro, tido como sucessor universal que recebe parte ou toda a herança ou ao legatário, que é o sucessor singular que recebe bem ou direito determinado que faz parte da herança. Nos termos do §1º do art. 1.815 do Código Civil, tal direito poderá ser exercido no prazo decadencial de quatro anos, a contar da data da abertura da sucessão, ou seja, da morte do autor da herança.

Mais recentemente, a Lei nº 13.532, de 7 de dezembro de 2017 conferiu legitimidade ao Ministério Público para promover a ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário, com a consequente inclusão do §2º ao artigo 1.815 do Código Civil. Apesar da inclusão ter sido fundamentada no interesse público, o novo comando recebeu críticas, haja vista à afronta ao art. 127 do Texto Maior por se tratar a herança de um direito patrimonial disponível e não indisponível, como o são em regra os direitos tutelados pelo MP. A despeito das críticas, fato é que a alteração feita tem o condão de afastar um filho patricida ou matricida da sucessão, pois seria absolutamente imoral que o Estado fosse conivente a tal fato, mormente em face de

toda a proteção e notoriedade conferida à família pela Constituição brasileira.

Ainda que um só legitimado, dentre os apontados acima, promova a ação de indignidade, insta esclarecer que o seu resultado é aproveitado pelos demais herdeiros, por mais que não componham a lide. Tal fato encontra respaldo no fato da herança ser vista como um todo unitário de bens, direitos e deveres, conforme o disposto no artigo 1.791 do Código Civil. Em outros termos, o estado de herdeiro é indivisível, o que justifica a impossibilidade da renúncia ou a aceitação parcial da herança.

Atenta-se, ainda, para o fato de que na hipótese de falecimento do autor da ação de indignidade, admite-se que os filhos do falecido poderão dar prosseguimento à mesma, desde que manifestem expressamente seu interesse na herança.

2.2 DAS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO POR INDIGNIDADE

A indignidade sucessória encontra guarida no art. 1.814 do Código Civil de 2002, sendo aplicável por simples incidência da norma e por decisão judicial. Dispõe o referido dispositivo que serão considerados indignos:

- i. Os herdeiros que tiverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.
- ii. Os herdeiros que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.
- iii. Os herdeiros que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Não há dúvida de que é de ordem moral a justificativa para a exclusão do herdeiro no inciso I. É importante destacar que não importa a motivação do crime, se o intuito principal foi ou não foi adquirir a herança, haja vista que não se pune o homicídio culposo. Tanto no Brasil como no mundo todo ganham repercussão os casos de filhos que foram autores, coautores ou partícipes no homicídio dos genitores. Além da hediondez, os casos que mais chamam a atenção são aqueles que envolvem famílias estruturadas, com poder aquisitivo, nos quais os filhos arquitetam o crime na expectativa de herdar todo o patrimônio ou quando são alijados deste e querem se vingar.

Tartuce (2019, p. 161) defende que

(...) o Direito deve trazer mecanismos de coerção contra a maldade, a traição, a deslealdade, a falta de respeito, a quebra da confiança e outras agressões praticadas em clara lesão à dignidade humana, um dos principais fundamentos da Constituição da República, encartado no seu art. 1.º, inc. III.

Em 2002, Suzane Louise von Richthofen (na época com 18 anos de idade) planejou e participou do assassinato dos pais, juntamente com os irmãos Daniel e Christian Cravinhos, sendo condenados a 39 anos de prisão. Em 2015, transitou em julgado a sentença da 1ª Vara da Família e Sucessões que considerou Suzane indigna de participar a partilha dos bens dos seus pais, deixando tudo para um único herdeiro, o seu irmão Andreas Albert von Richthofen. (G1, 2015)

Haja vista a comoção gerada por este crime, pouco tempo depois foi proposto o Projeto de Lei 141/2003, de autoria do Deputado Paulo Baltazar, com o propósito de incluir o inciso IV ao art. 92 do Código Penal, com o mesmo teor do inciso I do art. 1.814 do Código Civil.²⁰

20 A redação proposta seria “IV. A exclusão dos herdeiros ou legatários que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.”

A proposta foi apensada ao PL 7.418/2002, de mesmo autor e conteúdo, que tramitou na Câmara dos Deputados, tendo sido este último aprovado com algumas alterações. Em complemento, o projetado art. 93, parágrafo único, do mesmo CP afastaria a reintegração ao estado anterior nos casos de indignidade sucessória. Em consulta ao site da Câmara dos Deputados consta que foi arquivado pela Mesa Diretora em 09 de abril de 2019.

Em 2004, o jovem Gil Rugai, na época com 21 anos de idade, arrombou a casa do pai em São Paulo e matou ele e sua namorada a tiros. Em 2013, foi condenado a 33 anos de prisão pelo duplo homicídio, mas ainda nega ter cometido o crime. Acredita-se que Gil tenha assassinado o pai após ser afastado da administração de uma produtora de vídeo que pertencia à família. (IG, 2013)

Como segundo ponto de destaque, embora o menor de 18 anos seja inimputável no juízo criminal, sob a perspectiva cível e no dispositivo em estudo, o menor patricida ou matricida não faz gozo desta proteção legal, pois o que está em jogo aqui é a moral. Como terceiro ponto, cabe esclarecer que a indignidade prescinde da condenação penal.

Como esclarece Venosa (2019, p. 3.241),

Indigno é quem comete o fato e não quem sofre a condenação penal. No entanto, se o juízo criminal conclui pela inexistência do crime ou declara não ter o agente cometido o delito, bem como se há condenação, todas essas situações azem coisa julgada no cível.

Passando à análise do inciso II, a lei é clara no sentido de que a perda do direito à herança está relacionada à prática pelo agente dos tipos penais calúnia, difamação, injúria e denúncia caluniosa²¹.

Para Venosa (2019), a calúnia pressupõe condenação criminal, ao passo que é dispensada na denúncia caluniosa, sendo suficiente

²¹ Tipos penais dos artigos 138, 139, 140 e 339 do Código Penal, respectivamente.

que os reflexos atinjam o juízo criminal, “ainda que a imputação tenha sido veiculada no juízo civil”, *in verbis*.

Para os crimes mencionados em I e II é necessário que a sentença penal condenatória tenha transitado em julgado, além do ajuizamento da ação de indignidade.

Como leciona Maria Helena Diniz (2010, p. 1.287),

(...) a exclusão do herdeiro pela prática de um dos atos do art. 1.814 não se opera *ipso iure*. Imprescindível será o pronunciamento da indignidade por sentença proferida em ação ordinária (por ser matéria de alta indagação), movida, dentro do prazo decadencial de quatro anos, contado da abertura da sucessão, contra o herdeiro que praticou ato passível de excluí-lo da herança por quem tenha legítimo interesse na sucessão, isto é, coerdeiro, legatário, donatário, fisco, ou melhor, o Município, o Distrito Federal ou a União, inexistindo herdeiro legítimo ou testamentário, e qualquer credor prejudicado com a inércia desses interessados, ou, então, o Ministério Público, diante da omissão legal, por ser guardião da ordem jurídica (CF, art. 127) e por haver interesse público e social de que o herdeiro desnaturado venha a receber a fortuna do *auctor successionis*, que foi, por ele, ofendido.

Acerca do inciso III, a tentativa legal é de punir o herdeiro ou legatário que viciar a vontade do testador, independente de qual for a tentativa por estes perpetrada com este intuito, seja ela física ou moral. Com efeito, os meios de fraudar a liberdade de testar do autor da herança podem assumir várias facetas, o que se confirma pelos casos concretos que chegam todos os dias aos noticiários.

Muito embora o mencionado dispositivo contenha apenas três incisos, fato é que as hipóteses nele contidas são situações graves e com alto grau de reprovabilidade, motivos ensejadores e justificadores para a aplicação do instituto da exclusão por indignidade. Haja vista o

caráter punitivo, nota-se que o legislador civilista cuidou de delimitar bem as hipóteses, de forma a não abrir espaço para interpretação extensiva ou analógica. Desse modo, excluir um herdeiro é algo extremamente grave, sendo somente admitido nas hipóteses legais.

Ao contrário dos demais ilícitos civis, os quais ensejam a obrigação de indenizar, chama a atenção o fato de que os atos de indignidade cometidos contra o falecido culminam na exclusão inequívoca do outrora herdeiro da cadeia sucessória, não lhe conferindo mais nenhum direito acerca do patrimônio deixado.

2.3 DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO POR INDIGNIDADE

Julgada procedente a ação de indignidade, os descendentes do indigno sucedem a este “como se ele morto fosse”, nos exatos termos do art. 1.816 do CC, desde a abertura da sucessão, com efeitos *ex tunc*.

Não obstante, os atos de administração e as alienações praticadas pelo indigno em face de terceiros de boa-fé, antes do trânsito em julgado da sentença de exclusão, são considerados válidos.

Nesta toada, Venosa (2019, p. 3.248) assevera que

Enquanto não definida a indignidade do herdeiro e sua consequente exclusão por sentença definitiva, o indigitado é herdeiro para todos os efeitos. Além disso, o parágrafo único do art. 1.817 do CC dispõe que o herdeiro é obrigado a devolver os frutos e rendimentos da herança, uma vez que é considerado possuidor de má-fé.

Diante desta iminente possibilidade, antes do ajuizamento da ação compete aos demais herdeiros tomarem medidas acautelatórias em face do potencial indigno, por exemplo, exigindo-lhe caução quando tentar se desfazer de patrimônio para evitar prejuízos ao final ou, quando isso não for possível antecipadamente, demandar-lhe em perdas e danos *a posteriori*.

Assim como ocorre no direito penal, os efeitos da exclusão por indignidade são pessoais, não podendo passar da pessoa do herdeiro excluído. O que significa dizer, nos termos do art. 1.816 do Código

Civil, que os descendentes do herdeiro excluído não poderão ser prejudicados, de tal modo que terão direito à quota-parte do excluído como manifestação expressa do direito de representação.

Contudo, o legislador procurou se resguardar evitando qualquer possibilidade de interferência do herdeiro excluído através do direito ao usufruto ou da administração dos bens transferidos aos filhos menores ou incapazes, o que se confirma no parágrafo único do art. 1.816 do Código Civil. Por meio deste parágrafo, perpetua-se a lógica punitiva do instituto, não se admitindo que o herdeiro se beneficie indiretamente destes ou que possa herdá-las como fruto de uma nova relação sucessória. Sem essa consequência, a pena de indignidade perderia força.

Por derradeiro, é interessante pontuar que o caráter punitivo da indignidade sucessória foi atenuado pelo legislador diante da hipótese trazida no artigo 1.818, a qual prevê que o excluído poderá ter seu direito à herança reestabelecido mediante o perdão do ofendido pela via testamentária ou outro instrumento autêntico, seja ele público ou particular.

Além da modalidade de perdão expressa, Stolze (2017, p. 185) aponta para uma segunda possibilidade: “Caso não tenha havido reabilitação expressa, o indigno poderá, em nosso sentir, suceder no limite da disposição testamentária, se o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade: trata-se do chamado perdão tácito.”

2.4 UMA QUARTA HIPÓTESE?

De acordo com o último Censo Escolar, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e divulgado em 2013, há 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai na certidão de nascimento. (CNJ, 2013)

Muito além das consequências de ordem material, aqueles que foram abandonados afetivamente na infância ou na velhice, guardam consigo sequelas afetivas e psicológicas, as quais são muitas vezes

irreparáveis. Nada mais justo do que a possibilidade daquele que sofreu o abandono recorrer ao Poder Judiciário para blindar seu patrimônio em face dessas figuras ausentes. Assim sendo, esse número alarmante traz à baila a necessidade de se colocar o abandono afetivo no centro das discussões civilistas, mensurando todas as consequências que importa na vida do indivíduo abandonado, a fim de se estudar uma possível inclusão legislativa, tornando-o parte integrante do rol taxativo do art. 1.814.

Não há dúvida que as causas de indignidade vigentes até o presente momento figurem dentre as mais reprováveis, mas não se pode afastar a possibilidade de outra conduta, além das já positivadas, também possuir um alto grau de reprovabilidade social e jurídica, como é o caso do abandono afetivo. Tal conduta foi por muito tempo normalizada no Brasil, o que está sem dúvida relacionado à formação cultural e social brasileira, com extrema influência da dominação patriarcal. Muito embora o mais ordinário seja o abandono dos pais em face dos filhos menores, cenário no qual geralmente é o pai quem deixa o lar e a mãe permanece sozinha mantendo financeiramente o lar e educando os filhos, é crescente o número de filhos que abandonam os pais idosos e doentes à mercê da própria sorte, sem nenhum apoio material e afetivo, vivendo com a ajuda de terceiros ou em instituições de caridade.

Isto posto, em que pese a taxatividade das hipóteses previstas no art. 1.814, qualquer texto de lei é passível de ser modificado para melhor refletir as mudanças na dinâmica social, mormente aqueles que versam sobre matérias de direito constitucional e de família. A partir deste entendimento, a inclusão do abandono afetivo no rol das causas de indignidade sucessória é um exemplo do clamor social à novas interpretações.

Segundo Todsquini (2021),

A indignidade representa um estado momentâneo ou definitivo de um indivíduo, ocasionado por uma determinada ação reprovável ou afrontosa repugnada

pela sociedade. Ela qualifica o indigno como um ser passível de exclusão e desdém, tendo efeitos ainda maiores que no âmbito do convívio social.

Acerca do abandono afetivo, aduz Rolf Madaleno (2018):

(...) se caracteriza pelo deliberado e propositado afastamento de um pai que ignora a existência de um filho. Seja não registrando-o; ou registrando-o e o abandonando. Não precisa ser um abandono material, mas um abandono afetivo, com relação aos cuidados, se afastando da existência desse filho, não procurando, não se inteirando, evitando a convivência. Mesmo que pague a pensão alimentícia, para mim existe um real e efetivo abandono, e esse abandono precisa sim ser combatido através da responsabilidade civil, da indenização pelo descuido, pelo não dever de cuidar do filho.

Do cruzamento entre os dois institutos, a consequência lógica deve ser a de que o abandono afetivo é sim uma causa de relevância para a configuração de um quadro de indignidade sucessória. Contudo, de acordo com o Código Civil brasileiro, um filho que não assiste o pai durante a velhice ou um pai que não assiste o filho durante a infância tem o direito de permanecer como herdeiro necessário em caso de falecimento do ascendente ou descendente. O que significa dizer que ainda não há previsão de perda do direito hereditário pelo abandono afetivo no Brasil. Assim, para fazer jus à herança do *de cuius*, basta o nome do ascendente ou descendente constar do registro civil da pessoa física, pouco importando o que se processou na história de vida entre os familiares. Além de não se prever a perda do direito, não há nenhum tipo de responsabilização cível ou punição material expressamente previsto no texto legal para quem pratica tal comportamento.

A fim de promover as necessárias mudanças legais, alguns projetos tramitam no Congresso Nacional, porém isso se dá de

forma lenta, não acompanhando o passo das mudanças sociais. O PLS 470/2013, o qual dispõe sobre o Estatuto das Famílias elaborado pelo IBDFAM, traz em seu bojo diversos temas afetos, sendo que em seu artigo 108 prevê a ilicitude do abandono afetivo. Em consulta ao site do Senado Federal, constata-se que a tramitação foi encerrada, sendo que o projeto foi enviado ao arquivo em 21/12/2018 em função do término da legislatura. Por sua vez, o PLS 700/2007, de autoria de Marcelo Crivela, que modifica a Lei 8.069/90 (ECA) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal foi remetido à Câmara dos Deputados em 06/10/2015. Por fim, o PL 4294/2008, de autoria de Carlos Bezerra, que busca modificar o Código Civil e o Estatuto do Idoso, a fim de estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo, está na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde 21 de fevereiro de 2019.

A despeito da inércia legislativa e da falta de amparo legal para julgar essas demandas, chegam ao poder judiciário demandas relacionadas à situação em análise.

Na 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, por exemplo, houve a reforma de uma decisão da Comarca de Limeira, julgando como procedente o pedido de indenização de uma mulher por abandono afetivo e material do seu pai. O valor definido para a reparação foi equivalente a 45 salários mínimos. De acordo com os autos, o pai da autora abandonou a família, faltando com a assistência moral, afetiva e material. Em sua defesa, por ele foi alegado que o afastamento se deu por desentendimentos com a mulher. Para o relator, Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, o réu faltou com o dever de prover assistência e alimentos para com a filha, e a pena pecuniária é devida pelo abandono consciente e voluntário promovido por ele. O voto foi acompanhado por unanimidade pelos outros desembargadores presentes. (BOLETIM JURÍDICO, 2014)

Já a decisão da Vara Cível da Comarca de Brasileia-AC responsabilizou uma herdeira por abandono moral e afetivo de idoso, destinando a ela R\$ 4.937,36, o equivalente apenas a 50% do valor total da herança, enquanto os outros 50% foram fixados ao Lar dos

Vicentinos, em Cáceres/MT, instituição onde o falecido pai passou os últimos anos de vida. (LEX MAGISTER, 2018)

Segundo o magistrado Gustavo Sirena,

Ao demonstrar ingratidão, desapareço ou ausência de sentimento afetivo para com o de cujus, submetendo-o ao desamparo e a solidão, nada mais justo que deferir o pleito em somente 50% do valor existente em conta bancária em favor da autora, proporção esta que a lei lhe garante no direito sucessório. (LEX MAGISTER, 2018)

Ao analisar o mérito, verificou-se na certidão de óbito que o lugar do falecimento foi o Lar dos Vicentinos, e que, na ocasião da lavratura do documento, o funcionário do local não soube informar se o idoso deixava filho, o que demonstra a ausência de contato entre as partes. Em suas alegações, a autora ressaltou que o reconhecimento da paternidade ocorreu há apenas oito anos, quando pôde conhecer o pai. (LEX MAGISTER, 2018)

3. CONCLUSÃO

Muito embora tenha sido instituído em 2002, o Código Civil brasileiro já nasceu ultrapassado, pois ainda guarda consigo traços notoriamente patriarcais. O abandono dos filhos em relação aos pais e dos pais em relação aos filhos sempre existiu e a despeito disso não foi devidamente contemplado e penalizado na legislação civilista. Com o passar dos anos, talvez o tema tenha ganhado maior espaço para ser discutido em decorrência de um processo natural de evolução social, no qual as pessoas passaram a ter mais informação para elevar o nível dos debates.

Seja o pai que falece, seja o filho que falece, fato é que as relações são e sempre serão vias de mão dupla. Por consequência lógica, aquele que abandona o outro por quem deveria ter pelo menos empatia não

deve fazer jus à herança, sem prejuízo de ser acionado judicialmente para discutir a sua responsabilidade pelo abandono.

Partindo deste entendimento, resta claro que o poder Legislativo precisa conferir celeridade e abrir espaço em sua pauta para discussão e deliberação acerca de temas relacionados ao direito sucessório. Como visto, desde o início dos anos 2000 vários projetos de lei tramitaram no Congresso Nacional e não tiveram desfecho, ou seja, não se chegou a promover os ajustes legais necessários. Além disso, o atraso se dá em relação a outros países, os quais já ampliaram o leque e passaram a incluir o abandono afetivo como causa de indignidade.

Ao enquadrar o abandono afetivo como uma hipótese de indignidade sucessória, o Estado está coibindo a prática de violência afetiva, material e psicológica ao indivíduo e à família da qual ele faz parte, honrando o disposto no art. 126 da CF/88.

Como o direito sucessório é pautado na noção da família e esta representa a base da sociedade, recebendo proteção constitucional pelo Estado, a conduta omissiva deste diante da prática de abandono afetivo desrespeita o texto constitucional e não deve prosperar.

REFERÊNCIAS

BOLETIM JURÍDICO. **Homem é condenado a indenizar filha por abandono afetivo e material**. 2014. Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/tjsp-homem-e-condenado-a-indenizar-filha-por-abandono-afetivo-e-material/>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Consulta pública PLS 470/2013**. Disponível em: <

<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=115242>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Consulta pública PLS 700/2007**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Consulta pública PLS 4294/2008**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Consulta pública PL 7418/2002**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=100227>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Censo Escolar 2011**. Publicação: 2013. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15.ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

EXAME. **Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro**. Publicada em 11 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>>. Acesso em 05 mar. 2021.

G1. **Justiça oficializa exclusão de Suzane von Richthofen da herança dos pais**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/03/justica-oficializa-exclusao-de-suzane-von-richthofen-da-heranca-dos-pais.html>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. V. 6.

IG São Paulo. **Relembre casos famosos de filhos que mataram os pais**. 2013. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2013-08-07/relembre-outros-casos-famosos-de-filhos-que-mataram-os-pais.html>>. Acesso em: 05 de mar. 2021.

LEX MAGISTER. **Juízo da Comarca de Brasileia responsabiliza herdeira por abandono moral e afetivo de idoso**. 2018. Disponível em: <https://www.lex.com.br/noticia_27642352 >. Acesso em: 05 mar. 2021.

MADALENO, Rodolfo. **Jurista ressalta a necessidade de uma maior punição nos casos de abandono afetivo**. 2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/6635>>. Acesso em 05 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. V. 5

TODSQUINI, Fernanda. **A inclusão do abandono afetivo no rol das causas de indignidade sucessória**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/-/arti-gos/-16-25/A+inclus%C3%A3o+do+abandono+afetivo+no+rol+das+causas+de+indignidade+sucess%C3%B3ria>>. Acesso em 05 mar. 2021.

VENOSA, Silvio. **Código Civil Interpretado**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

**A PROBLEMÁTICA DA
COMUNICABILIDADE DAS
CIRCUNSTÂNCIAS DE
CARÁTER PESSOAL NO
CONCURSO DE PESSOAS
NA VISÃO DE CLAUS
ROXIN: UMA ANÁLISE DO
CRIME DE INFANTICÍDIO**

Gabriela Maciel Lamounier

A PROBLEMÁTICA DA COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER PESSOAL NO CONCURSO DE PESSOAS NA VISÃO DE CLAUS ROXIN: UMA ANÁLISE DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Gabriela Maciel Lamounier²²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. INFANTICÍDIO; 1.1 Evolução histórica do infanticídio e o Direito Penal Brasileiro; 1.2 O infanticídio no atual Código Penal de 1940; 1.2.1 Conceito e características; 2. CONCURSO DE PESSOAS; 2.1 Conceito e Requisitos; 2.2 Teorias; 2.3 Autoria e Participação; 2.3.1 Teorias Subjetivas; 2.3.2 Teorias Objetivas; 2.3.3 Teoria do Domínio do Fato. 2.3.3.1 Domínio da Ação; 2.3.3.2 Domínio da Vontade; 2.3.3.3 Domínio Funcional; 2.4 Circunstâncias do crime e sua comunicabilidade. 3. O CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO; 3.1 Corrente contra a comunicabilidade da circunstância subjetiva elementar; 3.2 Corrente a favor da comunicabilidade da circunstância subjetiva elementar. 3.3 Corrente mista. 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A vida é um direito fundamental do ser humano, um direito inalienável e indisponível cuja proteção se dá desde a concepção do nascituro, no direito brasileiro.

Inicialmente, é importante frisar que o crime de infanticídio pode ser definido como um homicídio praticado pela própria mãe, influenciada pelo estado puerperal, contra o próprio filho nascente ou recém-nascido, e por abordar alterações fisiopsicológicas é definido

22 Advogada. Professora universitária. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental pela PUC/MG. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestra e Doutora em Direito Público e Pós-Doutora em Direito Penal pela PUC/MG. E-mail: gabilamounier78@gmail.com.

como um crime privilegiado. Este tipo penal encontra-se previsto no artigo 123 do Código Penal brasileiro – CP - com a seguinte redação: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.”

A polêmica em relação ao crime de infanticídio dá-se, principalmente, em relação ao concurso de pessoas para a configuração do delito, quando a parturiente, sob a influência do estado puerperal, é auxiliada, instigada ou induzida por uma terceira pessoa, seja homem ou mulher, a matar seu próprio filho. Ou quando esta terceira pessoa pratica, juntamente com a mãe, o verbo descrito no tipo penal a título de coautoria.

A indagação é: o terceiro que realiza o verbo descrito no tipo penal juntamente com a mãe ou que a auxilia de algum modo é coautor ou partícipe de infanticídio ou de homicídio?

Conforme a norma de extensão prevista no artigo 29, *caput*, CP aqueles que concorrem para o crime, têm fixada a pena na medida de sua culpabilidade. Contudo, a problemática discutida encontra-se na comunicabilidade da circunstância subjetiva elementar “estado puerperal”, que segundo a previsão do artigo 30, do referido diploma legal, deve comunicar-se aos demais concorrentes do crime.

Sendo assim, o presente artigo jurídico visa desenvolver um estudo do instituto do “concurso de pessoas” ou “concurso de agentes”, aplicado ao crime de infanticídio, analisando a comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal deste crime a fim de responsabilizar penalmente o terceiro envolvido na prática do crime.

Para tanto, serão estudadas algumas teorias que procuram distinguir autoria de participação, uma delas é a Teoria do Domínio do Fato, conforme o entendimento de Claus Roxin, um dos maiores influentes do Direito Penal contemporâneo.

Busca-se com a pesquisa, fazer um estudo sobre o crime de infanticídio e sua evolução no Direito Penal brasileiro; realizar uma análise jurídica dos elementos específicos do tipo penal; estabelecer os elementos do concurso de pessoas e as teorias existentes sobre este instituto; analisar o posicionamento de diferentes doutrinadores e o

entendimento de diversos tribunais em relação ao referido delito e a comunicabilidade das elementares para prevalecer o concurso de pessoas.

O tipo de pesquisa utilizada é a teórico-bibliográfica, desenvolvida através de doutrinas e artigos jurídicos publicados em revistas impressas ou eletrônicas. Utiliza-se também a pesquisa documental, desenvolvida através de jurisprudências e legislação penal comentada. Para a delimitação do problema teórico, o método de abordagem dedutivo é o utilizado. A pesquisa parte da concepção geral do concurso de pessoas para um entendimento sobre a aplicação desse instituto ao crime de infanticídio.

1. INFANTICÍDIO

Ao longo dos séculos, o crime de infanticídio sofreu grandes mudanças quanto ao seu conceito e valoração. O infanticídio sempre fora caracterizado como a morte de um recém-nascido. É uma conduta que pode ser praticada pelas diversas classes sociais, em todos os Estados soberanos.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INFANTICÍDIO E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

No período greco-romano, a morte dos nascentes ou recém-nascidos não constituía crime, eram sacrifícios aos deuses. O exercício do poder familiar tinha o direito de vida e morte sobre os filhos. Em algumas ocasiões, diante da falta de alimentos, o rei mandava seus soldados matarem os recém-nascidos. (MAGGIO, 2004)

Encontra-se, na mitologia grega, o ato de infanticídio. Contudo, caracterizado e tipificado de forma diferente do crime tipificado nas legislações atuais. O homicídio de crianças era tido como infanticídio, ainda que não fosse praticado pela própria mãe. A história grega relata o ato de Urano mergulhar crianças nas entranhas da terra, o ato de

Hefesto ser assassinado por Zeus, por ter má formação congênita e a ordem Laio para matar seu filho nascido de Jocasta. Todavia, foi Eurípedes quem apresentou a versão mais trágica do assassinato de crianças. Em 431 a.C., o referido dramaturgo apresentou a sombria tragédia de Medeia, filha do Rei Eedes, que matou os filhos antes de fugir para Atenas. Medeia, fora casada com Jasão e, movida por vingança e um ciúme incontrolável, mas plenamente consciente de seus atos, matou, primeiramente, a esposa de Jasão e, em seguida, matou seus filhos. Percebe-se que a morte das crianças não derivou de um acesso de loucura, mas sim de um ato violento de fria e premeditada vingança contra Jasão, por sua infidelidade. (TAMPAKIS, 2004)

A prática do infanticídio, geralmente realizada pelo pai, era uma conduta aceita pelos povos primitivos, não era uma conduta criminalizada. Era uma forma de controle populacional ou mesmo de seleção, quando se matava os bebês deformados, fracos ou de sexo feminino que não ofereceriam qualquer rendimento “economicamente” favorável para a família. (MUAKAD, 2002)

Em épocas mais remotas, na China, os recém-nascidos eram mortos quando perdiam a mãe, e a justificativa era a de que as mães não suportariam a ausência de seus filhos na vida depois da morte, ou seja, o pretexto utilizado era os filhinhos deveriam ser levados à morada dos mortos para fazer companhia às mães. (CAMARA, 1904)

O Direito Romano, por sua vez, equiparava a morte dada ao filho pela mãe ao parricídio. A mãe incorria em um homicídio qualificado por vínculo de sangue. Contudo, se o pai fosse o responsável por tal ato, não incorria em qualquer delito, pois era titular do *jus vitae et necis*, ou seja, detinha o direito de vida e de morte. O pai era o juiz da família. (CARVALHO; PRADO, 2015)

O Direito Canônico punia com severidade a morte do filho pelos pais, tinha como pena a decapitação, a morte pelo fogo ou o empalamento, pois este delito era tido como violação da própria lei da natureza e do especial dever de proteção dos pais em relação aos filhos. (CAMARA, 1904)

Com a propagação do Cristianismo, no século IV, o infanticídio passou a ser considerado um pecado, um crime gravíssimo, uma vez que o Cristianismo defendia (e ainda defende) que ninguém tem o direito de tirar a vida de seu semelhante. (GUIMARÃES, 2004)

Até o século XIX era comum na Europa a prática do infanticídio, ainda que restritas às classes sociais mais baixas e urbanizadas. Para a mulher ser condenada bastava que ficasse demonstrado que ela ocultou a gravidez ou então que a criança fosse enterrada em sepultura não sagrada. (CAMARA, 1904)

A partir desse período, sob a influência de ideias humanistas, o Direito passou a tratar a mulher infanticida com alguns privilégios, trazendo como consequência penas mais brandas para o crime de infanticídio. (MAGGIO, 2004)

Como relatado, os povos e as culturas têm enfrentado a morte dos bebês de diferentes maneiras, dependendo do desenvolvimento histórico e cultural de cada sociedade. No Direito Penal brasileiro, o Código Criminal de 1830, em seu artigo 198, utilizava um critério psicológico para caracterizar o crime de infanticídio. A mãe matava o recém-nascido para ocultar sua desonra e a pena imposta era de prisão com trabalho por 1 (um) a 3 (três) anos. (RIBEIRO, 2004).

A pena imposta ao infanticídio era mais branda, por influência das ideias iluministas, tendo como destaque Beccaria em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, que defendia um caráter preventivo da pena. A pena deve ter um caráter mais humano, proibindo-se penas cruéis e de caráter degradante, para não violar a dignidade humana. (BECCARIA, 2000)

O Código Penal de 1890 também levava em consideração o critério da defesa da honra, por vergonha à maternidade ilegítima. Além disso, o infanticídio foi destacado do quadro geral de homicídio, a fim de desconsiderar as agravantes previstas no artigo 298, do referido diploma legal, em relação às parturientes que tirassem a vida do próprio filho durante os sete primeiros dias após o nascimento. (MAUKAD, 2002)

Art. 298: Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando a vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte: pena de prisão cellualar por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único: se o crime fôr perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria: pena de prisão cellualar por três a nove anos. (RIBEIRO, 2004, p. 18)

Assim, qualquer pessoa que contribuisse juntamente com a mãe para a prática do crime de infanticídio até o sétimo dia após o parto, responderia pelo referido crime, e não por homicídio.

Já o Código Penal brasileiro vigente, de 1940, justifica a branda penalização do infanticídio por critérios fisiopsicológicos que causam à mãe a uma confusão mental devido à influência do estado puerperal, e estabelece dois limites temporais para o infanticídio, quais sejam: durante o parto e logo após o parto.

1.2 O INFANTICÍDIO NO ATUAL CÓDIGO PENAL DE 1940

Existem três sistemas adotados pelas legislações para tipificar o crime de infanticídio: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto.

O sistema psicológico ou psíquico assenta-se na defesa da honra (*honoris causa*). A mãe realiza a conduta visando preservar a própria honra, quando a gravidez ocorre fora do matrimônio. O sistema fisiopsicológico, adotado pelo CP, fundamenta-se na influência fisiológica do estado puerperal que causa um desequilíbrio fisiopsíquico na parturiente, decorrente das dores, da perda de sangue e dos esforços musculares, sendo uma perturbação suficiente para que a mãe cause a morte do próprio filho. Já o sistema misto, leva em consideração a influência do estado puerperal e o desejo de preservar a própria honra ao mesmo tempo. (RIBEIRO, 2004; MUKAD, 2002)

1.2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A palavra “infanticídio” deriva da fusão dos termos em latim *infans* e *caedere*, que significa “matar um recém-nascido”. (ESPINOZA, 2005)

Infanticídio é o crime em que a mãe, influenciada pelo estado puerperal, mata o próprio filho, durante ou logo após o parto. O crime de infanticídio não é encontrado com facilidade na jurisprudência, pois muitas vezes, o que ocorre, na verdade, é o crime de homicídio.

Antes do início do trabalho de parto, a ação contra o fruto da concepção, havendo ou não a expulsão, constituirá em crime de aborto. A morte praticada sem a influência do estado puerperal, quando já predomina o instinto materno com a mãe prestando assistência ao bebê, enquadrar-se-á na figura típica do homicídio.

Há que se observar que é indispensável a existência de vida extrauterina para caracterizar o infanticídio. Para atestar que houve vida extrauterina, há que se realizar perícia que, em regra, é obtida pelos exames de docimásias pulmonares. O exame mais comum e mais seguro é a Docimásia Hidrostática Pulmonar de Galeno.

Neste exame, coloca-se o sistema respiratório (pulmão, traqueia e laringe) do bebê em um recipiente com água em temperatura ambiente. Se os órgãos flutuarem, é sinal de que o bebê respirou. Caso contrário, coloca-se somente o pulmão no recipiente, se este flutuar, presume-se que o bebê respirou, ainda que de forma precária. (FRANÇA, 2014)

Conforme Informativo n. 0507 de 2012 do Superior Tribunal de Justiça, o exame “Docimásia Pulmonar Hidroestática de Galeno” não é o único que consegue atestar que o bebê nasceu com vida.

DIREITO PENAL. CRIME DE ABORTO. INÍCIO DO TRABALHO DE PARTO. HOMICÍDIO OU INFANTICÍDIO.

Iniciado o trabalho de parto, não há crime de aborto, mas sim homicídio ou infanticídio conforme

o caso. Para configurar o crime de homicídio ou infanticídio, não é necessário que o nascituro tenha respirado, notadamente quando, iniciado o parto, existem outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente, por exemplo, os batimentos cardíacos. HC 228.998-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2012. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012)

Há outros exames periciais que podem ser realizados, como, por exemplo, a Docimasia Gastrointestinal ou Docimasia de Breslau. Neste, o estômago e o intestino são colocados em um recipiente com água. Se tais órgãos flutuarem, é sinal de que o bebê respirou. (CARVALHO; PRADO; 2015)

A existência de vida pode ser também comprovada através de provas ocasionais, que também comprovam a existência de atividades vitais, como, por exemplo, a presença de substâncias alimentares no tubo digestivo. (FRANÇA, 2014)

Inexistente a prova de que houve vida, não há que se falar em crime de infanticídio. Para o Direito, o recém-nascido adquire a personalidade jurídica com o nascimento com vida. Sendo assim, só se pode falar em infanticídio se houver vida extrauterina, e algumas das provas da existência da vida extrauterina são:

- a) Estômago cheio de ar, saliva espumosa no intestino (prova de vida de pelo menos dois a três minutos).
- b) começo de trabalho de eliminação do cordão umbilical (prova que a criança viveu no mínimo um dia).
- c) Estômago com pouco ar. Pele coberta de induto sebáceo. Mecônio no intestino grosso (prova de vida no mínimo durante vinte e sete horas).
- d) Epiderme esfoliada (vida extrauterina não inferior a dois dias).
- e) Bossa soro-sanguinolenta bem limitada e contendo soro (vida não inferior a três dias).

- f) Indícios de destaque do cordão umbilical (vida, no mínimo, por quatro dias).
- g) Muito mecônio no intestino grosso (pelo menos vida por cinco dias).
- h) Umbigo sem vasos umbilicais (vida extra-uterina durante um mínimo de cinco dias). (FERNANDES, 1996, p. 125)

Mas qual seria a real influência do estado puerperal no cometimento do crime de infanticídio? Antes desse assunto ser debatido é importante diferenciar puerpério de estado puerperal.

Conforme Roberson Guimarães,

O puerpério é o período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, tendo duração média de 6 semanas. Já o chamado estado puerperal seria uma alteração temporária em mulher previamente sã, com colapso do senso moral e diminuição da capacidade de entendimento seguida de liberação de instintos, culminando com a agressão ao próprio filho. (GUIMARÃES, 2004, p. 12)

Segundo João Ricardo da Silva (2012) puerpério é o período durante o qual o corpo da gestante se prepara expulsar o feto com a expulsão da placenta até a volta do organismo às condições normais em que se encontrava antes da gestação. Pode se dividir em três momentos, sendo o “puerpério imediato” compreendido entre os 10 (dez) dias seguintes ao parto. O “puerpério tardio” é considerado até 45 (quarenta e cinco) dias após o parto e o “puerpério remoto” que é considerado a partir de 45 (quarenta e cinco) dias após o parto.

Para Genivaldo França (2014), o puerpério dura, em média, 6 (seis) a 8 (oito) semanas, desde o desprendimento da placenta até o retorno do organismo materno às condições anteriores à gestação.

Percebe-se que nem mesmo a medicina estipula um tempo determinado para o puerpério e dele pode se derivar o estado puerperal.

Para Gláucio Ribeiro (2004, p. 71), estado puerperal “é uma forma fugaz e transitória de alienação mental, é um estado psíquico patológico que, durante o parto, leva a gestante à prática de condutas furiosas e incontroláveis.”

Sendo assim, de acordo com a Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal Brasileiro vigente, em seu item 40, verifica-se que a cláusula “sob a influência do estado puerperal” não significa que o puerpério sempre acarreta uma perturbação psíquica: é preciso que fique constatado ter a perturbação sobrevindo do estado puerperal, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente.

O estado puerperal é comum na maioria das parturientes, em graus diversos. A diferença é a influência que este estado pode exercer sob a mãe a ponto dela decidir tirar a vida do próprio filho, suprimindo seu senso de razão. Isto ocorre quando o estado puerperal causa distúrbios psíquicos nas mulheres, como confusão mental.

Espinoza (2005) relata que o estado puerperal nem sempre produz perturbações psíquicas que levam a mãe a matar o próprio filho. E que a influência do estado puerperal, realmente, tem que ter diminuído a capacidade de entendimento da mãe, podendo o estado puerperal durar entre 40 (quarenta) a 50 (cinquenta) dias após o parto, havendo então o primeiro ciclo menstrual.

As psicoses puerperais são doenças mentais, um quadro alucinatorio que não se confundem com o estado puerperal, pois aquelas surgem no período pós-parto, indiferentemente do estado social, moral ou afetivo da mulher.

O reconhecimento do estado puerperal e o tempo de sua duração ainda é um desafio para a medicina. Não há um critério científico, seguro e absoluto que fixe a duração do estado puerperal, a expressão “logo após” é discutível, uma vez que o legislador não estipulou seu tempo de duração.

Explica Genivaldo França (2014), que o entendimento dos obstetras é no sentido de que o parto é um conjunto de fenômenos fisiológicos e mecânicos que tem por finalidade a expulsão do feto viável. Seu início se dá com as contrações uterinas rítmicas e termina com a expulsão do feto e da placenta, sendo raro o infanticídio praticado durante o parto.

Para e definir o lapso temporal que compreende a expressão “logo após”, é tarefa árdua. Há que se usar o princípio da razoabilidade. A expressão “logo após” refere-se ao momento imediato após a expulsão do bebê do ventre da mãe ou imediatamente após o seu nascimento. Mas este período dura até quando, visto que não é um tempo definido pelo legislador?

Como explica Genivaldo França (2014), tem um sentido mais psicológico que cronológico. É o período entre a expulsão do feto e os primeiros cuidados ao recém-nascido dispensados pela mãe, o que demonstra um momento lúcido desta.

Em uma reflexão médica mais profunda sobre essa questão, o mesmo autor chama a atenção para o seguinte:

(...) não há nenhum elemento psicofísico capaz de fornecer à perícia elementos consistentes e seguros para se afirmar que uma mulher matou seu próprio filho durante ou logo após o parto motivada por uma alteração chamada “estado puerperal”, tão somente porque tal distúrbio não existe como patologia nos tratados médicos. (FRANÇA, 2014, p. 328)

Todavia, o ordenamento jurídico e, conseqüentemente a jurisprudência, adotam o “estado puerperal” como uma circunstância subjetiva do crime de infanticídio, justificando a atenuação da pena devido a submissão da mulher a uma grande tensão nervosa durante o parto e a perda de muito sangue, permanecendo o organismo da parturiente, durante dias, em situação anormal, física e psicologicamente. Sendo assim, respeitando a legalidade, haverá o crime de infanticídio

quando for cometido durante ou logo após o parto, desde que sob a influência do estado puerperal.

Um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de junho de 2016, proveniente da Comarca de Bom Sucesso, deixa claro que existirá o crime de infanticídio quando a mãe estiver sob a influência do estado puerperal. Caso contrário, o delito será de homicídio. E esta influência deve estar devidamente comprovada nos autos.

Restando comprovado que a acusada, ao ceifar a vida de seu filho recém-nascido, não agiu sob influência do estado puerperal, não há que se falar em desclassificação para o delito de infanticídio. A tese de desclassificação do delito por influência do estado puerperal não merece prosperar, uma vez que nos autos não há prova firme no sentido de apontar que a ação da ré se deu por influência deste estado, de modo que a deliberação acerca da desclassificação, inclusive com a produção de novas provas, deve ser reservada aos jurados, por esses serem competentes para os julgamentos dos crimes contra a vida. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016)

Há que se esclarecer que o estado puerperal não é uma perturbação mental que causa total irresponsabilidade da mulher. É um estado especial em que a parturiente se encontra devido às alterações emotivas.

Mas em relação às finalidades da pena, o fato de se penalizar a mãe pelo infanticídio cometido diminuiria as mortes em decorrência desse crime? A prevenção geral seria atingida?

Quando a mãe comete esse crime, ele deve agir influenciada pelo estado puerperal, o que diminui significativamente a sua capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua conduta. Isto dificulta ou mesmo impossibilita garantir a prevenção geral, já que a parturiente não pode escolher se sofrerá ou não influência do estado puerperal.

Por essa razão, o crime de infanticídio recebe um tratamento mais benéfico devido à perturbação fisiopsíquica produzida pelo parto, conhecido como “estado puerperal”, capaz de atenuar a culpabilidade da parturiente, justificando assim a pena abstrata cominada menor do que a prevista para o crime de homicídio. É previsto a cominação de pena privativa de liberdade com detenção de 2 (dois) a 6 (anos). (CARVALHO; PRADO, 2015)

Além disso, é importante ter muita cautela ao responder esse questionamento, principalmente, em relação ao terceiro que concorre para a prática do crime de infanticídio.

Como afirma Enrique Ordeig,

(...) a pena não é algo irracional, mas, ao contrário, racional, é mais do que isso ainda: razoável. É um recurso elementar ao qual tem de recorrer o Estado para tornar possível a convivência entre os homens. Existe um abismo entre pensar que a pena pode impor-se com boa consciência porque é a justa retribuição pelo dano livremente causado – neste caso está justificado o sofrimento do delinquente, e se a execução da pena experimenta uma dulcificação por motivos de prevenção geral ou especial, isso ocorre, no fundo, com o convencimento de que com isso a sociedade está renunciando a um direito que lhe corresponde, única e exclusivamente porque o merecido sofrimento do delinquente talvez esteja em contradição com a também importante tarefa do Estado de impedir, no que for possível, o cometimento de delitos – e conceber a pena “como uma marga necessidade dentro da comunidade de seres imperfeitos que são os homens”. (ORDEIG, 2004, p.17/19)

A finalidade da pena tem que ser atingida quando da imposição da responsabilidade penal decorrente do cometimento de um crime. Busca-se a reprovação, a prevenção e a ressocialização do condenado.

2. CONCURSO DE PESSOAS

Apesar da maioria dos tipos penais contidos na parte especial do Código Penal referir-se a crimes cometidos por uma só pessoa (crimes unissubjetivos), é comum que duas ou mais pessoas concorram para a prática de um mesmo crime.

Quando mais de uma pessoa contribui para a prática de um crime, há que se saber, primeiramente, se a contribuição é penalmente relevante para que se possa estabelecer a responsabilidade penal de cada indivíduo e promover a individualização da pena. (QUEIROZ, 2015)

Crimes que admitem a concorrência de mais de uma pessoa são conhecidos como crimes de “concurso eventual” ou de “concurso facultativo”. Já os crimes que o próprio tipo penal exige a existência de mais de uma pessoa para a sua prática são chamados de crimes de “concurso necessário”.

O concurso de pessoas, também denominado “concurso de agentes”, refere-se ao estudo dos crimes de concurso eventual. Não é tarefa fácil delimitar a atuação do autor e do partícipe na prática de uma conduta criminosa. Para esse fim, é necessário fazer um estudo das teorias que abordam o concurso de pessoas, em especial, a Teoria do Domínio do Fato. Com razão, o estudo desse tema é de suma importância para a Teoria do Crime.

2.1 CONCEITO E REQUISITOS

Haverá concurso de pessoas quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática da mesma infração penal. Todos os envolvidos responderão pelo mesmo crime, na medida de sua culpabilidade.

O Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984 pela Lei 7209, dispunha, em seu artigo 25 que a pessoa que concorresse para a prática do crime, de qualquer maneira, responderia de acordo com as penas a ele cominadas. Partia-se da Teoria dos Antecedentes

Causais, igualando o tratamento dado a todos os envolvidos na prática criminosa.

Como visto, a redação original do Código Penal de 1940 no Título IV era “Coautoria”. A reforma de 1984 trouxe nova denominação a este título, denominando-o “Concurso de Pessoas”. Esta nova denominação é mais adequada, já que o concurso de pessoas abrange tanto a figura dos autores quanto a figura dos partícipes. (GRECO; LEITE, 2014)

A Lei 7209/84 também inovou ao diferenciar a coautoria da participação, considerando, em um primeiro momento, que coautor é a pessoa que realizam a conduta descrita no tipo penal, e partícipe, o terceiro que não pratica nenhum ato executório, mas concorre para a realização da infração penal, através de um auxílio.

O concurso de pessoas ou concurso de agentes ou concurso de delinquentes, como também é chamado por parte da doutrina, é tratado nos artigos 29 e 30 do Código Penal Brasileiro.

Como já mencionado, a norma de extensão prevista no artigo 29, caput, CP diz que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”. E, para intensificar a discussão, o artigo 30, CP dispõe que: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” (BRASIL, 2020, p. 386)

Ou seja, levando-se em consideração que um terceiro concorra para a prática de crime de infanticídio, deverá responder por esse crime, conforme sua contribuição e por ser o “estado puerperal” uma circunstância de caráter pessoal e elementar do crime.

A contribuição dos agentes pode ocorrer em fases diversas do *iter criminis*, ou seja, desde a cogitação até a consumação do crime, sendo que o concurso de pessoas abrange autores principais, denominados coautores, e atores secundários, denominados partícipes.

Para que se configure o concurso de pessoas é imprescindível a existência de quatro requisitos: pluralidade de agentes e de condutas; relevância causal das condutas; liame subjetivo e identidade de infração penal.

Pluralidade de agentes ou de pessoas e pluralidade de condutas quer dizer que é preciso que exista mais de uma pessoa praticando condutas relevantes para o cometimento do crime. Pode haver pessoas que praticam o núcleo do tipo penal e outros que, apesar de não cometerem condutas descritas no tipo penal, contribuem para o desdobramento físico da conduta, respondendo também pelo fato típico.

Em outras palavras, é a contribuição de mais de uma pessoa para a prática da infração penal, cada um respondendo pelo crime na medida de sua culpabilidade. Tal contribuição pode se dar de várias formas, como foi tratado no tópico anterior.

A cooperação de um agente pode ocorrer durante várias fases do *iter criminis*, desde a cogitação até, e, inclusive a execução. Após a consumação da infração penal, não há que se falar em participação, e sim em crime autônomo, se for o caso, como, por exemplo, crime de receptação (artigo 180, CP) ou de favorecimento real. (artigo 349, CP). Deste modo, fica claro que os envolvidos em um evento criminoso não contribuem da mesma forma para a prática do crime.

Relevância causal das condutas significa que as condutas praticadas pelos envolvidos devem ter relevância significativa para a prática do crime. É a necessidade da existência de eficácia das condutas praticadas para o resultado final, ainda que o crime seja tentado. É o nexa causal de cada ação com o resultado obtido. As condutas devem contribuir de forma significativa para a consumação do crime.

Liame subjetivo entre os agentes é o vínculo psicológico que une os envolvidos. É preciso que todas as pessoas ajam livremente e conscientes de que estavam praticando o mesmo crime, que cooperam para a realização do mesmo tipo penal. No entanto, não é preciso acordo prévio entre as partes. Contudo, exige-se homogeneidade do elemento subjetivo nas condutas dos agentes (dolo ou culpa).

Identidade de infração penal representa a ideia de que os agentes têm vontade de praticar a mesma infração penal, respondendo, assim, pelo mesmo crime. Todos os envolvidos contribuem para a realização

da mesma infração penal e responderão por ela, conforme a Teoria Monista adotada pelo CP, e abordada a seguir.

2.2 TEORIAS

São três as teorias acerca da natureza do concurso de pessoas: Teoria Monista, Teoria Dualista e a Teoria Pluralista.

A Teoria Monística ou Teoria Unitária ou Teoria Igualitária, defende que apesar da contribuição de mais de um agente na prática da infração penal, o crime é um só, tanto para os coautores quanto para os partícipes.

Todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade. Existe um único crime atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, sejam autores ou partícipes. No concurso de pessoas, é inadmissível reconhecer que um agente tenha praticado um crime tentado e o outro agente na forma consumada. É a teoria adotada pelo CP, onde a pluralidade de agentes e de condutas não impede a unidade do crime, este permanece único e indivisível, ressalvadas as exceções previstas em lei. Então, existe, na verdade, uma Teoria Monista Matizada ou Temperada.

A Teoria Dualista ou Dualística distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes, ou seja, há dois crimes. Tal teoria defende que há um crime para os coautores (ou autor principal) e outro para os partícipes, entendendo que os coautores realizam o verbo descrito no tipo penal e os partícipes não o realizam, mas concorrem para a prática do mesmo de algum outro modo, auxiliando os coautores materialmente ou moralmente. Sendo assim, o autor ou coautores respondem por um crime e o(s) partícipe(s) por outro.

Obviamente, tal teoria foi muito criticada, uma vez que o crime resume-se em um único fato, variando o grau de atuação de cada um dos envolvidos para a sua prática.

A cooperação dolosamente distinta é tratada no artigo 29, CP e aproxima-se da Teoria Dualista. Os parágrafos do art. 29 aproximam

a Teoria Monista a teoria dualista ao determinar a punibilidade diferenciada da participação.

A Teoria Pluralística, tem caráter subjetivo. Para esta teoria, o número de crimes varia de acordo com o número de agentes envolvidos na prática criminosa. Deste modo, há crimes autônomos cominados individualmente, ou seja, haverá tantas infrações penais quantos forem o número de autores e partícipes.

Esta teoria também recebeu muitas críticas, pois não há como dividir o resultado emanado de várias condutas que concorreram entre si, bem como não é possível dividir o liame subjetivo.

2.3 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Há que se observar que o Código Penal brasileiro não define autoria nem participação, o que é feito pela doutrina, e para entender as figuras do autor, do coautor e do partícipe, há que se fazer um estudo crítico sobre as teorias que envolvem essas três figuras.

O conceito extensivo de autor, abarca todo aquele que contribui, de alguma forma, para a produção do resultado final. E a participação é só uma forma de atenuar a pena. Neste sentido, a participação é uma forma de restringir a punibilidade.

Nos dizeres de Renato Machado,

Independentemente de a contribuição de cada um dos agentes consistir em uma ação típica, eles serão considerados autores (do ponto de vista valorativo) (...) bastando, para tanto, que eles tenham apresentado qualquer forma de contribuição para a produção do resultado típico. (MACHADO, 2015, p. 97)

Mas este é um critério insustentável, por exemplo, quando se refere à autoria mediata, pois neste tipo de autoria, quem causa diretamente o resultado não é punível. (ZAFFARONI, 1999)

Adota-se, assim, o conceito restritivo de autor, visando que a participação é uma maneira de se estender a punibilidade. As teorias restritivas da autoria se subdividem em teorias subjetivas e objetivas, como será tratado posteriormente.

Inicialmente, parte-se da ideia de que autor é o indivíduo que ocupa a figura central do fato típico. Contudo, há que se analisar três formas de autoria: autoria direta, autoria mediata e coautoria.

A autoria direta caracteriza-se pelo domínio da conduta típica descrita na norma penal. O autor direto pratica o crime com as próprias mãos.

Nas palavras de Renato Machado

É autor direto o agente que tem o domínio do fato em virtude de sua pessoal, direta e isolada (ou seja, sem a contribuição de outros agentes) realização da conduta descrita no tipo penal. Essa é uma definição de autoria direta que tem por base, como se percebe, a teoria do domínio do fato. (MACHADO, 2015, p. 35)

Já a autoria mediata caracteriza-se pelo domínio da vontade em relação a outro sujeito, ou seja, o autor mediato domina a vontade de outra pessoa e esta comete a conduta típica descrita na norma penal. (GÓMEZ, 2016)

Em outras palavras, autor mediato, conhecido como “homem de trás”, é aquele que usa outra pessoa como instrumento para cometer o crime.

Em entendimento um pouco diverso, Arnold Horn, citado por Roxin (2000), considera autor do fato aquele que realiza diretamente o ato, detendo o ‘domínio causal’, bem como aquele que se serve de outra pessoa para a execução do ato, fazendo com que esta pessoa atue sem vontade livre ou submetida a erro. Esta última forma de atuação é a autoria mediata.

Em relação à coautoria, esta é o cometimento de uma infração penal em conjunto, fundamentando-se na divisão de trabalho, não

sendo necessário que todos os coautores realizem os mesmos atos, sendo preenchidos, obviamente, os requisitos do concurso de pessoas. (MACHADO, 2015)

Já o partícipe é aquele que concorre para o crime, mas não realiza a conduta descrita no tipo penal e não tem o domínio final da ação. Ele atua, dolosamente, de acordo com a vontade do autor ou coautores.

O partícipe, na visão de Roxin (2000), deixa a decisão da ocorrência do resultado nas mãos do autor, contribuindo, apenas, indiretamente para a prática do crime, através da instigação, do induzimento ou do auxílio material.

Nilo Batista (2008, p. 187) menciona a Teoria dos Bens Escassos, de Enrique Gimbernat Ordeig. Tal teoria discorre sobre o que é conduta abundante e conduta escassa para admitir a participação de menor importância tão somente para as condutas abundantes. Como exemplo, cita-se o caso do motorista que leva um grupo para assaltar um Banco. A conduta do motorista seria considerada uma participação de menor importância.

Os partícipes exercem papéis secundários que influenciam na prática da infração penal. O papel principal é exercido pelo autor ou coautores. A participação pode ocorrer em qualquer das fases do *iter criminis*: cogitação, preparação, execução e consumação.²³

As formas de participação são: material e moral. A participação material se dá pelo auxílio, pela contribuição material prestada para a realização do fato criminoso. É o fato de alguém insinuar-se no processo de causalidade física. Já a participação moral se dá por instigação ou induzimento. Instigação é reforçar, fomentar a ideia já existente sobre a prática criminosa, e induzir é inculcar, fazer surgir na mente do autor o propósito criminoso.

Alguns doutrinadores brasileiros, como Nilo Batista (2008), entendem que a participação moral refere-se à instigação e que esta abarca o induzimento.

²³ A doutrina espanhola e a portuguesa denomina a participação como “cumplicidade”, tanto moral quanto material.

Em relação à figura do partícipe, Max Ernest Mayer elaborou quatro teorias, levando em consideração graus de acessoriedade, ou seja, o grau de dependência da contribuição do partícipe em relação à conduta do autor, já que aquela é acessória, secundária em relação a esta. (MAYER *apud* MACHADO, 2015)

Para a Teoria da Acessoriedade Mínima, basta o fato ser típico para se falar em participação. Se o autor praticar um fato típico, porém lícito, o partícipe responderá pelo crime. Ou seja, a participação é punível a partir do momento em que o autor já tiver realizado uma conduta típica.

É uma teoria que merece críticas, pois, se o autor mata a vítima agindo amparado pela legítima defesa, mas para isso foi auxiliado por outra pessoa, esta seria punida pelo crime de homicídio. Assim, se o autor praticou fato típico, mas lícito, o partícipe responderia pelo crime.

Já a Teoria da Acessoriedade Limitada, adotada pelo CP, o fato precisa ser típico e ilícito para se falar em participação. Pune-se o partícipe se o autor tiver levado a efeito um fato típico e ilícito, mas protegido por uma causa de exclusão da culpabilidade. O partícipe responde pelo crime na medida de sua culpabilidade. A causa de exclusão de culpabilidade do autor não beneficia o partícipe. A reprovabilidade é feita individualmente.

A teoria da Acessoriedade Máxima (Extrema), alega que o fato precisa ser típico, ilícito e culpável para se falar em punição do partícipe.

Já a Teoria da Hiperacessoriedade, defende que só se pune o partícipe se o autor praticar fato típico, ilícito, culpável e punível. O que seria um absurdo, pois se o autor do fato falecer, estaria extinta a punibilidade deste, e, conseqüentemente a do partícipe também.

Nilo Batista (2008) defende que o Código penal brasileiro adotou a Teoria da Acessoriedade Limitada. Em posicionamento diverso, Beatriz Vargas Ramos, citada por Renato Machado (2015), afirma que o Código Penal brasileiro não adotou nenhuma das teorias da Acessoriedade.

2.3.1 TEORIAS SUBJETIVAS

Von Buri trata da Teoria Subjetiva, distinguindo a figura do autor e do partícipe a partir da vontade dos mesmos. O partícipe exerce um papel secundário, acessório em relação ao autor do fato. O autor quer o fato como próprio e o partícipe quer o fato como alheio. Trabalha-se nesta com o conceito extensivo de autor. (BURI *apud* ROXIN, 2000).

Na verdade, a Teoria Subjetiva não resolve o problema da autoria mediata. E ela subdivide-se em dois grupos, o primeiro compõe-se da Teoria do Dolo e o segundo da Teoria do Interesse (interesse próprio ou alheio).

Para a Teoria do Dolo, a vontade do autor difere da vontade do partícipe. Contudo, a vontade do partícipe está subordinada à vontade do autor, ou seja, é dependente desta, sendo que cabe ao autor executar ou não a conduta criminosa. O partícipe quer o resultado somente se o autor também o quiser, ficando a critério do autor a realização da conduta e, conseqüentemente, a produção do resultado. (ROXIN, 2000)

Para esta teoria, o partícipe deixa a critério do autor se o crime se consumará ou não, ou seja, o autor decide, livremente, se comete ou não a conduta delituosa.

Já a Teoria do Interesse explica que a atuação do partícipe se encontra vinculada ao resultado por um interesse próprio ou, simplesmente, para favorecer um interesse de terceiro.

2.3.2 TEORIAS OBJETIVAS

A Teoria Objetivo-Popular, também denominada “Teoria da Supremacia”, afirma que coautor é aquele cujo comportamento contribui para a lesão do bem jurídico tutelado de forma coordenada, ou seja, seu comportamento é coordenado ao comportamento de outro coautor. Já o partícipe tem um comportamento subordinado ao comportamento do autor. (ROXIN, 2000)

Mezger, fundamentando a Teoria Objetivo-Material, considera autor aquele que executa o verbo presente no tipo penal por vontade própria. Se o a pessoa executa o fato sem vontade de autor, deve ser considerado partícipe. (MEZGER *apud* ROXIN, 2000)

Em outras palavras, distingue autor de partícipe pela maior contribuição do primeiro para causar o resultado lesivo.

A Teoria Objetivo-Formal, traz um conceito restritivo de autor, alegando que o conceito tem que se basear nas diferenças entre autoria e participação. Autor é aquele que pratica, total ou parcialmente, a conduta descrita no núcleo do tipo penal, e partícipe é aquele que de alguma forma auxilia o autor, mas não realiza a conduta expressada pelo verbo existente no tipo penal.

Para essa teoria o que realmente interessa é a efetiva realização de todos ou alguns dos atos executivos previstos expressamente no tipo penal. Autor é aquele que executa o ato por si mesmo.

Tal teoria também apresenta pontos fracos, como, por exemplo, a incapacidade de explicar o instituto da autoria mediata, assim como as Teorias Subjetivas. Além disso, a diferença entre autor e partícipe trazida pela Teoria Objetivo-Formal tem resultados absurdos. O caso hipotético tratado por Roxin (2000) demonstra claramente este equívoco.

Imagine dois ladrões cometendo o crime de furto. Um deles adentra na residência e subtrai o objeto, enquanto o outro fica do lado de fora, vigiando a aproximação de algum morador. Para a Teoria Objetivo-Formal, aquele que subtraiu o bem seria o autor e o que estava do lado de fora seria o partícipe. Contudo, a cooperação dos dois indivíduos está em um mesmo plano de igualdade, e seria um equívoco considerar um autor e o outro partícipe.

Já a Teoria Objetivo-Final ou Teoria Final Objetiva, defende que autor é aquele que realiza o núcleo do tipo penal, a conduta típica. Sendo assim, coautor é aquele que participa diretamente da ação indicada pelo verbo típico, juntamente com outra(s) pessoa(s).²⁴

24 O mandante de um crime é quem atua com esse domínio final. A atividade realizada pelo partícipe contribui, estimula ou favorece a execução do crime.

Não é necessário que os coautores realizem os mesmos atos executórios do crime, podendo haver divisão do trabalho. Contudo, antes de adentrar na Teoria do Domínio do Fato, é importante salientar a Teoria da Necessidade e a Teoria da Simultaneidade, não abordadas pela maioria dos doutrinadores pátrios.

Para esta teoria, autor é aquele que realiza um ato inicial imprescindível ao fato. E inclui no conceito de autor, o “partícipe principal”. Partícipe principal é aquele cuja contribuição para a prática do crime é fundamental, ou seja, sem o auxílio do referido partícipe o crime não ocorreria. Deste modo, a Teoria da Necessidade trata o partícipe principal como coautor. (ROXIN, 2000)

Apesar de muito criticada sob a alegação de que o comportamento do partícipe principal não é decisivo para que haja o resultado criminoso, tal teoria encontra-se em algumas legislações estrangeiras.

O Código Penal Espanhol em seus artigos 28 e 29, descrevem os indivíduos considerados autores e partícipes de um crime.

Artigo 28. São autores aqueles que realizaram o fato por si só, em conjunto ou através de outro que se serve de instrumento. Também serão considerados autores: a) Os que induzem diretamente outra(s) pessoa(s) para executá-lo. b) Aqueles que cooperam para a execução com um ato sem o qual o fato não teria ocorrido.

Artigo 29. São cúmplices são aqueles que, não dispostos no artigo anterior, cooperam para a execução do fato com atos.²⁵ (ESPANHA, Código Penal Espanhol, 2020, tradução nossa)

Já a legislação uruguaia, dispõe nos artigos 61 e 62 do Código Penal uruguaio o conceito de coautor e de partícipe.

25 Artículo 28 Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Artículo 29 Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos. (ESPANHA, Código Penal Español)

Art. 61. (...) São considerados coautores:

1º Aqueles fora do conceito compreendido no inciso 2º do artigo anterior, determinam outros a cometerem o delito.

2º Os funcionários públicos que, obrigados a prevenir, esclarecer ou punir o crime, tenham, antes da execução e para decidi-la, prometido encobri-lo.

3º Os que cooperaram diretamente, na fase da consumação.

4º Os que cooperaram para a realização, seja na fase de preparação, seja na execução, por um ato sem o qual o crime não teria ocorrido.

Art. 62. (...) São partícipes aqueles que não compreendidos nos artigos anteriores, cooperam moral ou materialmente para o crime, por atos anteriores ou simultâneos à fase de execução, mas anteriores à consumação.²⁶ (URUGUAI, 2020, tradução nossa)

A ideia absorvida então, é a de que o referido “partícipe principal” tem o domínio do fato, uma vez que em sua conduta participativa reside a decisão da ocorrência ou não do crime. Esta ideia corresponde à Teoria do Domínio do Fato.

Outra teoria a ser estudada é a Teoria da Simultaneidade, também denominada “Teoria da Cooperação anterior e simultânea ao Fato”. Esta teoria divide a atuação dos envolvidos em graus, conforme

26 Art. 61. Concepto del coautor.

Se consideran coautores:

1º Los que fuera del caso comprendido en el inciso 2º del artículo anterior, determinan a otros a cometer el delito.

2º Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo.

3º Los que cooperan directamente, en el período de la consumación.

4º Los que cooperen a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer.

Art. 62. De los cómplices.

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en los artículos precedentes, cooperan moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación. (Código Penal Uruguayo)

a contribuição dada por cada um deles na prática criminosa.

Está em primeiro grau, a atuação daquele que executa a ação típica, descrita no tipo penal. Em segundo grau, está a atuação daquele que presta auxílio ao agente do primeiro grau, estando presente quando da prática delituosa. E, em último grau, encontra-se aquele que está ausente quando o crime é cometido, mas solicita, aconselha ou instiga outra pessoa a cometer o crime. Ocupa o primeiro grau o autor, o segundo grau o coautor e o terceiro grau o partícipe, segundo a doutrina alemã. (ROXIN, 2000)

Para a teoria da Simultaneidade autor é aquele que coopera no ato de execução e a Teoria da Causalidade Física explica que autor é aquele que realiza uma condição ligada diretamente ao resultado.

Contudo, “não basta a participação no planejamento ou preparação do fato. O coautor, deve fazer parte também do exercício do domínio do fato”.²⁷ (ROXIN, 2000, p. 63/64, tradução nossa).

2.3.3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Esta teoria é importantíssima na atualidade. Discute-se, ainda, se esta é uma teoria subjetiva, objetiva, ou mesmo uma mistura das duas.

A expressão “domínio do fato” ou “domínio sobre o fato” foi utilizada, pela primeira vez, e, 1915, por Fue Hegler, mas com conteúdo um pouco diverso do que é adotado hoje. Hegler já considerava o domínio do fato como elemento da figura do autor, ainda que este praticasse o fato na modalidade culposa pela imprudência. Todavia, Hegler não explicou a figura da autoria mediata. (ROXIN, 2000).

A Teoria do Domínio do Fato define quem é o autor e quem é o partícipe. Para delimitar autoria e participação, o conceito de domínio do fato foi utilizado por Hermann Bruns, em 1931, e partia da ideia de

²⁷ No basta la participación em el planeamiento o preparación del hecho. El coautor debe, más bien, tomar parte también en el ejercicio del dominio del hecho. ROXIN, 2000, p.63/64).

que a autoria, dolosa ou culposa, pressupunha domínio sobre o fato delituoso. (MACHADO, 2015)

Aproximando-se dos contornos atuais, em 1939 Hans Welzel discorreu sobre a Teoria do Domínio do Fato, atribuindo o domínio do fato ao autor que atua de forma livre, sem estar submetido a coação e sem incorrer em erro. O referido autor entende ser esta uma Teoria Final-Objetiva. (ROXIN, 2000)

Alguns representantes da Teoria do Domínio do Fato são: Wezel, Maurach, Gallas e Richard Lange. Mas o grande expoente desta teoria é o jurista alemão Claus Roxin, que entende que esta é uma teoria Objetivo-Material.

Segundo esta teoria, autor é aquele que tem o controle direto da conduta criminosa; coautor é quem possui o domínio funcional do fato; autor mediato é quem tem o domínio da vontade de uma outra pessoa fazendo com que esta venha a cometer o crime. Por sua vez, partícipe é aquele que auxilia, concorre para a prática do crime sem que tenha qualquer tipo de domínio funcional. (GÓMEZ, 2016)

Carlos Gómez (2016) critica tal teoria afirmando que é uma teoria pobre e limitada, pois há que se imaginar que se uma pessoa segura outra para que um terceiro venha golpear a vítima indefesa com um punhal, não seria possível dizer que o sujeito que detém a vítima realiza o verbo descrito no tipo penal do crime de homicídio. Segundo o autor, o sujeito deve, sim, responder por homicídio como se tivesse praticado o verbo descrito, ou seja, em coautoria com aquele que desferiu a punhalada.

Percebe-se que Wezel desenvolveu a Teoria do Domínio do Fato de forma generalizada. Wezel entendia que “incumbe o domínio do fato àquele que executa sua resolução visando um fim.”²⁸ (WEZEL *apud* ROXIN, 2000, p. 88, tradução nossa)

E, haveria coautoria quando houvesse a prática do ato delituoso por várias pessoas (atos parciais), sendo o domínio do fato correspondente a todos os coautores, conjuntamente.

²⁸ Incumbe el dominio del hecho a aquel que ejecuta su resolución con vistas a um fin. (ROXIN, 2000, p. 88).

Mas para Wezel, o “domínio do fato” não era necessariamente critério único da autoria, uma vez que existem outros elementos que compõem esta teoria, quais sejam: requisitos objetivos em relação ao próprio autor, como, por exemplo, a profissão que exerce; elementos subjetivos, ou seja, o *animus*, a vontade dirigida a um resultado; e um conteúdo social, indicando que esta seria a Teoria do Domínio Social do Fato. A fim de se ter uma responsabilidade penal, há que se levar em conta o conceito de crime, a adequação típica, o nexu causal, a ilicitude e a culpabilidade. (WEZEL *apud* ROXIN, 2000)

A autoria mediata, na visão do referido autor, ocorre por meio de um sujeito atuante direto que deve ser considerado autor. Apenas, excepcionalmente, poderia considerar o autor mediato como autor se ele (homem de trás), suscitar intencionalmente o erro de proibição para que haja o cometimento do crime. (ROXIN, 2000)

Não se pode deixar de mencionar a influência das reflexões de Lobe na formulação da Teoria do Domínio do Fato. Para este autor, é importante para a definição de autoria tanto a vontade de se cometer a infração penal diretamente, quanto a realização dessa vontade por um terceiro, mas sob o domínio do fato. E na participação, falta o domínio na execução do fato. (LOBE *apud* ROXIN, 2000)

Maurach, assim como Wezel, entende que o domínio do fato é critério de autoria dos crimes dolosos. Possui domínio do fato quem pode impedir ou continuar, por vontade própria, a realização do resultado final. (WEZEL *apud* ROXIN, 2000)

É neste sentido o pensamento de Jescheck que concorda que a Teoria do Domínio do Fato aplica-se aos crimes dolosos, devido ao conceito restritivo de autor. Não se podendo olvidar que nos crimes culposos não há distinção entre autoria e participação, uma vez que não se tem domínio do fato já que a contribuição para a ocorrência de um resultado lesivo não desejado, caracteriza a autoria. (JESCHECK, 2005)

Maurach sustenta que o “homem de trás”, autor mediato, também possui domínio do fato quando aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal atua dolosa ou mesmo culposamente. Assim

como pode-se considerar coautor aquele que supervisiona o curso do fato criminoso, ainda que não atue diretamente, o que demonstra que o autor mencionado desenvolve a ideia do domínio do fato de forma mais ampla que Wezel. (ROXIN, 2000)

Na visão de Gallas, possui domínio do fato, e deve ser considerado autor, o “chefe” de um grupo de criminosos cuja presença e influência direta estão vinculadas aos atos do grupo, admitindo a autoria mediata e domínio do fato ao “homem de trás”. Já Richard Lange pretende atribuir o domínio do fato àquele que determina um autor plenamente responsável por seus atos a cometer um crime como se fosse por vontade própria. (GALLAS *apud* ROXIN, 2000)

Como já explanado, autor seria a pessoa que ocupa a figura central do fato típico. Porém, nos crimes comissivos dolosos, autor é aquele que possui domínio do fato. Mas o domínio do fato pode se dar em três modalidades, conforme explicação a seguir.

2.3.3.1 DOMÍNIO DA AÇÃO

A primeira modalidade é a do Domínio da Ação, segundo a qual tem domínio da ação o autor direto, ou seja, o executor, aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal. Ele realiza os elementos presentes no tipo penal.

O autor realiza o tipo penal com as próprias mãos, o que se aproxima do conceito de autor da Teoria Formal-Objetiva. (ZAFFARONI, 1999).

Mas o questionamento é sobre aquele que pratica o tipo penal dolosamente, mas por estar coagido por outra pessoa ou por encontrar-se diante uma situação de perigo, como o estado de necessidade.

Roxin (2000) exemplifica esse posicionamento explicando o caso de um pai que comete um roubo a uma joalheria por ordem dos sequestradores de seu filho, ainda que o roubo tenha sido somente obra sua.

A ideia é a de que aquele que atua sob coação, atua sem o domínio do fato, uma vez que não possui vontade própria. Há que se observar que a pessoa não deixa de ser autora, mas há exclusão de culpabilidade.

2.3.3.2 DOMÍNIO DA VONTADE

A segunda é a do Domínio da Vontade que trata da autoria mediata. É a ideia central de autoria mediata, quando o autor domina a vontade de outra pessoa, seja por erro ou por necessidade. (ZAFFARONI, 1999).

O autor mediato não realiza a conduta típica diretamente, mas ele se utiliza de um terceiro para executar o crime. O terceiro atua sem dolo ou sem culpabilidade, como explicado na modalidade Domínio da Ação.

Por exemplo, o terceiro, considerado inimputável por razão de doença mental, é utilizado pelo autor, que é o “homem de trás”²⁹, para realizar a conduta típica. Ou então, o autor mediato coage moralmente o terceiro, de forma irresistível para que este execute o crime por ele desejado. Dessa forma, percebe-se que o autor mediato tem o domínio da vontade alheia.

2.3.3.3 DOMÍNIO FUNCIONAL

A terceira modalidade é a do Domínio Funcional que trata da autoria funcional. É a ideia de coautoria, apresentada na forma de divisão de tarefas na etapa da execução do crime. (ZAFFARONI, 1999).

O domínio funcional ocorre na hipótese de divisão de tarefas, ou seja, um indivíduo (autor) age com outro autor, cuja conduta seja indispensável para a execução do crime. Ou seja, esse segundo autor não realiza o verbo descrito no tipo penal, mas pratica um ato que é

²⁹ Existe uma figura específica da autoria mediata, segundo a qual o homem de trás utiliza um aparato organizado de poder.

essencial para a realização do plano global de tarefas. Então, ainda que não tenha realizado a conduta descrita no tipo penal, ele também é considerado autor.

Como exemplo, pode-se citar o caso de um indivíduo que atua como motorista no crime de roubo para levar o outro autor que subtraiu a coisa alheia, utilizando violência ou grave ameaça contra a vítima, ou utilizando qualquer meio que a impossibilite de se defender. O motorista, de acordo com a divisão de tarefas, tem o domínio da função que lhe foi confiada. Como sua tarefa é importante para a realização do crime, ele também deve ser considerado autor. Observe que segundo as regras clássicas, o motorista seria considerado partícipe.

Diante das explicações, é, sem dúvidas, importante ressaltar que o Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012 e seu Substitutivo (Novo Código Penal), propõe alterações legislativas nos dispositivos legais vigentes sobre autoria e participação, em especial, em seu artigo 36:

Concurso de pessoas

Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

- a) ofendem ou expõem a risco o bem jurídico mediante acordo de condutas;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;
- c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou
- d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.

II – partícipes aqueles que:

- a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem. Concorrência de menor importância

§ 2º Se a concorrência for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um a dois terços. (GRECO; LEITE, 2014, p. 34/35)

Percebe-se que as alterações legislativas propostas aproximam o ordenamento jurídico penal da Teoria do Domínio do Fato.

2.4 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E SUA COMUNICABILIDADE

A verificação da comunicabilidade ou incomunicabilidade das circunstâncias de um crime é um dos problemas enfrentados pelo Direito Penal em relação à responsabilidade penal dos agentes.

Circunstâncias são elementos acessórios à infração penal que interferem na fixação da pena, aumentando-a ou diminuindo-a, segundo sua gravidade, podendo ser objetivas ou subjetivas.

Circunstâncias objetivas, também chamadas de materiais ou reais, são aquelas que dizem respeito ao fato, tempo, lugar, modo e meios de execução do crime. São circunstâncias que sempre se comunicam, independentemente de serem elementares ou não. Para haver a comunicação, tais circunstâncias devem ser conhecidas dos coautores e/ou partícipes.

Circunstâncias subjetivas ou pessoais são circunstâncias que dizem respeito à pessoa do agente, à sua relação com o ofendido, como, por exemplo, parentesco, qualidades, etc. São circunstâncias que não se comunicam, a não ser quando elementares do crime. São elementares do crime quando integram a figura típica. São, neste caso, verdadeiros elementos do tipo penal e não meramente circunstâncias dele.

Circunstâncias elementares são aquelas descritas no tipo penal, em regra, no *caput* da norma penal incriminadora, ou seja, no tipo básico fundamental. E a sua supressão produzirá atipicidade absoluta

ou relativa. São essenciais à figura típica, se retiradas muda o crime ou o fato torna-se atípico.

As circunstâncias de caráter subjetivo ou pessoais não se comunicam ao coautor, desde que elas não façam parte dos elementos do crime (estrutura do crime). Só se comunicam se forem circunstâncias pessoais elementares do crime e dela o coautor e/ou partícipe tenha ciência.

A reincidência é uma circunstância pessoal, mas não elementar de crime. Por exemplo, no crime de homicídio qualificado por motivo fútil, o motivo fútil é uma qualificadora e não uma circunstância elementar do crime, então, não se comunica ao coautor e/ou partícipe.

Já no crime de peculato, a função de funcionário público se comunica ao coautor e/ou partícipe (que não é funcionário público), desde que ele saiba desta condição, pois é uma circunstância elementar do crime.

Pierangeli e Zaffaroni definem as seguintes regras em relação à comunicabilidade das circunstâncias:

- 1) Não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoais, que se fundam em causas de exclusão ou de extinção da punibilidade.
- 2) Também não se comunicam aquelas que fundamentam diferentes graus de culpabilidade (...)
- 3) Não se comunicam as circunstâncias e condições pessoais que aumentam o conteúdo do injusto do crime, mas que não são consideradas para que o fato seja considerado crime (...) ou para a sua qualificação. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2013, p. 618)

Em resumo, há três regras:

Primeira regra: circunstância subjetiva elementar (*essentialia delicti*) se comunica no concurso de pessoas. Exemplo: “A” é funcionário público e pratica crime de peculato em coautoria com “B” que tinha consciência da profissão de “A”. “B” responde por peculato ainda que não seja funcionário público.

Segunda regra: circunstância subjetiva não elementar (*accidentalia delicti*) não se comunica. Exemplo: Suzana Richthofen e os dois irmãos Cravinhos. A circunstância subjetiva de ser filha das vítimas não é elementar, então não se comunicou com os outros coautores. Essa relação de parentesco é tida hoje como uma qualificadora.

Terceira regra: as circunstâncias objetivas sempre se comunicam.

3. O CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

O terceiro que concorre para a morte do recém-nascido ou nascente, juntamente com a parturiente, sabendo estar essa sob a influência do estado puerperal, comete homicídio ou infanticídio? Esta questão é polêmica e foi muito debatida nos Congressos de Juristas.

O IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, que se realizou em Recife, em agosto de 1970, pronunciou-se quanto à questão da participação de terceiro no crime de infanticídio, formulando três hipóteses: mãe e terceiro matam a criança; mãe mata a criança com a participação acessória do terceiro; terceiro mata a criança a pedido da mãe e com a participação acessória dela. Nas três hipóteses, o bom senso indicaria que o terceiro deveria responder por homicídio, e a mãe, por infanticídio. (JESUS, 2009)

Segundo os artigos 29 e 30 do Código Penal, ambos respondem por infanticídio nas três hipóteses, como se este crime fosse uma atenuação do homicídio.

3.1 CORRENTE CONTRA A COMUNICABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA SUBJETIVA ELEMENTAR

A corrente composta por Aníbal Bruno, Galdino Siqueira, Álvaro Mayrink da Costa, Salgado Martins, Paulo Sérgio Leite Fernandes, entre outros, defende que não se deve aplicar a comunicabilidade da circunstância subjetiva elementar. (CARVALHO; PRADO, 2015)

Para esta corrente não se aplica o artigo 30 ao artigo 123 do Código Penal brasileiro, deste modo o eventual coautor ou partícipe responderia pelo crime de homicídio, uma vez que o estado puerperal é uma condição personalíssima, insuscetível de extensão a qualquer outra pessoa.

Em outras palavras, a qualidade de ser mãe é uma circunstância pessoal e elementar do crime que se comunica, não podendo dizer o mesmo sobre a influência exercida pelo estado puerperal. O estado puerperal é uma perturbação fisiopsíquica, considerada uma circunstância personalíssima incomunicável, e não apenas, circunstância pessoal.

Haveria quebra da regra geral sobre a unidade de crime, mas esta é justificada pela necessidade de evitar um contrassenso ao aplicar a um terceiro um crime reconhecível quando praticado “sob a influência do estado puerperal”, que diminui o grau de imputabilidade da mãe. O terceiro que concorre para a prática do crime atua no gozo de suas faculdades mentais.

Conforme Paulo Sérgio Fernandes (1996, p. 115), “somente a mãe, devido a condições pessoais, pode ser sujeito ativo do delito de infanticídio. Só ela passa pelo estado puerperal; só ela é mãe. Os coautores são punidos de acordo com as cominações do homicídio.”

Esta corrente defende a tese de que o infanticídio é uma figura privilegiada criada para beneficiar a mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal, sendo que o terceiro deve responder pelo crime de homicídio, de acordo com a sua culpabilidade.

3.2 CORRENTE A FAVOR DA COMUNICABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA SUBJETIVA ELEMENTAR

A corrente composta por Antônio José Feu Rosa, Damásio Evangelista de Jesus, Nelson Hungria, Roberto Lyra, Olavo de Oliveira, Edgard Magalhães Noronha, Olavo de Oliveira, Paulo José da Costa Júnior, Celso Delmanto, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt,

Júlio Fabrini Mirabete, Rogério Greco, Cleber Masson, entre outros, defende a teoria da comunicabilidade, adotada pelo Código Penal brasileiro, segundo a qual o terceiro responde pelo crime de infanticídio no concurso de pessoas, por concorrer para a prática do referido delito, de acordo com o artigo 29, *caput*, Código Penal Brasileiro, conforme os ditames da Teoria Monista. (JESUS, 2009)

Interessante destacar que durante quatro décadas, Nelson Hungria foi a favor da incomunicabilidade da circunstância subjetiva elementar “estado puerperal”, pois defendia que a influência do estado puerperal era uma causa personalíssima que não podia ser chamada de circunstância. Sendo assim, o terceiro que concorresse para a prática do crime deveria responder por homicídio. (MASSON, 2019).

Nelson Hungria acreditava que tal privilégio não deveria ocorrer, pois a conduta do terceiro caracterizaria o crime de homicídio. Até então, para Hungria, a condição derivada da influência do estado puerperal era incomunicável por ser condição personalíssima, e não pessoal.

Posteriormente, Hungria, por volta de 1960, reconheceu o seu equívoco e mudou seu entendimento, considerando a comunicabilidade da elementar “estado puerperal” ao terceiro envolvido no crime de infanticídio, o que ficou evidenciado em sua última obra, mas tal fato passa despercebido pela maioria dos doutrinadores brasileiros. (JESUS, 2009; MASSON, 2019).

Magalhães Noronha e Olavo de Oliveira, citados por Paulo Sérgio Leite Fernandes (1996), afirmavam que a qualidade individual da mãe puérpera, foi incorporada pelo legislador na definição do artigo 123, CP, fazendo com que um terceiro que venha instigar ou auxiliar a mulher a matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, se beneficie do tratamento privilegiado, de acordo com o artigo 30, CP.

Conforme recurso em sentido estrito apresentado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, subentende-se a possibilidade do concurso de pessoas no crime de infanticídio.

II - A legislação penal pátria alberga a vida humana desde a sua concepção. Todavia, a sua lesão pode tipificar crimes diversos a depender da fase em que aquela se deu. Na etapa inicial, ou seja, da concepção até o início do parto, a interrupção da gravidez com a morte do embrião qualifica o aborto. Se o óbito do feto ocorrer durante o parto ou logo após, pode-se configurar ou o infanticídio, se a morte é causada pela própria mãe sob influência do estado puerperal, **não se descartando aqui a possibilidade de concurso de agentes**, ou então, o homicídio, se ausentes as elementares do infanticídio. Sendo este o caso dos autos, impõe-se o provimento do recurso para que seja recebida a denúncia.” (fls. 10/11). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2002, grifo nosso).

No mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema em questão, ou seja, a possibilidade de haver concurso de pessoas no crime de infanticídio.

Ementa INFANTICIDIO - CONCURSO DE PESSOAS - (ART. 29, DO C. PENAL) - ADMISSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. Se o participe, em tese, contribui moralmente, instigando, ameaçando ou provocando a autora ao cometimento do delito de infanticídio, da denúncia contra este não pode ser afastado. Sustenta-se a possibilidade de concurso de pessoas no infanticídio, existem julgados que corroboram com a teoria.
(...)

A doutrina majoritária defende que o coautor ou participe deve responder em caráter de igualdade com a mãe, uma vez que a elementar do tipo é a influência do estado puerperal.

Damásio de Jesus é um dos defensores dessa tese: “É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elementar do crime. Aduz o artigo

30 do CP, “que só não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” Assim, nós temos da disposição, a influência do estado puerperal (elementar), é comunicável entre os coautores”.

(...)

Cezar Roberto Bitencourt também adota essa teoria, acredita que a elementar do crime de infanticídio deve se comunicar ao coautor e participe.

A corrente majoritária acredita que, ambos responderam pelo crime de infanticídio. Nesse sentido expõe Rogério Greco:

“Quando é a própria parturiente que, sozinha causa à morte do recém-nascido, mas com a participação de terceiro que, por exemplo, a auxilia materialmente, fornecendo-lhe o instrumento do crime, ou orientando-a como utilizá-lo, ambos, da mesma forma, responderão pelo infanticídio, já que a parturiente atuava influenciada pelo estado puerperal e o terceiro que a auxiliou conhecia essa particular condição, concorrendo, portanto, para o sucesso do infanticídio.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 1995, grifo nosso).

No infanticídio, as qualidades de mulher, influenciada pelo estado puerperal, são circunstâncias pessoais de caráter pessoal. Percebe-se então, que quanto ao crime de infanticídio, a circunstância influência do estado puerperal se comunica ao coautor, desde que ele saiba desta condição, pois é elementar do crime.

Em outras palavras, o terceiro que auxilia a mãe a cometer o infanticídio não está sob a influência do estado puerperal. Entretanto, a condição de caráter pessoal de ser mãe e estar sob a influência do estado puerperal, deve se comunicar, quando o terceiro tem ciência dela, pois é elementar do crime, é elementar do tipo penal descrito no artigo 123 do Código Penal.

Diante do exposto e baseado no disposto no artigo 30 do Código Penal Brasileiro, entende-se que o estado puerperal é elementar do

crime, comunicando-se ao coautor e ao partícipe. E, há que se frisar que o infanticídio não é uma forma privilegiada de homicídio, uma vez que não é esta a previsão legal.

O estado puerperal é circunstância pessoal e elementar do crime, comunicando-se ao terceiro, desde que seja deste conhecido. O desconhecimento da circunstância elementar pode levar à condenação por crime mais grave.

3.3 CORRENTE MISTA

É interessante mencionar um outro posicionamento doutrinário, defendido por José Frederico Marques, Basileu Garcia e Euclides Custódio da Silveira.

Tal corrente explica que a circunstância elementar do crime, o estado puerperal, só se comunica ao terceiro quando este atuar como partícipe, ou seja, quando sua ação for acessória à ação da parturiente (induzimento, instigação ou auxílio), respondendo por infanticídio no concurso de pessoas. O partícipe não pratica atos descritos na conduta típica. Já o coautor tem consciência da prática de atos executórios, e os pratica, devendo por isso responder pelo crime de homicídio. (CARVALHO; PRADO, 2015)

Contudo, este posicionamento viola o Princípio da Unidade do crime e, mais uma vez, não é esta a previsão legal.

No Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012 e seu Substitutivo (Novo Código Penal), o crime de infanticídio encontra-se tipificado também no artigo 123, mas contém importante modificação, que é o parágrafo único do referido artigo que prevê que quem, de qualquer modo, concorrer para este crime responderá por homicídio.

4. CONCLUSÃO

O concurso de pessoas só é importante nos crimes unissubjetivos, pois quando a pluralidade de agentes é elementar do tipo penal, entende-se que o crime é de concurso necessário ou plurissubjetivo.

A Teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é a Monista, segundo a qual todos os envolvidos respondem pelo mesmo crime, na medida de sua culpabilidade, ou seja, na medida de sua contribuição para a prática do crime, o que corresponde com o que dispõe o artigo 29 do referido diploma legal.

Levando-se em consideração as teorias explanadas no decorrer desta pesquisa para a definição de autoria, deve-se adotar a Teoria do Domínio do Fato, respeitando suas três modalidades para que se possa responsabilizar o terceiro que contribuir para a prática do infanticídio juntamente com a mãe do bebê, de forma mais clara e para que se evite as discussões quanto à comunicabilidade das circunstâncias pessoais desse crime.

Atualmente, a Teoria do Domínio do Fato fundamenta a autoria mediata, explicando que o autor imediato não tem o domínio do fato, pois quem o possui é o “homem de trás”. Ou seja, na autoria direta ou imediata o autor executa diretamente a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Já na autoria indireta ou mediata, o autor se vale de outra pessoa que lhe serve de instrumento para a prática do crime.

Quando se fala em divisão de tarefas, o autor tem domínio sobre o fato, domínio sobre as funções que lhe foram confiadas e que tem importância fundamental no cometimento do crime. Autor é aquele que domina as rédeas do lapso causal, é aquele que possui o domínio final sobre o fato, em outras palavras, é o senhor do fato. Partícipe é quem simplesmente colabora, sem poderes decisórios a respeito da consumação do fato.

Então, coautores são todos os que tiverem participação importante ao cometimento do crime, não se exigindo que todos sejam executores. Aquele que prepara ou auxilia é também coautor

desde eu a participação seja fundamental para a realização do delito. O domínio do fato unitário é comum a várias pessoas.

Quanto à comunicabilidade das circunstâncias subjetivas de caráter elementar, desde que entrem na esfera de consciência do agente se comunicam a todos os envolvidos na prática criminosa. Porque o direito penal brasileiro prima pela responsabilidade subjetiva. O liame subjetivo é necessário para ter concurso de pessoas.

Diante dos conceitos e conflitos apresentados sobre o crime de infanticídio no tocante ao significado da expressão “logo após o parto” e, principalmente, sobre o concurso de pessoas, conclui-se que, embora não seja a solução mais justa, a comunicabilidade da condição do estado puerperal como elementar do crime foi a adotada pelo Código Penal Brasileiro, conforme o disposto no artigo 30.

A legislação penal brasileira vigente adota o critério fisiopsicológico baseado na influência do estado puerperal causada pelo puerpério, que leva à mãe a matar o próprio filho durante ou logo após o parto. O terceiro que contribui para a prática desse crime, seja como partícipe ou como coautor, responde por ele dentro do concurso de pessoas. As circunstâncias de caráter pessoal são elementares do crime, pois fazem parte da própria definição legal do artigo 123 do Código Penal Brasileiro.

A conduta do coautor, na maioria das vezes, caracteriza o homicídio, mas deve-se analisar a questão de acordo com a legislação brasileira vigente que não criou uma norma para determinado caso. Sabe-se, então, que se aplica o artigo 30 do Código Penal Brasileiro ao crime de infanticídio. Esta aplicação gera um grande inconformismo. O artigo 29, § 2º do referido Código é aplicado somente nos casos em que um dos concorrentes deseja executar um crime diferente do pretendido pelo outro concorrente.

Conclui-se então que através da permissibilidade do artigo 30 do Código Penal em relação à comunicabilidades das circunstâncias elementares de caráter pessoal, o concurso de pessoas é plenamente admissível no crime de infanticídio, ainda que se tenha a impressão

da existência de um conflito entre a Legalidade (direito positivado) e a Justiça.

Resta claro que, ainda que pareça injusto, tanto a mãe quanto um terceiro que de algum modo contribua pela prática do crime nos casos de coautoria ou de participação, responderão por infanticídio.

Enquanto não houver alteração legislativa do artigo 30 do Código Penal Brasileiro (ou uma ressalva no artigo 123 quanto a não aplicação daquele artigo a este), ou mesmo o deslocamento topográfico do infanticídio como forma expressa privilegiada de homicídio, o terceiro responderá por infanticídio em concurso de pessoas, seja ele coautor ou meramente partícipe. Melhor seria se o crime de infanticídio não fosse tratado como um crime autônomo, e sim como um tipo de homicídio privilegiado.

Se as alterações legislativas propostas para o Novo Código Penal, conforme o Projeto de Lei do Senado n. 236 e seu Substitutivo, tal divergência doutrinária e insatisfação causada terá fim.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas (1794)**. Tradução: Lúcia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Vade Mecum Tradicional. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Tradicional. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 0507 de 2012**. Disponível em: . Acesso: 12.Nov.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Recurso em Sentido Estrito 20010110539405**. 2002. Disponível em: . Acesso: 20.Nov.2020.

CAMARA, Phaelante da. **O Duello e o Infanticídio**. Bahia: Bibliolife, 1904.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e especial. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ESPAÑA. . 1995. Disponível em: Acesso: 15 Jul 2020.

ESPINOZA, Chedorlaomer R. Gonzales. El delito de infanticidio em la legislación penal. **Revista Jurídica Docentia et Investigatio**, Facultad de Derecho y Ciencia Política U.N.M.S.M., Vol. 7, n. 2, p. 113-126, 2005.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e Infanticídio**. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1996.

FRANÇA, Genivaldo Veloso de. **Medicina Legal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GÓMEZ, Carlos Daza. **Autoría y participación**. Disponível em: . Acesso em: 16 Jan 2016.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador: Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 107, p. 13-46, 2014.

GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. **Revista Jurídica UniEVANGÉLICA**, Anápolis/GO, n. 9, p. 10-15, Jan/Jun, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho penal**: parte general. 5.ed.Tradução: Miguel Olmedo Cardeñete. Espanha: Comares, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Nelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio**. 2009. Disponível em: . Acesso em: 11 Jan 2016.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da Teoria do Domínio do Fato. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas/SP: Millennium, 2004.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. 12.ed. São Paulo: Gen/Método, 2019. V. 2

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito** . 2016. Disponível em: . Acesso: 13.Nov.2020.

MUAKAD, Irene Batista. **O infanticídio: análise da doutrina médico-legal e da prática judiciária**. São Paulo: Mackenzie, 2002.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática penal?** Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. 1.ed. Baurueri/SP: Manole, 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **EOSE – 71356-2**. 1995. Disponível em: . Acesso: 02.Mar.2021.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 11.ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes**. São Paulo: Pillares, 2004.

ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras; José Luís Servano González de Murillo. 7.ed. Madrid/Espanha: Marcial Pons, 2000.

SILVA, João Ricardo Anastácio da. A real influência do estado puerperal face ao crime de infanticídio. **Revista Jurídica da UniFil**, v. 9, n. 9 2012. Disponível em: . Acesso em: 15.Set.2020.

TAMPAKIS, Th. **O infanticídio na Grécia antiga: Um esforço de análise no projeto Medeia Eurípides**. Cuidado Neonatal - MEN GP Hospital Universitário de Alexandroupolis. 2004. Disponível em: . Acesso: 24 Jan 2016.

URUGUAI. . 1934. Ministerio del Interior de Uruguay. Disponível em: . Acesso: 15 Jul 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. Buenos Aires: Ediar, 1999. Tomo IV.

O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

*Gleidson César Costa Tavares
Guilherme Gonçalves Freire
Marcos Antônio Gonçalves de Oliveira*

O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Gleidson César Costa Tavares³⁰

Guilherme Gonçalves Freire³¹

Marcos Antônio Gonçalves de Oliveira³²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E DA TENTATIVA CONCEITUAL. 2. DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS. 3. NORMAS LEGAIS APLICADAS AO CASAMENTO HOMOAFETIVO. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A relação homoafetiva é assunto de bastante importância e relevância na convivência social. Neste contexto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo se tornou motivo de constantes discussões no mundo jurídico, contudo, ainda não possui um instrumento normativo que o proteja. O tema em questão possui grande amplitude, já que está intimamente ligado a vários ramos do Direito, trazendo avanços na jurisprudência dentro do ordenamento pátrio.

É importante entender como o ordenamento jurídico vem sendo aplicado para a regulamentação dos casamentos de pessoas do mesmo sexo e quais os direitos que lhes são assegurados. A Constituição Federal, possui, dentre outros direitos fundamentais, a igualdade como um de seus princípios basilares na garantia da dignidade da pessoa

30 Graduado em Logística pela Faculdade UNA. Graduando em Direito na Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Policial Penal de Minas Gerais.

31 Graduado em Engenharia Mecânica pela Centro Universitário do Leste de Minas Gerais/UNILESTE. Graduando em Direito na Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Policial Militar do Estado de Minas Gerais.

32 Graduado no Curso Superior de Tecnologia em Atividade de Polícia Ostensiva pela Academia Militar de Minas Gerais. Graduando em Direito na Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Policial Militar do Estado de Minas Gerais.

humana. Durante muito tempo as relações de pessoas do mesmo sexo foram censuradas, restando apenas para elas se enclausurarem em um universo paralelo. No entanto, o Estado Democrático de Direito não pode cercear e, nem deve tolerar distinções feitas entre os indivíduos, sem qualquer amparo racional, lógico e motivadamente constitucional.

As mudanças de comportamentos, costumes, modo de agir ou hábitos fazem parte da evolução humana, da mesma forma, o Direito, naturalmente, deve responder a essas mudanças sociais. Os processos legais refletem os problemas sociais e as insatisfações coletivas. O direito deve acompanhar tais mudanças, refletindo as percepções em sua função importantíssima para a concretização e realização da justiça.

Ainda que não haja regulamentação expressa no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos que os homossexuais vêm adquirindo são reais, buscando a igualdade material e indo de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Acompanhando este contexto, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, “Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.” Tal resolução trouxe avanços na seara do Direito Brasileiro, visto que foi um marco na luta por direitos igualitários entre pessoas do mesmo sexo.

É necessário entender que existem novas configurações familiares que deveriam ser protegidas pelo Direito de Família, até mesmo para atender o anseio social em considerar a importância do afeto como fonte basilar nas formações familiares, sobrepondo, por exemplo, a questões biológicas.

Neste contexto, Caio Mário da Silva Pereira ensina:

Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou

a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. (PEREIRA, 2014, p. 65).

Diante do exposto, visa o presente artigo demonstrar a possibilidade da existência de casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a doutrina pátria leva em consideração o afeto como elemento fundamental e justificador das relações públicas, contínuas e duradouras com o intuito de constituir família, não deixando margem para a exclusão de qualquer relacionamento que tenha esses atributos de conceito de família.

1. DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E DA TENTATIVA CONCEITUAL

Durante muito tempo as leis brasileiras consideraram o casamento como a única forma legal pela qual se originavam as relações familiares, não consideravam outras configurações e, sem o casamento, não havia a constituição de uma família.

O Código Civil, em seu artigo 1.511, define que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Lado outro, a doutrina nos traz ensinamentos complementares, segundo Paulo Lôbi (2008, p. 76), “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”

Diante do exposto, é possível identificar que se trata de um ato formal, que consiste no negócio jurídico praticado entre duas pessoas, que terão consequências patrimoniais e existenciais. Como um ato formal, dependerá de um procedimento rigoroso a ser cumprido, sendo necessária a produção de documentos, publicações de atos, registros em cartório e uma cerimônia formal, pode se valer também da cerimônia religiosa.

Em suma, casamento nada mais é que um vínculo jurídico entre duas pessoas com intervenção estatal, capaz de criar direitos e deveres entre cônjuges e de constituir família.

A fim de esclarecer qual seria a natureza jurídica do casamento, algumas teorias foram criadas, dentre elas, podemos citar a teoria contratualista, teoria institucionalista, teoria eclética ou mista.

Para a teoria contratualista, o casamento constitui um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação. Essa corrente está filiada a Silvio Rodrigues, que assim define o instituto: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência” (RODRIGUES, 2002, p. 19).

Já para a Teoria mista ou eclética o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação, corrente esta que é defendida por Eduardo de Oliveira Leite (2005), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008), Roberto Senise Lisboa (2004), Flávio Augusto Monteiro de Barros (2005), entre outros autores.

Maria Alice Zaratín Lotufo (2009, p. 34), a respeito da teoria institucionalista, conceitua que:

Embora os cônjuges se unam por vontade própria, ambos se submetem a um conjunto de normas preestabelecido e imutável, ao qual aderem. Tais normas regulam a vida matrimonial e familiar do casal, de tal modo que, mesmo em suas pretensões particulares, como, por exemplo, na separação e no

divórcio, os cônjuges devem proceder de acordo com as normas impostas pelo legislador.

Atualmente, as teorias mais aceitas são as Institucionalistas com entendimento de que o casamento é uma instituição social e jurídica própria, que possui regras diferenciadas e de ordem pública e, bem como a teoria eclética ou mista, contendo entendimento de que o casamento é um ato complexo, que pode ser considerado um contrato (acordo de vontades) em sua formação e uma instituição em seu conteúdo, já que as regras do casamento são ditadas pela lei.

Para que o casamento exista, é preciso atender os requisitos previstos no artigo 1.514 do código civil, o qual prevê que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal e o juiz os declara casados”.

Se o casamento contar com tais requisitos e não houver nenhuma causa que faça dele passível de nulidade ou anulação, ele será válido.

Mas é preciso observar que a norma jurídica prevê, ainda, condições impeditivas, ou seja, causas que impossibilitam a realização do casamento por inobservância às proibições impostas e, portanto, pode gerar sua nulidade ou alguma penalidade. São causas que podem ser suspensivas ou impeditivas e estão previstas em lei.

O artigo 1.523 do Código Civil dispõe sobre as causas suspensivas. Basicamente estão relacionadas às questões patrimoniais e à gravidez:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

As causas suspensivas podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, conforme previsto no art. 1.524 do Código Civil:

Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.

As causas suspensivas têm o condão apenas de suspender a celebração do casamento ou impor o regime de separação obrigatória de bens, portanto, não causam anulação nem nulidade do casamento.

Conforme preceitua Flávio Tartuce (2019, p. 104):

As causas suspensivas do casamento são situações de menor gravidade, geralmente para impedir confusão patrimonial, envolvendo ordem privada. Justamente por isso, as causas suspensivas não geram nulidade absoluta ou relativa ao casamento, mas apenas impõem sanções aos nubentes.

Já as causas impeditivas, por sua vez, também chamadas de Impedimentos dirimentes públicos ou absolutos, impedem a celebração do casamento e, como sanção, pode causar a nulidade do ato e sua conseqüente invalidade. O Código Civil, em seu artigo 1.521 dispõe os motivos em que não podem casar, contendo a seguinte redação:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

É importante destacar que, diferentemente da causa suspensiva, qualquer pessoa é legitimada para argui-la, independentemente de parentesco com os nubentes.

A nulidade ou anulação do casamento nada mais é que a admissão da invalidade de um negócio ou de um ato jurídico. Vale ponderar, entretanto, que casamento nulo ou anulável, são institutos jurídicos diferentes, com causas e conseqüências diferentes.

Um casamento será nulo quando for contraído por infringência de causa impeditiva, conforme já demonstrado acima e, ainda, a sentença tem efeitos retroativos, salvo em relação aos filhos e ao cônjuge de boa-fé, ou seja, aquele que desconhecia a existência do impedimento matrimonial, conforme nos traz o artigo 1.561, CC/02.

Já o casamento anulável, conta com as hipóteses previstas no artigo 1.550 do Código Civil, de modo que:

Art. 1.550. É anulável o casamento:

- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
- II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
- IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
- VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Cumprido informar que o casamento anulável não possui nenhuma relação com o casamento impeditivo ou nulo.

É possível observar a amplitude e especificidade que trata o assunto. Porém, apenas como uma definição resumida, se trata da união solene entre duas pessoas, a qual hoje pode ser dar de diferentes formas, porém sempre pautada na igualdade, criando direitos e deveres mútuos.

2. DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A homossexualidade refere-se à situação na qual o interesse e o desejo sexual dirigem-se a pessoas do mesmo sexo. É uma das possibilidades verificadas de manifestação da sexualidade e afetividade humana.

Na perfeita conceituação de Souto, o termo homossexual possui a seguinte definição:

Independentemente do que se convencionou chamar de homem ou mulher, em razão da genitália, o desejo erótico-afetivo pode ser livremente direcionado; logo, duas pessoas que se entendam homens, ou outras

duas que se entendam mulheres, e que se relacionam sexual e afetivamente, devem ter garantidos os mesmos direitos ao desenvolvimento, o que implica, conseqüentemente, a possibilidade de formar um núcleo familiar legitimado e protegido pelo Estado. Essas relações entre duas pessoas que se consideram homens ou mulheres, duas “pessoas do mesmo sexo”, são denominadas relações homossexuais (o prefixo “homo” significa “mesmo” ou “igual”) (SOUTO, *et al.*, 2021, p. 48)

Como pode ser observado, a terminologia homossexual nada mais é que a denominação atribuída a uma relação entre pessoas do mesmo sexo, neste caso, considerando apenas à referência do dado biológico, genital, na diferenciação entre homem e mulher.

A homossexualidade não é compreendida como um transtorno médico ou psiquiátrico, portanto, sob o prisma da psicanálise, não pode mais ser considerada uma doença.

Maria Berenice Dias, vem exercendo importante papel em defesa da união homoafetiva e, em sua obra *União Homossexual: o preconceito e a justiça*, explica:

Durante anos a Medicina pesquisou o sistema nervoso central, os hormônios, o funcionamento do aparelho genital, e nada encontrou de diferente entre homo e heterossexual. Tentou mudar o comportamento humano tido como desviante usando os mais diversos métodos, mas todos resultados foram nulos. Abandonada a ideia de ver a homossexualidade como doença passou a ser encarada como uma forma de ser diferente da maioria, que se diferencia apenas no relacionamento amoroso e sexual. (DIAS, 2009, p. 37)

Ainda, de acordo Maria Berenice Dias, a sexualidade se refere a uma condição humana e, como tal, é um direito fundamental que acompanha o ser humano. Assim esclarece:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual e a liberdade da livre orientação sexual. O direito ao tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a sua dignidade. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental. (DIAS, 2009, p.43)

Assim, como ensinado acima, a homossexualidade deve ser tratada apenas como uma escolha física e emocional às pessoas do mesmo sexo. É indispensável que haja o reconhecimento dos direitos das pessoas homossexuais, pois quando há ausência de lei reguladora não pode haver ausência de direito, uma vez que todos têm direito a tutela jurídica.

As uniões estáveis heterossexuais percorreram um longo caminho, de vitórias e derrotas, acolhimentos e rejeições. Durante o percurso, alguns acontecimentos demonstraram claramente a dificuldade da sociedade em aceitar a união homoafetiva. Pode-se citar por exemplo um fato acontecido na década de 70 nos Estados Unidos, onde um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação,

com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase emblemática: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”.

Outro caso famoso, acontecido na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento gay é uma cachorrada”. Com isso percebe-se uma visão depreciativa que é antiga e acostumada a tratar o homossexual com intolerância, truculência e despreço.

Para Kant, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, concretizar a justiça em uma busca da moralidade, balizada sob costumes e a lei moral, é um meio de assegurar a felicidade a cada qual. Segundo ele:

Assegurar cada qual a sua própria felicidade é um dever (pelo menos indiretamente), pois a ausência de conhecimento com seu próprio estado num torvelino de muitos cuidados e no meio de necessidades insatisfeitas poderia facilmente tornar-se numa grande tentação para transgressão dos deveres”(KANT, 2007, p. 29).

Felizmente, os tempos estão mudando e, progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. No espaço público, sucessivas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizaram a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram muitos anos de opressão para poder viverem plenamente e da forma que os façam felizes. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar a diversidade.

É necessário entender que existem novas configurações familiares que deveriam ser protegidas pelo Direito de Família, até

mesmo para atender o anseio social em considerar a importância do afeto como fonte basilar nas formações familiares, sobrepondo, por exemplo, a questões biológicas.

Neste contexto, Caio Mário da Silva Pereira ensina:

Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. (PEREIRA, 2014, p. 65).

Nesse contexto, foi fundamental debater a respeito do regime jurídico das uniões homoafetivas. Apesar da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Julgados e decisões dos tribunais já consideram o status semelhante das uniões entre pessoas do mesmo sexo e entre homem e mulher.

No que concerne a união estável homoafetiva, o grande divisor de águas foi a decisão do Supremo Tribunal Federal de equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. Na prática, a união homoafetiva foi reconhecida como um núcleo familiar como qualquer outro. O reconhecimento de direitos de casais gays foi unânime.

A Constituição prevê três enquadramentos de família, a decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a

entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficar com os filhos).

A interpretação do STF sobre a união homoafetiva reconheceu a quarta família brasileira, a decorrente da união homoafetiva.

Os ministros decidiram que a união homoafetiva deve ser considerada como uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos. E além disso, destacaram a importância de o Congresso Nacional não ser omissivo em relação ao tema.

A decisão histórica do STF deu uniformidade ao entendimento da lei, e assegurou o direito constitucional à igualdade e à não discriminação, tal decisão reconheceu o direito dos casais de mesmo sexo constituírem família. Como a legislação brasileira prevê que a conversão de união estável em casamento deve ser facilitada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou, em outubro de 2011, que o mesmo princípio se aplicava ao casamento.

Mesmo com todos esses entendimentos favoráveis, alguns casais enfrentaram dificuldades nos cartórios e tiveram seus pedidos de conversão de união estável para registro civil negados, devido ao entendimento tradicional de alguns juízes, baseados somente em estereótipos de gênero, de que casamento só seria possível entre homem e mulher. Porém, em 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu uma resolução para proibir o veto de cartórios a casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas homoafetivas.

Esse reconhecimento formal, implica em efeitos práticos importantes para a comunidade LGBTQIA+. Em relação ao Estado, o casamento trata-se de um ato jurídico e como tal, estende a essa população os direitos antes reservados aos casais heterossexuais, tais como: compartilhar bens, construir patrimônio, garantir proteção à herança ou pensão em caso de morte, inclusão de dependentes em planos de saúde, seguros, garantia de visitaçao em hospitais em caso de adoecimento, entre outros. Por isso, foi tão importante esse reconhecimento por parte da legislação.

3. NORMAS LEGAIS APLICADAS AO CASAMENTO HOMOAFETIVO

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são objeto de preconceito e discriminação por parte da sociedade, que tende estar acostumada com aquilo que é fixo, que não muda; dessa forma, os casais homoafetivos sofriam e, em casos ainda sofrem discriminações e preconceitos.

Ora, mas o ordenamento jurídico não é composto por regras, normas e princípios? Os princípios evoluem com o tempo e, neste contexto, as normas jurídicas tem o dever de acompanhar.

E foi nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello, ao publicar a obra Curso de Direito Administrativo, define a importância dos princípios no direito, vejamos:

Para quem se ocupa do estudo do Direito, assim como para quaisquer que o operem, nada mais interessa senão saber que princípios e que regras se aplicam perante tais ou quais situações. Por isto mesmo, um ramo jurídico é verdadeiramente “autônomo” quando nele se reconhecem princípios que formam em seu todo uma unidade e que articulam um conjunto de regras de maneira a comporem um sistema, “um regime jurídico” que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras. (2010, p. 27)

Nos termos do artigo 226 da CF/88, o casamento é identificado como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos sagrados laços do matrimônio e que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No mesmo sentido, o Código Civil em seu artigo 1.723, reconhece a união estável como entidade familiar em que há a união entre o

homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

É possível perceber que, para a constituição de uma união estável, “exige-se”, pelo texto legal, a diversidade de sexos entre os companheiros, o que também era exigido em relação ao casamento, conforme artigo 1.514, *in verbis*:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

De acordo com Diniz (2005, p. 39): “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Corroborando com este entendimento, Paulo Lôbo, no livro Direito Civil Famílias, conceitua o casamento como:

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. A liberdade matrimonial é um direito fundamental, apenas limitado nas hipóteses de impedimento, como o incesto ou a bigamia. O termo casamento abrange, par muitos, o ato constitutivo e, também, a entidade ou instituição que dele se constitui. (LOBO, 2018, p. 69)

À medida em que a sociedade foi evoluindo, passou a se questionar sobre a possibilidade de realização do casamento e das escrituras públicas de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Alguns cartórios passaram a flexibilizar a disposição legal e a atender

o pedido dos companheiros, enquanto outros se recusaram a celebrar casamentos ou lavrar escritura pública de união estável.

No ano de 2010 já se veiculava nos meios de informação notícias de alguns Cartórios que aderiam à interpretação extensiva e formalizavam a união entre pessoas do mesmo sexo. Uma reportagem intitulada “Cartório cai na graça dos gays - 26º Tabelionato de Notas, na Praça João Mendes, vira referência para a turma do arco-íris, interessada na Escritura Pública de Convivência Afetiva”, é um exemplo de tal adesão. (BATISTA JÚNIOR, 2010)

Um caso emblemático em que um casal de homens que viviam juntos há 21 anos, fizeram uma declaração de união estável em cartório na capital paranaense. (MASSAD, 2011)

Nesse ínterim, as uniões entre homoafetivas passaram a ganhar espaço na jurisprudência pátria através de decisões favoráveis acerca do tema pelo Judiciário. Poucos anos antes o direito desse grupo já vinha se estruturando nos Tribunais no país.

Seguem alguns julgados tratando sobre o tema:

Rio Grande do Sul - Ação declaratória de união estável homossexual.

Parceria civil. Relacionamento homossexual estável e duradouro comprovado. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. 2. A união homossexual constitui típica parceria civil e é um arranjo familiar, que o Estado não desconsidera e, *in caso*, ficou comprovada, devendo receber tratamento análogo ao da união estável. 3. Reconhecida a relação estável deve ser partilhado igualmente o valor pago pelo imóvel até a data em que a autora demonstrou ter contribuído para o pagamento das prestações, com abatimento do valor da motocicleta e do FGTS de ambas as partes, cujos valores deverão ser apurados

em liquidação de sentença, devidamente corrigidos.
Recurso provido, em parte.

(TJRS, AC 70076929900, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30/05/2018).

(TJRS, AC 70016660383, 8ª C. Civ., Rel. Des. CLAUDIR FIDELIS FACCENDA, j. 26.10.2006)

Porto Alegre - AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.

(TJRS, 4. G. Cív., EI N° 70011120573, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 10.06.2005).

Rio Grande do Sul - AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.

RECURSO ESPECIAL N° 889.852 - RS (2006/0209137-4)

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

Já em 2011, em decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, o Brasil passou a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou o casamento homoafetivo. O STF mudou o entendimento do Código Civil de que a família era formada por um homem e uma mulher. A partir daí as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser permitidas.

No julgamento da ADI 4277 e a ADPF 132, ficou decidido que o reconhecimento das uniões estáveis entre casais gays seguiriam as mesmas regras e teriam as mesmas consequências que casais heterossexuais, tendo como fundamento o dispositivo do inciso IV do Art. 3º da Constituição Federal, aplicando o princípio da igualdade. A saber:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como a decisão dizia que as normas deveriam ser as mesmas, casais homoafetivos passaram a pedir a conversão da união estável em casamento, o que está previsto no Código Civil. Contudo, muitos encontraram resistência, nesse sentido, o Conselho

Nacional de Justiça também se posicionou e editou a Resolução 175, contendo o seguinte entendimento: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Desde então passou-se a reconhecer as relações homoafetivas e obrigou os cartórios a realizarem sua celebração sob pena de punição junto a corregedoria caso se recuse a executar.

Tal união, baseada no afeto, pode se enquadrar, então, nas famílias matrimoniais ou informais, a depender da forma de constituição.

É desta forma que Marta Suplicy preleciona acerca da possibilidade de se ter o reconhecimento da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro:

A criação deste instituto legal é plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, tanto que no que se refere a seus aspectos formais quanto de conteúdo. É instituto que guarda perfeita harmonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – de construir uma sociedade livre, justa, solidária e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (SUPLICY, 1998, p. 22)

Para se ter a união estável homoafetiva, deve-se preencher os mesmos requisitos para se constituir a união estável heterossexual, ou seja, a convivência pública, duradoura e contínua com o objetivo

de constituir família, conforme o art. 1.723 do Código Civil, que foi amplamente discutido pela suprema corte nesse julgamento histórico.

Isso não quer dizer que o casamento homoafetivo possui previsão na lei, já que nenhuma lei foi aprovada nesse sentido. O que garante os casamentos e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo é a jurisprudência, garantindo aos casais homossexuais os mesmos direitos e deveres atribuídos aos casais heterossexuais.

CONCLUSÃO

A evolução e as conquistas das gerações dos Direitos Humanos possuem como princípio objetivo, fornecer, dentre outros, a dignidade humana através das garantias fundamentais.

Para que haja a preservação dos direitos fundamentais, a saber, a igualdade, a liberdade e fraternidade, é necessário que os poderes e instituições atuem de forma harmônica na consolidação das leis e direitos de todos.

Desta forma, é importante presar pelas garantias positivadas em nosso ordenamento jurídico, a fim de manter a ordem e o cumprimento às leis que regem qualquer país democrático de direito.

Diante do exposto, conhecer, ou até mesmo expor as falhas e mazelas do Estado e até mesmo, por que não, da sociedade, pode significar importante passo na busca constante da justiça eficiente e real.

É inegável que a sociedade brasileira avançou ao longo dos anos quanto às relações homoafetivas. De acordo com Censo Demográfico de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), existiam mais de 60 (sessenta) mil casais homossexuais, motivo pelo qual, ao menos teoricamente, os entendimentos divulgados pelo STF e CNJ, assegura a aplicabilidade da igualdade de direito entre todas as pessoas, sem distinção de características.

O Judiciário tem amparado os casais homossexuais, já que eles buscam a tutela jurisprudencial necessária para poderem se casar e constituir uma família e, desta forma, vem tentando diminuir o efeito

negativo frente a falta de regulamentação do casamento homoafetivo, dando a devida proteção àqueles que vivem em união homoafetiva.

Ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, o STF garante o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana e, concomitantemente, assegura aos brasileiros os direitos positivados em nossa Constituição Federal.

Assim, é possível concluir que o povo brasileiro dá um amplo passo rumo à cidadania ao permitir com que todos tenham seus direitos constitucionais garantidos, na constante busca da dignidade da pessoa humana.

Imperioso destacar que, conforme todo exposto neste artigo, o casamento homoafetivo possui as mesmas características do casamento heterossexual como a publicidade, estabilidade, mútua assistência, pautada no afeto e na constituição familiar, portanto, cabe ao Poder Legislativo seguir o mesmo entendimento do Poder Judiciário, equiparando o casamento homoafetivo ao casamento entre homem e mulher, a fim de corrigir a omissão do legislador.

Não podemos olvidar, ainda, que em um país onde há elevados índices discriminatórios e cerceamento de direitos, preservar garantias fundamentadas em lei, é ainda mais importante para que o direito não se confunda como meros privilégios.

Somente assim, poderemos falar em eficácia das garantias constitucionais, da liberdade de escolha e igualdade, que de fato, são princípios basilares do estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, João Batista. Cartório cai na graça dos gays: 26º Tabelionato de Notas, na Praça João Mendes, vira referência para a turma do arco-íris, interessada na Escritura Pública de Convivência Afetiva. 2010. São Paulo: **Revista Veja**. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/casamento-gay-cartorio-escritura-sao-paulo/>. Acesso em: 28 de abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 11 de mar. 2021.

BRASIL, **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406 de 10 de Jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. > Acesso em 11 de mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 175/2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> . Acesso em: 11 de mar. 2021.

CUNHA, Graciela Leães Álvares da; MOREIRA, José Alberto Marques. **Os efeitos jurídicos da união homossexual**. Porto Alegre: Data Certa, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 1.d: São Paulo: Edições 70 Ltda., 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSAD, Anselmo. **Casal homoafetivo precisa apresentar apenas RG e CPF para registrar união estável**. Rede Brasil. 2011. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2011/05/casal-homoafetivo-precisa-apresentar-apenas-rg-e-cpf-para-registrar-uniao-estavel/>. Acesso em: 11 de mar. 2021.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. IV

SUPLICY, Marta. Aspectos jurídicos. **Revista Consulex**. Ano 2, nº 16, abril/1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 889852 RS 2006/0209137-4**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ: 27/04/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/voto-16839766>. Acesso em: 28 de jan. 2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: < >. Acesso em: 28 de jan. 2022

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito de Família. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC: 70076929900 RS**, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DJ: 30/05/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/586215288/apelacao-civel-ac-70076929900-rs> . Acesso em: 28 de jan. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC: 70038506176 RS**, Relator: André Luiz Planella Villarinho, DJ: 19/10/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20906806/apelacao-civel-ac-70038506176-rs-tjrs/inteiro-teor-20906807>. Acesso em: 28 de jan. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **EI: 70011120573 RS**, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, DJ: 10/06/2005. JusBrasil, 2005. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7885859/embargos-infringentes-ei-70011120573-rs>. Acesso em: 28 de jan. 2022.

**REGRAMENTO DA TEORIA
DAS INCAPACIDADES NO
BRASIL: UMA ANÁLISE
À LUZ DA EVOLUÇÃO
LEGISLATIVA E DOS
ATUAIS PARADIGMAS DO
DIREITO CIVIL**

*Jéssica Rodrigues Godinho
Lucas Scarpelli de Carvalho Alacoque*

REGRAMENTO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E DOS ATUAIS PARADIGMAS DO DIREITO CIVIL

*Jéssica Rodrigues Godinho*³³

*Lucas Scarpelli de Carvalho Alacoque*³⁴

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O SER HUMANO COMO PESSOA EM SENTIDO JURÍDICO E A PERSONALIDADE. 3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. 4. O CONCEITO JURÍDICO DE CAPACIDADE E DE INCAPACIDADE CIVIL. 5. A TEORIA DAS INCAPACIDADES E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Teoria das Incapacidades não é uma preocupação dos juristas circunscrita ao tempo presente, sofrendo críticas em razão de ter sido construída sob um paradigma patrimonialista e, com isso, ter solapado os direitos existenciais da pessoa humana, promovendo uma verdadeira morte civil daqueles que eram “loucos de todo gênero”, “doentes mentais graves” e outras nomenclaturas que categorizavam o “interditado”. Ainda, critica-se também a forma negligente como é aplicada, sem se considerar princípios básicos, como a autonomia privada.

Tal teoria foi criada para amenizar as discrepâncias havidas entre os que possuíam a aptidão para exercer pessoalmente seus direitos e os que dessa aptidão careciam.

33 Professora universitária. Advogada. Mestre em Direito Privado. Coordenadora do curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Unidades Barreiro e Contagem. E-mail: jessica.godinho@pitagoras.com.br.

34 Professor universitário. Mestre em Direito Privado. E-mail: lucas.alacoque@gmail.com.

Essa construção teórica, no Direito brasileiro, foi imaginada para que fosse conferida maior segurança jurídica aos contratos e para resguardar os considerados incapazes.

Assim, percebe-se o intuito evidentemente patrimonial, cujo objetivo era afastar do tráfego jurídico as pessoas que, no entendimento do legislador, não possuíam o discernimento necessário para nele atuarem. O patrimônio continuou sendo algo a ser cobijado por terceiros, a quem pudesse interessar a gerência dos bens da pessoa declarada incapaz, como seu curador, herdeiro, companheiro, entre outros. Dessa forma, a função do patrimônio de servir ao seu proprietário, como uma forma de expressão da sua autonomia e personalidade, continuou a ser desprezada.

Nesse diapasão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei n.º 13.146 de 6 de julho de 2015, tem como objetivo assegurar a igualdade das pessoas com deficiência, sua inclusão social e cidadania. Todavia, com as alterações promovidas, acabou por modificar substancialmente a Teoria das Incapacidades, sua aplicação e seus efeitos.

Observa-se que os paradigmas contemporâneos do Direito Privado tendem a valorizar o ser humano, as relações subjetivas e os direitos existenciais. Devem ser postos à disposição do sistema jurídico novos elementos para que se possa dar plena aplicabilidade à principiologia elencada na Constituição Federal (CF/88) como primordiais, essenciais e de primeira grandeza para a contextualização do Estado Democrático de Direito. Na Teoria das Incapacidades, vê-se que é necessária uma valorização da pessoa incapaz, fazendo-a participar ativamente do processo decisório sobre questões a ela concernentes, sem, contudo, abdicar da proteção que merece, sob pena de se infringir os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.

Sob o fundamento de incluir as pessoas com deficiência, o EPD modificou significativamente a Teoria das Incapacidades à medida que alterou o rol dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 (CC/02), os quais estabelecem o enquadramento daqueles considerados absoluta

e relativamente incapazes. Apesar dessa profunda alteração no elenco normativo, parece não ter havido, por parte do legislador, a percepção de que essa medida acabou também por retirar a proteção a que estavam submetidas tais pessoas, como, por exemplo, a prescrição que não corre contra os absolutamente incapazes.

Sabe-se que a sociedade não é um fenômeno estático. Ao contrário, constantemente sofre transformações e proporciona mutações de variadas ordens em seus valores. Não pode uma lei ter a pretensão de modificar a sociedade, até porque, sabe-se, que esse movimento deve ser inverso. A partir da mudança do contexto social é que as leis passam a ter interpretações diferentes, sendo que por diversas vezes é necessário que sejam reinterpretadas, reescritas ou revogadas.

Aduz-se como hipótese que a Teoria das Incapacidades, da forma como está atualmente instituída no CC/02, após a modificação pelo EPD, teve suas bases fundantes parcialmente relegadas, enveredando para maior distanciamento do que foi pensado por Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua. Acredita-se também que a Teoria, após a mudança realizada pelo EPD, ainda não prestigia em ampla escala o discernimento, o que acaba por preterir também o princípio da autonomia privada, um dos princípios de maior destaque na ordem jurídica privada atual, à medida que não importa em uma patente mudança social de tratamento e aceitação.

Acredita-se que as mudanças trazidas pelo EPD não foram totalmente benéficas à medida que o Estatuto legal propõe uma mudança legislativa sem previamente haver um aparato social e Estatal que suporte essa mudança, retirando, assim, dos incapazes, o sistema protetivo que os circundava.

Como objetivo geral, buscou-se estudar a Teoria das Incapacidades, considerando a base teórica sobre a qual foi formulada, e a forma como se apresenta hodiernamente.

Quanto aos objetivos específicos, pretendeu-se compreender o instituto da incapacidade, analisando sua origem na teoria brasileira; analisar os fundamentos da Teoria das Incapacidades à luz da

constitucionalização e personalização do Direito Civil; e analisar criticamente o EPD e sua influência na Teoria das Incapacidades.

Dividiu-se a pesquisa em quatro partes. Na primeira, iniciou-se com a definição dos conceitos concernentes à pessoa e personalidade. Na segunda, foi exposta a base teórica da constitucionalização e personalização do Direito Civil. O terceiro ponto trata dos conceitos de capacidade e incapacidade e o quarto mostra a evolução histórica da Teoria das Incapacidades no Brasil, desde o *Esboço* de Teixeira de Freitas até as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, apresentando uma análise do panorama atual da regulamentação desse instituto.

2. O SER HUMANO COMO PESSOA EM SENTIDO JURÍDICO E A PERSONALIDADE

O conceito de pessoa é polissêmico, podendo ser distinto dependendo da área de conhecimento em que se procure seu significado. Pode-se pensar em pessoa na seara da Filosofia e da Psicologia, por exemplo, cada campo guardando suas particularidades.

Juridicamente, pessoa é sujeito que possui direitos e obrigações. É a quem a norma jurídica é designada, conforme propõem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

É certo afirmar que *pessoa* é todo aquele sujeito de direitos. É, enfim, aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do Direito, podendo se apresentar como sujeito ativo ou como sujeito passivo, além de reclamar um mínimo de proteção necessária ao desempenho de suas atividades. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 176, grifo dos autores).

Não há sinonímia entre o conceito jurídico de pessoa e o de ser humano, uma vez que a pessoa pode ser natural (também conhecida como física – o ser humano) ou jurídica, e há tratamentos distintos

para cada uma delas. Logo, o ser humano é pessoa, mas o contrário não pode ser afirmado sem ressalvas. Neste trabalho, tratar-se-á apenas da pessoa natural.

Para Pontes de Miranda, os sujeitos de direito devem ser estudados antes das pessoas porque “[...] ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. [...] Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa;” (MIRANDA, 2000, p. 207).

Por meio de modificações sociais, o ser pessoa tornou-se um fato jurídico³⁵, um acontecimento que gera efeitos jurídicos. Nesse sentido, “[...] com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia.” (MIRANDA, 2000, p. 207).

Conectado ao conceito de pessoa está o de personalidade jurídica, que é uma habilidade que a pessoa (detentora de direitos e deveres) possui de ser titular, possuidora, de direitos e deveres.

Assim, personalidade jurídica é comumente definida como a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres.” (PEREIRA, 2017, p. 182). Diz-se que a personalidade está atrelada ao conceito de pessoa pois, em virtude da evolução da civilização, todos os seres humanos têm, hoje, o reconhecimento de sua personalidade jurídica, diferente do que ocorria outrora, como na época da escravatura. (PEREIRA, 2017, p. 182).

Portanto, há um ganho civil de proporções imensuráveis, dispondo o legislador no Código Civil, no artigo primeiro, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, 2002).

35 Afirma-se isso com base nas informações históricas de que em outros tempos, como em épocas romanas ou de escravidão, o fato *nascimento*, por si só, não concedia ao ser humano a condição de pessoa. Nesse sentido, “houve uma cisão entre os conceitos de ser humano e pessoa, este último não designava mais a generalidade dos seres humanos, mas apenas a parcela desses seres que fosse livre (*status libertatis*) e ser cidadão romano (*status civilitatis*). Apenas a estes privilegiados era outorgada a personalidade.” (COSTA, 2013, p. 79).

O termo usado pelo legislador foi “toda pessoa”, não fazendo ele distinção de qualquer natureza. Assim, conforme Caio Mário Pereira (2017, p. 183), a consciência ou a vontade não são requisitos para que seja atribuída personalidade a um indivíduo. Assim:

A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotada de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável. (PEREIRA, 2017, p. 183).

De acordo com Heinrich Ewald Hörster, todos os sujeitos podem ser titulares de todos os direitos existentes na ordem jurídica, afirmação que se funda no princípio da igualdade. Hörster salienta ainda que a personalidade não é algo natural do ser humano e, sim, algo posto, enfatizando que “o facto de as pessoas (ou os cidadãos) possuírem personalidade explica-se unicamente pela necessidade de sua participação e inserção no tráfico jurídico” (HÖSTER, 2012, p. 294).

Por sua vez, Ana Carolina Brochado Teixeira diferencia a personalidade em dois vértices, um subjetivo e outro objetivo. O primeiro funda-se na explicação de Pereira (2017) exposta anteriormente. Já sob o vértice objetivo, personalidade é um “conjunto de atributos inerentes ao ser humano, que garantem a sua integridade e a sua dignidade” (TEIXEIRA, 2008, p. 4), sendo este vértice objetivo característico apenas à pessoa natural, objeto de interesse desta pesquisa.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O paradigma neoconstitucionalista, cujo advento se deu no período pós-guerra, resultou na irradiação, em todos os ramos jurídicos, dos princípios constitucionais, incluindo-se, evidentemente, o direito privado. Tudo isso em razão de uma nova mentalidade jurídica que atribui, ao texto constitucional, força normativa e máxima eficácia.

Anderson Schreiber afirma, sobre o fenômeno da constitucionalização do direito privado – que tem no Direito Civil seu principal expoente –, que se verifica uma

(...) necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de se reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares (...). Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico. (SCHREIBER, 2013, p. 06)

Um dos principais reflexos dessa moderna concepção, pela qual o Direito Civil também orbita o bloco de constitucionalidade pátrio, é sua tendência de despatrimonialização, ou personalização.

Isso porque, partindo-se do pressuposto de ser o supraprincípio da dignidade humana pilar principal de nosso ordenamento jurídico, constituindo verdadeiro fundamento republicano, nos termos do art. 1º, III, da Constituição de 1988, não poderia a norma cível priorizar bem jurídico diverso que não a pessoa em vez das relações patrimoniais.

Sobre o tema, lecionam Valéria Cardin e Mariana Cruz:

Dessa forma, o alicerce do Direito Civil, focado essencialmente no patrimônio, transmuda-se e passa a ter como enfoque a pessoa humana, passando então, da patrimonialização à personalização. Com a despatrimonialização, aduz Perlingieri (2002, p. 33), ocorre uma tendência normativo-cultural em que o ordenamento opta entre o personalismo (a superação do indivíduo) em detrimento do patrimonialismo (a superação da patrimonialidade como fim em si mesma, do positivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). O Direito Civil, então, abandona o seu caráter patrimonialista e firma-se como um “direito personalista, na medida em que tem por objetivo a proteção da pessoa e dos seus interesses de ordem familiar e patrimonial”. (AMARAL, 2003, p. 110). Assim, é de se perceber que esta mudança tão significativa em um dos pilares fundamentais do Direito Civil não se deu de forma repentina, mas resultou de um longo processo em que o mundo passou por intensas modificações sociais e morais, tais como as advindas da Segunda Guerra Mundial e do surgimento do Estado Social de Direito. (CARDIN; CRUZ, 2020, p. 14-15).

Tal fenômeno, por fim, é visto como influenciador dos atuais conceitos de capacidade e incapacidade civil, bem como de suas consequências, que serão vistas a seguir, acompanhados de um esboço histórico de sua evolução.

4. O CONCEITO JURÍDICO DE CAPACIDADE E DE INCAPACIDADE CIVIL

A capacidade, instituto jurídico importante também para esta pesquisa, está presente em ambos os Códigos Civis vigentes no Brasil e desde os primórdios das legislações no mundo, sendo que o Direito Romano já dispunha sobre esse assunto (LARA; QUEIROZ, 2018, p. 96).

Trata-se de outro conceito clássico do Direito Civil ligado ao conceito de personalidade jurídica, uma vez que a capacidade é uma forma de exercer a personalidade conforme se pode averiguar na perspectiva de Heinrich Ewald Hörster:

A personalidade é insusceptível de quaisquer limitações ou ressalvas, bem diferente da capacidade jurídica, que pode ser mais ou menos circunscrita (Manuel de Andrade) ou cuja medida exacta (sic) pode variar segundo as circunstâncias da vida do indivíduo (L. Cabral de Moncada), assumindo assim uma dimensão quantitativa (Castro Mendes). Por meio do expediente técnico-jurídico de diferenciar entre personalidade de capacidade jurídica evita-se que eventuais ressalvas à capacidade possam afectar (sic) a personalidade. (HÖRSTER, 2012, p. 308-309).

Apesar de os conceitos de personalidade e capacidade estarem interligados, eles são distintos. Enquanto a personalidade não pode ser limitada a nenhuma pessoa, a capacidade, ao contrário, pode sofrer limitações de acordo com as escolhas legislativas.

Nesse sentido, a capacidade “[...] é a projeção do valor personalidade no mundo jurídico, bem como um atributo da personalidade, que é reconhecida pelo ordenamento; já aquela é concedida por ele.” (TEIXEIRA, 2008, p. 5). Esse entendimento se contrapõe ao de Hörster. Enquanto Hörster entende que a personalidade é atribuída pelo sistema jurídico, Teixeira a compreende como um

atributo do ser humano que tem no Direito seu reconhecimento, sendo a capacidade atribuída pelo ordenamento.

A capacidade é uma aptidão concedida ao ser humano pela ordem jurídica para “[...] a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio (pela representação), ou com a assistência de outrem.” (PEREIRA, 2017, p. 222). No artigo 1º do Código Civil, o legislador atribui capacidade a todas as pessoas conforme pode ser averiguado.

Quanto a esse aspecto, Orlando Gomes salienta que:

O princípio de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil sofre, em relação a cada qual, limitações impostas pela própria ordem jurídica, em atenção a interesses (sic) que resguarda. O exercício dos direitos não é permitido senão aos que preenchem certas condições: as pessoas capazes. (GOMES, 1971, p. 149).

Portanto, tem-se que a capacidade é a regra e sua limitação é a exceção. Contudo, como a capacidade é tratada de duas formas distintas, apenas uma poderá sofrer limitação, que é a capacidade de fato, uma vez que a restrição será quanto à forma de exercício do direito, conforme se verá a seguir.

A capacidade divide-se em capacidade de direito e de fato. A capacidade de direito, também chamada de capacidade de gozo, é a “susceptibilidade de *ser* sujeito de relações jurídicas ou de *ter* direitos subjectivos” (HÖRSTER, 2012, p. 310, grifos do autor), é uma forma de dar operabilidade à personalidade.

Por outro lado, a capacidade de fato, ou de exercício, como já bem diz o nome, é a faculdade de exercer os direitos em nome próprio, sem necessidade da intervenção de terceiros. Nessa perspectiva, deve-se mencionar a capacidade plena, que é aquela que se adquire, a princípio, com a maioridade, quando se conjuga a capacidade de direito com a de fato. O sujeito pode não ser plenamente capaz caso

sofra de alguma das causas da incapacidade, assunto a ser tratado nas próximas seções.

Portanto, a capacidade de direito é atribuída a todas as pessoas; já a capacidade de fato poderá sofrer limitações provenientes de critérios etário ou de saúde.

É importante salientar que, na ordem jurídica, a regra é a capacidade. Em contraposição, com hipóteses de exceção, há a incapacidade.

Quanto ao conceito de incapacidade civil, pode-se obter esse conceito por meio da interpretação a *contrario sensu* do conceito de capacidade. Assim, incapacidade é a impossibilidade de exercer seus direitos por si só, sendo necessário o intermédio de outrem. É importante salientar que a incapacidade age apenas sobre o exercício dos direitos (capacidade de fato), não em sua aquisição (capacidade de direito).

Além disso, a incapacidade divide-se em absoluta e relativa. Ana Carolina Brochado Teixeira comenta:

Em razão de a capacidade de fato atribuir aptidão a alguém para a produção de efeitos jurídicos a partir de sua atuação, é sabido que não são todos os sujeitos que têm essa possibilidade, o que nos leva a estudar as hipóteses de restrição da capacidade de fato, ou o regime das incapacidades. Este se refere àquelas pessoas que, em virtude de sua falta de discernimento, não podem agir isoladamente no mundo jurídico, pois não têm condições intelectuais de transitarem no mundo jurídico de forma consciente e responsável. (TEIXEIRA, 2008, p.7).

Assim, tem-se o fundamento da possibilidade de restrição da capacidade de fato.

A incapacidade absoluta é atribuída à pessoa que não pode exercer os atos da vida civil por si mesma, necessitando, portanto, de um representante para participar do tráfego jurídico. Por sua vez, a

incapacidade relativa diz respeito apenas a certos atos ou à forma de exercê-los.

5. A TEORIA DAS INCAPACIDADES E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A atribuição de diferentes graus de capacidade a diferentes pessoas não é algo atual, uma vez que o Direito Romano já dispunha sobre esse assunto (LARA; QUEIROZ, 2018, p. 96).

No Brasil, colônia de Portugal até 1822, por muitos anos aplicaram-se as Ordenações do Reino, dentre elas, as Ordenações Filipinas³⁶. Logo após a Independência, em 1823, foi promulgada³⁷ pelo governo imperial “[...] uma lei que mantinha em vigor no território brasileiro as Ordenações Filipinas e toda a legislação Portuguesa anterior a 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo código civil e desde que não fossem especialmente alteradas por outra lei.” (ROBERTO, 2011, p. 54).

A organização de uma legislação cível própria que coadunasse com a situação brasileira era tão necessária que a Constituição de 1824 (Constituição do Império) determinou no art. 179, XVIII, que “organizar-se-há (sic) quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade.” (BRASIL, 1824).

Os trabalhos para a codificação civil datam do século XIX. Em 1845, algumas propostas foram apresentadas, mas prevaleceu a opinião de, primeiramente, consolidarem-se as leis que já existiam para, após, iniciar-se a codificação (ROBERTO, 2011).

³⁶ Curioso é que as Ordenações Filipinas foram aplicadas por mais tempo no Brasil que em Portugal, eis que este país não mais aplicou as Ordenações quando da promulgação de seu Código Civil, em 1867 (ROBERTO, 2011, p. 60).

³⁷ Lei de 20 de outubro de 1823. Para acesso ao conteúdo integral da lei, vide: BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Rio de Janeiro, 20 out. 1823. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Assim, com Teixeira de Freitas, iniciou-se o processo de codificação, que contou com grandes nomes da época, até que a tarefa foi delegada a Clóvis Beviláqua, em 1899, que no mesmo ano terminou o trabalho.

Após anos de tramitação, em 1916 foi promulgado o primeiro Código Civil brasileiro.

Em 2002, surgiu um novo Código Civil, nascido a partir dos estudos feitos pela comissão formada por Miguel Reale, que, partindo do *códex* anterior, ficou incumbido da missão da nova codificação. Reale e sua comissão apresentaram a proposta em 1975 e, após diversas revisões e procedimentos de tramitação, a Lei n.º 10.406 foi aprovada em 10 de janeiro de 2002 e continua em vigor até os dias atuais.

Nessas legislações, o instituto da capacidade esteve presente, em cada uma delas com suas peculiaridades, mas sem grandes rupturas.

Contudo, em 06 de julho de 2015, foi aprovado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) – baseado na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em 2007 – que, adentrando nosso ordenamento jurídico nos termos do art. 5º, §3º da Constituição, equiparou-se a Emenda Constitucional – que alterou substancialmente o esquema da Teoria das Incapacidades, promovendo alterações no Código Civil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência teve profundo impacto no regime das incapacidades, uma vez que alterou o rol elencado nos artigos 3º e 4º do Código Civil, modificando as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa em virtude do novo entendimento consolidado pelo próprio Estatuto.

São louváveis os ideários de igualdade e não discriminação, promovidos pelo EPD, contudo se deve questionar se a alteração legislativa foi realizada de forma coerente e se continua protegendo os interesses das pessoas incapazes.

O art. 4º do EPD38 trata da igualdade e não discriminação das pessoas com deficiência. Entende-se que a forma de não se discriminar

38 “Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

foi conceder uma capacidade geral a todas as pessoas, independente de suas características e necessidades específicas.

Assim, o art. 6º do EPD determina que “**A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...].**” (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Com essa plena capacidade civil atribuída às pessoas com deficiência, o esquema estabelecido pelo Código Civil foi alterado, passando a ser da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).

Analisando as alterações, vê-se que as hipóteses de incapacidade absoluta foram esvaziadas, permanecendo apenas a em virtude do critério etário. Disso decorre o entendimento de que pessoas com deficiência não podem mais ser declaradas absolutamente incapazes.

No que tange às hipóteses de incapacidade relativa, foram excluídos do rol aqueles que tenham o discernimento reduzido em virtude de deficiência mental e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Os que por causa transitória ou permanente não

§1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.” (BRASIL, 2015b).

puderem exprimir sua vontade, antes no rol do art. 3º, agora foram realocados para o art. 4º.

Outra questão que se apresenta é a alteração promovida na curatela. De acordo com o art. 84 do EPD:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano. (BRASIL, 2015b).

Esse artigo ressalta a ideia de capacidade plena estabelecida pelo art. 6º do mesmo diploma legal, mas não elimina a curatela, quando necessária.

Em comentário ao artigo, Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto aduzem que:

Inexistência de incapacidade por conta de deficiência física, mental ou intelectual, por si só – e isso não se põe em dúvida – que a *capacidade jurídica é a regra*, sendo a incapacidade, conseqüentemente, excepcional. O simples fato de uma pessoa humana ter algum tipo de deficiência (física, mental ou intelectual), por si só, não é bastante para caracterizar uma incapacidade jurídica. Um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o absoluto desatrelamento entre os conceitos de *incapacidade civil* e de *deficiência*.

São ideias autônomas e independentes. Uma pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz e, por outro lado, um ser humano [sic] pode ser reputado incapaz independentemente de qualquer deficiência. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 239-240).

Não se discute o mérito do EPD ter incluído na pauta de discussão o direito das pessoas com deficiência. Realmente é louvável essa ação.

Conforme exposto no excerto acima, a capacidade é a regra, e a incapacidade é a exceção. Contudo, não se pode atribuir o crédito dessa máxima ao EPD, sendo ser essa uma das bases em que se sustenta a Teoria das Incapacidades desde sua concepção por Teixeira de Freitas.

O rol que constava nos arts. 3º e 4º do Código Civil era taxativo, não podendo ser ampliado ao bel prazer dos indivíduos. Entretanto, não se subscrevia a incapacidade direta, sem a consideração do caso concreto, de toda e qualquer pessoa que se enquadrava nas hipóteses do artigo.

É, sim, um ganho a tentativa de se retirar o estigma da pessoa com deficiência, como se ela fosse incapaz apenas por ser deficiente, mas não se acredita que, com uma mudança legislativa, essas associações pararão de pleno de ocorrer. Acredita-se que seria necessária uma política social, para que a mudança efetivamente ocorra.

A curatela continua sendo medida protetiva extraordinária, proporcional, de menor duração possível. Ela é medida para proteger a pessoa incapaz, então, sempre que for possível e não sendo mais necessária, deverá ser levantada, para que o indivíduo atue de forma autônoma.

Portanto, poder-se-ia discutir qual a natureza desse auxílio, se seria uma forma de assistência ou de representação.

Coaduna-se, nesta pesquisa, com o posicionamento de Iara Antunes de Souza (2016), para quem a representação ou a assistência deve ser apurada de acordo com o grau de discernimento apresentado pela pessoa submetida ao processo de curatela.

A forma como a curatela será operada deverá ser apurada no caso concreto, considerando-se as especificidades da pessoa com deficiência a ser auxiliada nas questões patrimoniais e seu nível de discernimento. Caso a pessoa consiga emitir uma vontade livre e esclarecida sobre a questão que lhe for apresentada, o curador deverá agir como seu assistente; caso contrário, não tendo a pessoa com deficiência discernimento suficiente para poder entender os impactos de sua decisão, deverá o curador agir como seu representante.

Outra alteração substancial diz respeito à extensão da curatela. O artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência é taxativo ao mencionar que:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a (sic) pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Esse artigo pode ser conjugado com os incisos do art. 6º, os quais salientam que a deficiência não afeta a capacidade plena, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015b).

O rol desse artigo é exemplificativo, podendo outros atos relativos a direitos existenciais serem exercidos pessoalmente pela pessoa com deficiência.

Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não era amplamente questionada a atuação do curador para questões existenciais, sendo consenso entre a maioria a possibilidade de seu auxílio. Como a função, ou *múnus*, da curatela é decidir em prol do curatelado, sempre tendo seu melhor interesse em vista, entendia-se que poderiam ser decididas questões existenciais, sempre dentro dos parâmetros em que a curatela havia sido determinada, na medida em que isso pudesse beneficiar o curatelado.

Dessa forma, interpretando-se a Lei conforme a literalidade do artigo 85, a curatela deve ficar restrita aos atos de natureza patrimonial. Entretanto, já existem decisões que, considerando o melhor interesse do incapaz, acabam por estender a curatela a questões existenciais.

Toma-se como exemplo a decisão proferida no processo 0114946-38.2013.8.13.0245, que tramitou no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível. No caso julgado, a pessoa era portadora de esquizofrenia indiferenciada (CID F20.3). Em primeiro grau, o juízo concedeu a curatela, restringindo-a para assuntos de natureza negocial. Por essa razão, a autora, pretensa curadora, apelou, pedindo a ampliação da curatela. A Desembargadora Alice Birchal, relatora do caso, entendeu que:

[...] diante do conjunto probatório, constato que, em razão da doença psiquiátrica que atinge o Interditado, esse necessita de cuidados de terceiros de maneira ampla, o que implica em (sic) necessidade de ampliação dos limites da interdição, haja vista que foi identificado pelo médico responsável que o Interditado não apresentando condições de autogestão, ou seja, de gerir a sua pessoa, seus bens e os atos da vida civil. (MINAS GERAIS, 2017).

A Desembargadora constou no acórdão que, após o EPD, não há mais a incapacidade absoluta por critério de saúde, entendendo ser a pessoa relativamente incapaz conforme texto do art. 4º, III, e art. 1.767, I, ambos do Código Civil. Todavia, reconhece a necessidade da extensão dos efeitos da curatela. Veja:

Ocorre que, diante do relatório médico e do laudo psiquiátrico, juntados aos autos, verifico que, apesar de não haver como impor o caráter absoluto da interdição, não configura nenhuma medida extraordinária, mas sim real,(sic) a ampliação dos limites da curatela para além dos atos patrimoniais e negociais, razão pela qual a curatela deverá alcançar os direitos relacionados ao matrimônio e à saúde. (MINAS GERAIS, 2017).

Dando continuidade ao texto, a Relatora conclui da seguinte forma:

Assim, reconhecida a incapacidade relativa do Apelado e mantida como curadora a sua companheira, [...], fixo a extensão da curatela, nos termos do art. 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde e à possibilidade de contrair matrimônio. (MINAS GERAIS, 2017).

O artigo do Código de Processo Civil mencionado acima (art. 755, I) trata da sentença que declara a interdição, que: “[...] nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;” (BRASIL, 2015a).

Os Desembargadores Belizário de Lacerda e Peixoto Henriques concordaram com o voto da relatora, não havendo voto divergente.

Assim, percebe-se que, ainda que a Lei tenha introduzido uma proibição de a curatela alcançar questões existenciais, no caso concreto, por vezes, talvez seja essa a opção mais viável para que a pessoa declarada incapaz tenha seus direitos protegidos em sua integridade.

Para as decisões que não acompanham o entendimento apresentado acima, pode-se questionar:

Assim, pergunta-se: como se dará o exercício dos direitos da personalidade, como os citados no art. 6º [do EPD], por aqueles com total ausência de discernimento? Acredita-se que a Lei n.º 13.146 de 2015 criou uma esfera de não liberdade para os demais em relação ao exercício representado ou assistido dos direitos de personalidade do incapaz. Entende-se que haverá uma maior atuação deste para o exercício de seus direitos da personalidade, contudo tal participação será aliada com o suprimento judicial de consentimento para os casos específicos de ausência de discernimento, e não mais pela decisão do curador. (SILLMANN, 2015, p. 137).

Àqueles que possuem discernimento para tanto, a sentença deverá ser modulada para que seu melhor interesse seja atingido, não excluindo a pessoa com deficiência das decisões relativas à sua própria vida. Mas, se a pessoa não possuir discernimento para tanto, ficará desprotegida? Por essa razão, entende-se e apoia-se a decisão da Desembargadora Alice Birchal, acima citada. A modulação da

sentença deverá ser feita ao se analisar o caso concreto, para que, visando à inclusão, não se gere desproteção.

Sobre os parâmetros da curatela pela sentença que a determina, deve-se fazer a descrição dos atos que podem ou não ser realizados pelo curador e com a determinação de tempo da sua duração, para que se evite que abusos sejam cometidos.

A antiga redação do art. 1.772, do Código Civil, que foi reformulada pelo EPD, já ditava: “Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767³⁹, o juiz assinará, **segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela**, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Esse mesmo artigo, após o Estatuto, passou a ter a seguinte redação: “O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.” (BRASIL, 2002). Vê-se que o mesmo espírito protetivo vigia em ambas as redações. Contudo, esse artigo foi revogado pelo Código de Processo Civil promulgado também em 2015.

Nota-se, porém, que a pessoa com deficiência não ficou desprotegida. O art. 755 do Código de Processo Civil, citado alhures, determina que:

Na sentença que decretar a interdição, o juiz:
I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;
II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. (BRASIL, 2015a).

Ainda, há o artigo 85 do Estatuto, também já mencionado acima, que, no parágrafo 2º, determina que “a curatela constitui medida

39 Os incisos III e IV do art. 1.767 se referiam aos deficientes mentais, ébrios habituais, viciados em tóxico e os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo.

extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.” (BRASIL, 2015b).

Os interesses do curatelado são o foco primordial de proteção. Assim, vê-se que a curatela precisa de limites para ser estipulada, por determinação legal, e para a proteção do curatelado, que deverá, na maior medida possível, participar das decisões que dizem respeito à sua vida, considerando o discernimento que possui para tanto.

Outro ponto discutido com a entrada em vigor do EPD foi o instituto da interdição, tendo a legislação em comento não contemplado o termo e retirado do Código Civil alguns dispositivos que faziam menção a ele⁴⁰.

Assim, conforme leciona Iara Antunes de Souza, duas correntes surgem: “a) daqueles que entendem que, em razão da inexistência da incapacidade das pessoas com deficiência, não se podem (sic) falar em interdição; b) daqueles que entendem que a incapacidade das pessoas com deficiência existe, mas o instituto protetivo aplicável é apenas a curatela.” (SOUZA, 2016, p. 293).

Para a primeira corrente, utiliza-se o critério de não adotar o termo “interdição” por esse se referir a pessoas incapazes, o que não coadunaria com o ideário trazido pelo Estatuto de que todas as pessoas com deficiência são capazes (RIBEIRO, 2015, p. 65). Nesse sentido, a redação do art. 1.768 foi modificada, sendo que a expressão “A interdição deve ser promovida” foi substituída por “O processo que define os termos da curatela deve ser promovido” (BRASIL, 2002). Ressalte-se que o Código de Processo Civil, que teve sua vigência iniciada após a vigência do EPD, revogou esse artigo.

A segunda corrente não retira a possibilidade de declaração da incapacidade, mas entende que o termo “interdição” foi retirado do ordenamento jurídico e substituído pela curatela:

40 Como, por exemplo, os arts. 1.768 e 1.773, cujos textos eram: “A interdição deve ser promovida: [...]” e “A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.”

Assim, não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos. (LÔBO, 2015, s.p.).

No mesmo sentido, Rosenvald salienta que:

A partir da vigência da Lei 13.146/2015, será abolido o vocábulo “interdição”. Ele remete a uma noção de curatela como medida restritiva de direitos e substitutiva da atuação da pessoa que não se concilia com a vocação promocional da curatela especial concebida pelo estatuto. A impossibilidade de autogoverno conduzirá à incapacidade relativa ao fim de um processo no qual será designado um curador para assistir a pessoa com deficiência de forma a preservar os seus interesses econômicos. (ROSENVALD, 2015, s.p.).

Tendo em vista esses dois posicionamentos, entende-se que *interdição* é o nome do procedimento a ser adotado para que se possa instituir a curatela. Acompanha-se o entendimento de Iara Antunes de Souza de que:

Não obstante respeitadas opiniões jurídicas, *data máxima vênia*, entende-se que a interdição é a medida jurídica e judicial cabível para que se comprove em juízo a falta de discernimento para os atos da vida civil que culminará no reconhecimento da incapacidade absoluta (se for o caso [...]) ou relativa. Logo, não obstante as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, continua vigente no sistema jurídico brasileiro [a interdição]. (SOUZA, 2016, p. 294).

Dando continuidade ao assunto, a autora pondera que:

Entretanto, sua aplicação prática de outrora, [...] deve ser alterada e não pode ser usada mais como meio de segregação e afastamento indiscriminado da capacidade da pessoa, chegando a provocar sua morte civil. O instituto agora é promocional. A interdição serve como meio processual de comprovação da situação excepcional de ausência de discernimento, total ou parcial. (SOUZA, 2016, p. 294).

Compreende-se, neste trabalho, ser esse o posicionamento mais acertado. O instituto da interdição permanece no ordenamento, por ser norma processual. O que se deve fiscalizar é a forma como ele é aplicado. Não se pode mais preterir os interesses da pessoa a ser curatelada. Conforme mencionado, o instituto é promocional, portanto deve promover a proteção da pessoa e assegurar que sua individualidade não seja apagada em função de uma segurança jurídica patrimonial.

As mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência mostram-se substanciais e são objeto de elogios e críticas pela doutrina.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressaltam que:

Com efeito, o conceito de deficiência (relembre-se: centrado na existência de uma menos valia de longo prazo, física, psíquica ou sensorial, independente de sua gradação) não tangencia, sequer longinquamente, uma incapacidade para a vida civil. A pessoa com deficiência desfruta, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Já o incapaz, por seu turno, é um sujeito cuja característica elementar é a impossibilidade de autogoverno. Assim, a proteção dedicada pelo sistema jurídico à (sic) um incapaz há de ser mais densa, vertical, do que aquela deferida a uma pessoa com deficiência, que pode exprimir a

sua vontade. A premissa metodológica estabelecida pelo Estatuto, portanto, é irretocável. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 338).

Em parte, concorda-se com os autores. A premissa metodológica do Estatuto, de proteção integral da pessoa com deficiência, é louvável. Contudo, apenas excluir a pessoa com deficiência da possibilidade de ser declarada como incapaz não a protege, uma vez que há todo um sistema pensado para essa proteção, com outras normas no Código Civil, que visam que não sejam feridos direitos básicos em virtude da situação de disparidade cognitiva entre as partes.

A gradação é necessária para que a proteção seja modulada a cada pessoa e para que não haja excessos e acabe se tornando uma forma de anular a autonomia do indivíduo.

Nesse sentido:

Por mais louvável que se apresente a iniciativa de promover a inclusão e a participação das pessoas com deficiências nas diversas interações jurídicas do dia-a-dia (sic), não se pode desconsiderar a realidade biológica imposta por algumas situações e enfermidades. Pense-se, por exemplo, na pessoa em estado comatoso, na pessoa em estágio avançado de demência ou na pessoa acometida por esquizofrenia severa. Como considerá-las juridicamente capazes de agir? As alterações poderiam, na verdade, ocasionar o desemprego de pessoas vulneráveis. (RIBEIRO, 2015, p. 68).

Portanto, ainda que a intenção de inclusão seja elogiável, não se coaduna com a forma com que a inclusão foi realizada, pois, ao mesmo tempo em que visa a dar mais direitos à pessoa com deficiência, dela e de tantas outras, retirou uma proteção sistematicamente pensada. Em alguns casos, pode-se dizer que até mesmo inutilizou a Teoria das Incapacidades (como assistir uma pessoa em estado comatoso? Como

tornar anuláveis os atos por ela praticados por meio de outrem, uma vez que não há a menor vontade da própria pessoa ali expressa?). Pelo exposto, acredita-se que as críticas devem ser apreciadas e outras levantadas, visando a um estatuto protetivo que possa adequar a realidade social à almejada igualdade.

6. CONCLUSÃO

A Teoria das Incapacidades, instituto antigo na ordem legal mundial, é o sistema configurado para proteger o sujeito, ao atuar no tráfico jurídico, que não possui discernimento em situação equiparada à da parte adversa.

Desde a formatação da Teoria, por Teixeira de Freitas, passando pelo Código Civil de 1916, até o de 2002, pouco foi alterado nela, apenas as hipóteses de incidência.

Em 1988, com a mudança de paradigma instituída pela Constituição Cidadã, o instituto sua interpretação renovada, valorizando mais o *ser* do que o *ter*, sendo o ser humano o foco central de proteção e não seu patrimônio ou a estabilização das relações jurídicas.

Ainda assim, o instituto continuava sendo alvo de diversas críticas, pois, na prática, situações que feriam os direitos de personalidade dos interditos eram patentes e continuavam a ser perpetradas.

Nesse sentido, surgiu o EPD, Lei n.º 13.146 de 2015, que, sob o fundamento de inclusão e igualdade das pessoas com deficiência, alterou significativamente o esquema das (in)capacidades no Direito pátrio.

O Estatuto, sob um pretexto moralmente elevado, esvaziou as causas de incapacidade absoluta, permanecendo apenas o critério etário. As hipóteses que geravam essa forma de incapacidade foram excluídas da legislação ou readequadas no art. 4º, CC/02, que trata da incapacidade relativa. Esse artigo também sofreu mudanças substanciais.

Atualmente, em razão da saúde mental, existem apenas duas possibilidades: ou se é plenamente capaz, ou se é relativamente incapaz.

Quanto ao discernimento, esse foi desconsiderado pelo Estatuto que, pretendendo atribuir igualdade, esqueceu-se de que a igualdade não pode ser apenas formal. Ela deve, primordialmente, ser material. Deve-se tratar de forma igual os iguais; e desigual, os desiguais, na medida de sua desigualdade. Colocar todas as pessoas no mesmo patamar, sem diferenciá-las, é biológico e socialmente impossível.

Todas as pessoas são portadoras de vulnerabilidades, em maior ou menor medida, que devem ser reconhecidas e protegidas para que as relações sociais possam ser realizadas de forma equitativa, sem vantagens para uma ou outra parte.

Seria impensável considerar que todas as pessoas são capazes, que todas as pessoas são essencialmente iguais, que todas as pessoas possuem o mesmo grau cognitivo. Devem-se reconhecer as realidades sociais, pois elas são o espelho da lei, e a lei serve exatamente para regular as relações sociais nos moldes em que ela, de fato, se dá.

Dessa forma, ainda que pretendendo a inclusão, fazer uma política legislativa com esse propósito não parece a forma mais adequada e eficaz. A inclusão deve vir em formato de políticas sociais.

Entende-se que esse é o panorama que se estabeleceu após a publicação do EPD. Substituiu-se o sistema antigo por um inadequado. Perdeu-se a chance de se repensar a Teoria das Incapacidades e adequá-la ao momento atual e aos novéis princípios que direcionam as posturas e condutas sociais e jurídicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil (sic) até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela (sic) data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas (sic) que são especificados. Rio de Janeiro, 20 out. 1823. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015** - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CRUZ, Mariana Franco Cruz. Os Direitos da Personalidade no Direito Brasileiro: Do Fenômeno de Personalização à Cláusula Geral de Direito da Personalidade. **Revista Do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 10-26, mai/ago. 2020.

COSTA, Lorena Xavier da. Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade? **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 75-87, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/534>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. v. 1. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil**. 6^a reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. Cap. 5, p. 95- 124.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 04 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo 0114946-38.2013.8.13.0245**. Relator: Alice Birchall. Belo Horizonte, 21 fev., 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=5&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=CURATELA&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=0-89920&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20>>

refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 05 nov. 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 1. Camponas: Bookseller, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1: introdução ao Direito Civil: teoria geral do Direito Civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [e-book].

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. Cap. 3, p. 65-100.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**: uma análise do novo Código. 3. ed. rev. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **GenJurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 06 set. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILMANN, Marina Carneiro Matos. Curatela e a capacidade dos incapazes: uma leitura para além do patrimonialismo. In: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direitos das Famílias**: Novas tendências. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. Cap. 7, p. 131-146.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental** – Conforme a Lei: 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/ 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 3-36, jan. 2008.

A BLOCKCHAIN E SUA INEVITABILIDADE(?) NAS ATIVIDADES DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL

Luis Guilherme Alborgueti Martins

A BLOCKCHAIN E SUA INEVITABILIDADE(?) NAS ATIVIDADES DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL

Luis Guilherme Alborgueti Martins⁴¹

SUMÁRIO: .1 INTRODUÇÃO; 2. OS DESAFIOS DOS CARTÓRIOS DE IMÓVEIS; 3. CARACTERÍSTICAS DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN; 4. BENEFÍCIOS DA BLOCKCHAIN PARA O REGISTRO DE IMÓVEIS; 4.1 Eficiência; 4.2 Confiança; 4.3 Transparência; 5. LIMITAÇÕES/OBSTÁCULOS DO BLOCKCHAIN NO BRASIL; 6. PROJETOS PELO BRASIL; 6.1 Pelotas/RS; 6.2 João Pessoa/PB; 7. O PROJETO DE LEI N° 2876, DE 2020; 8. COMO UTILIZAR O BLOCKCHAIN?; 9. ISSO SERIA O FIM DO CARTÓRIO?; 10. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Todos sabemos a importância do desenvolvimento tecnológico e sua imprescindibilidade nas relações humanas. Um dos exemplos mais recentes e impactantes a nível mundial é a *blockchain*.

O uso da referida tecnologia vem ganhando popularidade em todo o mundo, possuindo utilidades para o mercado, inclusive relacionando as áreas financeiras e governamentais.

O presente artigo visa, ainda que de forma superficial, mostrar como o uso da tecnologia *blockchain* é, de certa maneira, inevitável nos cartórios de registro de imóveis brasileiros.

Afinal de contas, como um país que apura milhões de votos em poucas horas, demora semanas para proceder com um registro na matrícula de determinado imóvel?

O material disponível acerca do tema em comento ainda é escasso, principalmente no que tange a sua aplicação no setor

⁴¹ Advogado. Bacharel em Direito. Especialista em Processo Civil, em Direito Público e em Direito Imobiliário. Advogado. E-mail: lgmartins@arabelo.adv.br.

público, mas seu potencial é grandioso e não faltarão exemplos disso no presente artigo.

Mas o que é *blockchain*? E de que maneira tal tecnologia iria auxiliar o serviço notarial público brasileiro?

2. OS DESAFIOS DOS CARTÓRIOS DE IMÓVEIS

Devido à já conhecida morosidade do sistema judiciário brasileiro, obstruindo o caminho para uma solução útil e satisfatória do Estado, a procura pela atividade extrajudicial tem aumentado consideravelmente. Um exemplo claro dessa mudança é a possibilidade da usucapião extrajudicial, que prescinde o envolvimento do judiciário, sendo a demanda resolvida extrajudicialmente.

Em consequência, os cartórios extrajudiciais se viram obrigados a inovar na prestação de seu serviço com a utilização de meios tecnológicos, o que contribuiu para uma maior celeridade e segurança na execução de suas atividades.

Com o objetivo de aferir como a tecnologia *blockchain* pode afetar os serviços da atividade notarial extrajudicial, é de suma importância mergulharmos nas características e na importância do sistema registral brasileiro.

As serventias extrajudiciais, comumente chamados de cartórios, são órgãos instituídos pelo Estado que visam assegurar alguns princípios, como a garantia do sigilo, a segurança jurídica, a fé pública, a autenticidade e eficácia dos atos jurídicos, resultando em uma maior eficiência e presteza naquilo que se propõem a fazer.

Mais especificamente, os cartórios de registro de imóveis têm sua importância evidenciada na medida que estão umbilicalmente ligados ao direito à propriedade, que por sua vez é essencial para promover o crescimento econômico, reduzir as desigualdades, aliviar a gestão de conflitos e apoiar os processos de governança regional.

Soma-se isso ao fato de que um registro eficiente e confiável aumenta o valor dos imóveis, diminui o risco para potenciais credores

e, em última análise, influencia diretamente para o crescimento da economia, que tem no setor imobiliário uma parcela relevante.

Dessa forma, dada sua importância e o envolvimento de várias partes interessadas, tais como os proprietários, governos, instituições financeiras, o processo para se registrar um imóvel se torna deveras complexo. E um elemento fundamental para que tudo funcione é a confiança das partes no sistema que controla o registro de títulos de propriedade e transferência de direitos.

Para tanto, todas as transações devem ser registradas e seguir as diretrizes da Lei dos Registros Públicos, a qual define as formalidades que devem constituir o sistema brasileiro de cartórios. Ali, por exemplo, resta definido que a posse definitiva depende de um documento legalmente registrado – a escritura.

Inúmeras são as atribuições dos cartórios extrajudiciais, e mais ainda são os motivos que os tornam importantes. Mas não é o escopo do presente artigo aprofundarmos nessas questões.

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização de seus atos.

No âmbito notarial e de registro, a segurança jurídica se manifesta nas seguintes funções: (i) fé pública; (ii) qualificação dos atos; e, (iii) conservação e publicidade.

Para que todas essas funções sejam exercidas em sua plenitude, um dos principais desafios dos cartórios de imóveis no Brasil e um dos pontos centrais do presente artigo gira em torno da falta de sistemas interconectados.

O problema da interconectividade faz com que o sistema seja muito mais suscetível a fraudes, visto que a propriedade é registrada em diferentes regiões, por centenas de cartórios de imóveis com sistemas próprios e desconexos com a realidade nacional.

Os sistemas dos mais variados cartórios em nível nacional são distintos, não havendo padronização. Não há uma entidade nacional que centraliza as informações, permitindo, em alguns casos,

que o mesmo imóvel seja registrado em diferentes cartórios, com duplicidade de informações.

O último índice *Doing Business* do Banco Mundial estudou de forma detalhada as etapas, tempo e custo envolvidos no registro de imóveis no país, tendo como *case* um empreendedor buscando comprar um imóvel no Rio de Janeiro, que já esteja registrado e livre de ônus. (PROPERTY, 2021)

Para se ter uma ideia da gravidade da situação, em 2018, dentre 190 países, o Brasil ocupou apenas a 137^a posição, visto que o processo envolve, dentre escritura, certidões e certificados, pelo menos 13 etapas diferentes!

Não bastasse o problema da burocracia e morosidade, os sistemas são desatualizados, assim como os funcionários que os utilizam.

Buscando trazer mais eficiência para os serviços prestados, a Corregedoria Nacional de Justiça, em 26 de março de 2021, determinou que os cartórios de registro de imóveis passem a contribuir com o Fundo para Implementação e Custeio do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (FIC/SREI).

Tal mudança deriva da vigência do Provimento 115 do órgão, a qual objetiva garantir que o projeto SREI seja efetivado em sua plenitude.

Não somente isso, mas também o CNJ vinha caminhando no sentido de desburocratizar e modernizar. Nessa toada, encontram-se normativas em prol dessa evolução, como os provimentos de números 38, 46, 47, 74, 86, 87, 88, 100.

Caminhando na direção da tecnologia, vê-se que a atividade notarial brasileira está se movimentando e buscando meios de prestar um serviço mais eficiente e confiável. Tal movimento é exemplificado por meio do selo digital usado pelas serventias. O selo possui uma sequência alfanuméricas que é associada aos atos praticados nos cartórios. Sua implantação permitiu uma maior efetividade na fiscalização, dando segurança e gerenciamento nas transações efetuadas.

Resta claro que o futuro dos cartórios caminha no sentido da tecnologia, que irá contribuir para a desburocratização, facilitação do acesso e universalização do cadastro. Contudo, como a tecnologia *blockchain* pode contribuir nesse desafio?

3. CARACTERÍSTICAS DAS TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

A tecnologia *blockchain* funciona como uma base de dados descentralizada, que é mantida por uma rede de computadores ao redor do mundo. Para a criação e funcionamento desse tipo de base de dados, devem ser adotadas e aplicadas variadas tecnologias, incluindo rede “peer-to-peer”, chaves públicas e privadas de criptografia e mecanismos de consenso.

A tecnologia *blockchain* origina-se como suporte de confiança para o bitcoin, mas se mostra uma tecnologia com um potencial de utilidade exponencialmente mais amplo do que “apenas” validar as transações envolvendo o bitcoin. O bitcoin está amparado no sistema *blockchain*, mas uma rede *blockchain* não precisa do bitcoin para existir (PIMENTA, 2020).

Definir *blockchain* não é uma matéria simples, visto que o espectro de utilidades dessa tecnologia faz com que inúmeras definições surjam no decorrer de seu estudo aprofundado.

A ideia básica por trás da *blockchain* é que ela permite aos usuários (chamemos de “nós”) fazerem transações de ativos utilizando a rede P2P (ponto-a-ponto), armazenando essas transações em toda a rede. Os nós e as transações são registrados por meio do uso de chaves públicas criptografadas e assinaturas digitais, empregando um tipo de “mecanismo de consenso”.

Sempre que uma transação é inserida na rede P2P, os nós primeiro validam a transação, e, concordando com sua legitimidade, a confirmam e a estabelecem em um bloco. Esse novo bloco é adicionado à cadeia anterior de blocos e, como tal, trancado. Assim, o último bloco mantém uma visão partilhada e acordada do inteiro estado atual daquela *blockchain* (BUTERIN, 2014).

Esse mecanismo é chamado de prova de trabalho, e todo esse esforço impossibilita que o bloco com as informações seja modificado sem que o trabalho seja refeito.

Desse modo, todas as transações são armazenadas em um registro no qual todos os nós envolvidos possuem uma cópia. Dessa forma, a princípio, não há ponto central de vulnerabilidade, dificultando a atuação de hackers. Retirar um nó não levaria a uma quebra da cadeia de blocos, o que contribui para a segurança, bem como a imutabilidade das transações que são registradas na rede.

Assim, são constantemente acumuladas as informações das transações realizadas, de forma que as posteriores extraem sua validade da referência às anteriores. Como os blocos de transações são atrelados aos anteriores, forma-se uma corrente – ou rede - de blocos (PIMENTA, 2020).

Isso não significa, contudo, que a *blockchain* seja imutável, visto que em alguns casos as partes controladoras podem decidir alterar seu histórico (ATZEI, 2017).

Apesar de ainda embrionário, o estudo do *blockchain* no Brasil já nos dá suporte para vislumbrar o seu uso no auxílio das atividades exercidas pelos cartórios extrajudiciais de registro de imóveis.

Há bancos em outros países que estão investindo no *Blockchain* com o objetivo de aumentar a defesa contra ciberataques e acelerar as transações (AYRES, 2020).

4. BENEFÍCIOS DO BLOCKCHAIN PARA O REGISTRO DE IMÓVEIS

Em uma época em que a população está cada dia mais digital, a tecnologia *blockchain* possui um potencial de transformação imenso na prestação de serviços públicos e privados.

Um dos principais benefícios da *blockchain* para o presente artigo é sua contribuição para uma maior integridade dos dados, o que significa que as informações armazenadas em um sistema correspondem de fato ao que está sendo representado na realidade.

O Brasil tem avançado na aplicação da tecnologia na atividade registral-notarial, tendo em vista a receptividade da classe dos notários e registradores às inovações. Contudo, essa receptividade não é absoluta, pois o desconhecimento e o despreparo provocam incertezas quanto o resultado efetivo dessa modernização as serventias.

Ainda que originalmente projetadas para fornecer um registro confiável de criptomoedas em um modelo descentralizado, a adaptação do *blockchain* a outros tipos de ativos para receber os mesmos benefícios já é realidade.

Mas como o *blockchain* pode se traduzir como benefício para o atual sistema de registro imobiliário brasileiro?

No corte metodológico do presente artigo, são três os principais benefícios, senão vejamos: (i) confiança, reduzindo o índice de fraudes, (ii) eficiência, para poder garantir a confiança sem o custo atual, e, (iii) transparência, possibilitando o rastreamento das ações em toda a cadeia registral, sempre acessível ao público.

4.1 EFICIÊNCIA

No que se refere ao quesito eficiência, a tecnologia *blockchain* pode combinar muitos processos, o que agilizaria os procedimentos de autenticação de documentos, registros e atos cartorários, de modo a diminuir o acesso determinado documento além de ampliar a abrangência dos serviços para a internet (BENGLEY, 2017).

O principal foco da utilização da tecnologia *blockchain* é a integração dos sistemas a nível nacional, possibilitando a consulta de informações em qualquer parte do país, o que beneficiaria não somente a sociedade em geral como a própria administração pública.

Tal cenário atenderia até o interesse dos próprios tabeliães, visto que o serviço poderia ser prestado até fora do horário de expediente, o que diminuiria o custo, tornando desnecessário o envolvimento de um terceiro para intermediar eventual solicitação.

A título exemplificativo, se determinado cartório possuir seus sistemas conectados a uma *blockchain* e os documentos registrados necessitem de autenticação uma única vez, basta a solicitação, um link e o pagamento para que o documento seja disponibilizado a um custo muito menor do que o atualmente cobrado.

A tecnologia *blockchain* garantiria a fidedignidade das informações contidas no documento.

Vale ressaltar que a tecnologia não substituiria o notário, mas faria com que os cartórios de imóveis se reinventassem, o que, em última análise, traria à tona todo o potencial econômico da propriedade.

4.2 CONFIANÇA

Os cartórios são a única instituição que, por meio de assinaturas e selos, pode garantir a veracidade de cópias de qualquer tipo de documento.

A utilização da *blockchain* dentro dos Cartórios tem como uma das maiores vantagens fazer com que os registros de bancos de dados não sejam excluídos, alterados ou até mesmo ter sua ordem modificada, podendo ser utilizada em qualquer transação ou troca de informações nas suas mais variadas formas.

Um dos mecanismos mais conhecidos da tecnologia *blockchain* é o mecanismo de consenso, que garante que as informações apenas sejam alteradas quando todas as partes relevantes concordem. Tal segurança é criada por registros armazenados e operados de forma distribuída, dificultando a manipulação e aumentando a confiabilidade.

Além do consenso, a criptografia dispensaria a utilização de selos, conferindo maior segurança às operações dada sua dificuldade de adulteração, diminuindo, em última análise, a corrupção.

No que tange a fé pública, elemento essencial da atividade notarial, com a promessa de maior agilidade e segurança (BEGLEY, 2017), a *blockchain* poderia ser adotada como ferramenta de organização de transações, como os chamados contratos inteligentes, o que exige

a confirmação do oficial – notário ou registrador -, isto é, a dotação de fé pública.

Outro tipo de benefício que pode ser obtido é a identificação imediata se a pessoa é capaz e entende todas as consequências e riscos envolvidos na transação, o que, no médio prazo, poderia eliminar a função do notário de identificação das partes.

Portanto, a tecnologia *blockchain* seria de grande uso para os cartórios extrajudiciais, diante de uma (i) maior segurança da informação, e da (ii) união da fé pública proporcionada pelo tabelião e/ou registrador, com a fé digital provida pela tecnologia *blockchain*.

4.3 TRANSPARÊNCIA

A principal forma de contribuir para uma maior transparência é com a descentralização resultante do uso da tecnologia *blockchain*, com seus mecanismos de consenso e segurança, conferindo, portanto, a oportunidade de construção de sistemas colaborativos.

A utilização de um único sistema potencializaria a transparência e a confiança do usuário no serviço notarial, facilitando a auditabilidade e fiscalização, agregando autenticidade, publicidade e refletindo positivamente, em última análise, na economia.

Com a *blockchain* facilitando a interação direta entre os cidadãos, fornecendo a gestão sem um administrador central, quem sabe no futuro a função dos Cartórios se limite a atuar somente na função consultiva jurídica.

5. LIMITAÇÕES/OBSTÁCULOS DO *BLOCKCHAIN* NO BRASIL

Alguns obstáculos podem dificultar a implementação da tecnologia *blockchain* nos cartórios de imóveis brasileiros.

Para começar, atualmente, aproximadamente 72% da população brasileira possui internet, o que deixaria de fora mais de ¼ (um quarto) de nosso povo, prejudicando demais a utilização da tecnologia

blockchain em uma área que pode ser potencialmente demandada por 100% (cem por cento) da população. (AGÊNCIA BRASIL, 2021)

Não somente no que tange a aplicação do *blockchain*, mas para qualquer outra tecnologia, a falta de acesso somada à baixa alfabetização da população brasileira dificulta a difusão de qualquer tecnologia inovadora.

Outro ponto é o desconhecimento das teorias e princípios arquivísticos por parte dos programadores e o mau uso da tecnologia pelos funcionários dos cartórios de registro de imóveis.

O fato de outras tecnologias apresentarem benefícios semelhantes, tais como criptografia e gerenciamento de identidade, faz com que surjam dúvidas acerca da real necessidade do uso do *blockchain*. Seria mesmo necessário? Quais os benefícios?

Outro possível empecilho é o alto consumo de energia necessário para implementar tal tecnologia, juntamente com outras limitações técnicas, tais como velocidade de transação e capacidade computacional necessária.

Há, inclusive, a dificuldade cultural, visto que é sempre muito difícil implementar uma tecnologia radical na mente de pessoas que vem utilizando a mesma forma de determinado serviço nas últimas décadas.

Isso sem contar a dificuldade de um entendimento claro acerca da tecnologia *blockchain*, dadas as inúmeras vertentes e entendimentos acerca de seu funcionamento, sendo necessário uma padronização de conceitos. A tecnologia é complexa e utiliza uma terminologia pouco comum que não será compreendida pela maioria dos leigos.

Especialistas e legisladores já defendem a regulamentação da tecnologia do *blockchain* para certificar transações virtuais, já antevendo as dificuldades que daí podem surgir.

Nessa toada, vale ressaltar a importância de se entender a tecnologia a nível nacional antes de regularizá-la, visto que a regulação deve vir para apoiar a tecnologia, fazendo com que ela seja melhor explorada, ao invés de engessada com eventual excesso de regras.

Por fim, cumpre aqui deixar algumas questões a serem respondidas previamente à implementação do *blockchain* nos cartórios de imóveis:

- 1) Como seria feita a invalidação de determinada transação quando o título era inválido?
- 2) Quando uma transferência anterior na cadeia de transações é considerada nula, o que aconteceria?
- 3) Como estimular transparência sem prejudicar e/ou trazer riscos para os terceiros proprietários?

6. PROJETOS PELO BRASIL

Alguns projetos-piloto tem sido implementados no Brasil a fim de avaliar o uso da tecnologia *blockchain* e seus benefícios/obstáculos.

6.1 PELOTAS/RS

Em 2017, a *Ubitquity*, uma startup americana anunciou um projeto em parceria com o Cartório de Registro de Imóveis nos municípios de Pelotas (RS).

Tal projeto tinha como objetivo criar um programa para os registros de propriedade da região, em um esforço para ajudar a reduzir os custos e melhorar a precisão, segurança e transparência dos dados (LEMIEUX et al., 2018).

A ideia por trás da parceria não é substituir o cartório de registro de imóveis, mas replicar a estrutura registral existente, como uma forma de backup, no caso de destruição ou extravio do original.

Tendo em vista a novidade do projeto, ainda não foi implementado um conjunto de regras para a geração de registros, o que é fundamental para que os esses estejam em conformidade com os requisitos legais e para que a confiabilidade não se perca durante a transferência das informações.

Nesse momento, existem inúmeros aspectos que podem ser melhorados para um melhor uso da tecnologia nos cartórios de imóveis.

6.2 JOÃO PESSOA/PB

O cartório de Registro de Imóveis de João Pessoa, na Paraíba, com mais de 130 anos de história, foi o primeiro do país a adotar a tecnologia *blockchain* para a autenticação digital. (PAIVA, 2018)

Desde fevereiro de 2018, em uma parceria com a startup *OriginalMy*, o cartório de João Pessoa passou a oferecer para pessoas físicas, através de *blockchain*, a autenticação digital, com mais de 200 documentos autenticados desta maneira.

A partir da extração de dados do site da *startup*, é feita uma pré-autenticação do documento e encaminhada pro cartório. Após isso, é verificado pela serventia se o documento não foi alterado, certificação essa garantida pela *blockchain*, e é então adicionado um selo de autenticação.

Por fim, o usuário recebe a via autenticada juntamente com um código que pode ser fornecido pelo usuário a qualquer outra pessoa para que se possa verificar sua autenticação.

A princípio, a grande vantagem é a imutabilidade e a transparência.

A startup também possui uma tecnologia de validação de identidade via *blockchain*, chamada de Block-ID. Após informar uma série de dados pessoais, a empresa faz uma verificação em diversas bases públicas e valida a identidade daquela pessoa. Vale ressaltar que nenhum dado fica arquivado na empresa, mas sim e apenas no celular do usuário.

Existem outras parcerias, ainda embrionárias, buscando utilizar a tecnologia *blockchain* para trazer eficiência, transparência e segurança aos registros imobiliários, o que pode ser uma realidade bem próxima.

7. O PROJETO DE LEI Nº 2876, DE 2020

De autoria do Senador Acir Gurgacz (PDT/RO), o projeto de lei 2876/20 visa introduzir a tecnologia *blockchain* no principal marco dos registros públicos no Brasil, qual seja, na Lei de Registros Públicos.

Tal projeto altera a Lei de Registros Públicos para estabelecer que todos os registros efetuados pelos Registros de Imóveis e Registros de Títulos e Documentos sejam também inseridos em Sistema Eletrônico de “Blockchain” Nacional disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça. (SENADO, 2020)

Tal projeto se justifica em razão da preocupação das autoridades públicas com a manutenção dos registros de forma física e a quebra das expectativas e desvantagens que tal meio proporciona.

Com a tecnologia *blockchain* utilizada nos registros imobiliários, ficaria diminuída qualquer possibilidade de fraude, o que traz segurança para o mercado como um todo e reflete, em última instância, na economia.

O país já realizou no ano passado a primeira transação imobiliária validada pelo *blockchain* e o que mais impressionou foi a velocidade de todo o trâmite. Todo o processo de escritura, lavratura e registro do imóvel levou apenas 20 minutos. (STARTUPI, 2019)

O PL 2.876/20 certamente traria um avanço significativo para o sistema de registro de imóveis, ainda que o texto do projeto seja deveras lacônico, a ideia por trás dele chegaria para contribuir com a segurança jurídica, transparência e economia, seja para os compradores/vendedores, seja para aqueles que investem no mercado imobiliário em geral.

8. COMO UTILIZAR O BLOCKCHAIN?

O presente artigo não tem a pretensão de apresentar soluções concretas para os problemas apresentados. Contudo, algumas direções

podem ser apontadas e com um esforço em comum de todos, o futuro com o uso dessa tecnologia é promissor.

Com a análise das principais características da *Blockchain* e as dificuldades encontradas no dia-a-dia dos cartórios de imóveis, algumas sugestões podem ser apresentadas com o fito de dar um norte ao leitor de como tal tecnologia pode ser explorada em busca da eficiência, confiança e transparência.

No sentido do que foi aqui apresentado, os principais objetivos pretendidos pelo uso da *blockchain*, a princípio, seriam (i) confiança, (ii) eficiência e (iii) transparência.

Como dito, um dos maiores problemas enfrentados na realidade cartorária brasileira é a falta de sistemas interconectados, com sistemas confusos, corrupção em sua manutenção e duplicidade de registros.

Antes de buscar a tecnologia *blockchain* para solucionar problemas complexos, é fundamental fazer uma espécie de teste prévio com questões simples de serem solucionadas para avaliar a eficiência da tecnologia na resolução de tais questões.

Vislumbra-se uma rede própria iniciada para resolução dessas questões mais simples, que não envolvam grandes litígios. Assim, todas as partes envolvidas poderiam ser integradas e obter mais transparência, agilidade, segurança e eficiência em todas as transações.

Nesse caso as validações seriam feitas apenas entre a rede constituída para a função, onde a rede é de acesso permissionado, mas as informações estão disponíveis para todos.

A tecnologia permite que apenas alguns participantes administrem o sistema, proponham ações de registro, validem atos e documentos e auditem determinados registros. O resultado seria a criação de um processo de ponta-a-ponta por meio da *blockchain*.

A opção por uma rede permissionada é justificada pelas necessidades particulares aos envolvidos. Talvez em um futuro próximo caminhemos para um mecanismo de consenso mais distribuído na

medida em que estejamos mais familiarizados com a tecnologia e suas peculiaridades.

A princípio, é aceitável que com passos de formiga o sistema caminhe por um momento de transição para que não seja, pelo menos nesse início, tão disruptivo.

9. ISSO SERIA O FIM DO CARTÓRIO?

Em um mundo onde a tecnologia *blockchain* é usada da melhor forma para auxiliar a prestação de serviços notariais, isso significaria o fim dos cartórios?

Não. Devemos lembrar que uma das funções mais importantes dos Cartórios é a de aconselhamento legal. Ou seja, o notário ajuda a evitar que as partes envolvidas tomem decisões sem conhecimento de causa ou que possam prejudicá-los no futuro.

Não bastasse isso, os Cartórios podem permanecer envolvidos nos atos de administração, iniciando e auditando os registros que serão realizados. Lembrando seu papel como intermediador, os Cartórios poderiam permanecer como responsáveis pela infraestrutura, registros e resolução de problemas na qualidade dos dados.

Dessa forma, conclui-se que os cartórios não serão extintos, mas devem seguir na direção da especialização, primando pela segurança e buscando a união da fé-pública com a fé-digital.

10. CONCLUSÃO

A principal conclusão que se chega no presente artigo é que a tecnologia *blockchain* é, de fato, de grande valia e se corretamente implementada, pode auxiliar o serviço notarial imobiliário aumentando sua eficiência, transparência e confiança.

Foram apresentados alguns problemas enfrentados pelos cartórios de Registro de Imóveis, tais como fraudes, registros duplicados e a falta de interconexão entre os cartórios Brasil afora.

As soluções atuais não são suficientes para resolver tais questões e encontramos na tecnologia *blockchain* uma saída para auxiliar em sua resolução. Originalmente criadas para conferir segurança às criptomoedas, essa tecnologia fornece um registro confiável de ativos em um modelo descentralizado, onde não há necessidade de confiança na rede e seus benefícios já extrapolaram a barreira das criptomoedas, sendo uma realidade em inúmeros outros tipos de ativo.

A mudança deve ser gradativa, e se corretamente aplicada, vai revolucionar a forma com que os cartórios de imóveis prestam um serviço tão essencial.

Pesquisas e testes são fundamentais para uma melhor aplicação dessa tecnologia e o presente artigo se presta apenas a introduzir a matéria e gerar curiosidade na mente daqueles que o leem.

Como já dito, a tecnologia é inovadora e oferece várias aplicações, contudo, a maior parte dos casos e evidências analisadas são de domínio privado. No domínio público, apesar de possíveis, as peculiaridades precisam ser estudadas, exploradas e vistas de todas as direções do espectro de usuários, não somente o legal, não somente o tecnológico, mas uma abordagem interdisciplinar.

A depender do seu design, a *blockchain* pode determinar se os usuários são anônimos ou identificáveis. Tal gerenciamento é fundamental para muitas aplicações públicas e um grande desafio, devendo ser um dos aspectos mais estudados para a implementação de tal tecnologia.

Existem, obviamente, vários percalços a serem enfrentados pelas autoridades envolvidas para a implementação de tal tecnologia, notadamente aqueles institucionais e estruturais, tais como infraestrutura, finanças, terminações legais, etc. Uma coisa é certa, as autoridades devem analisar com cuidado tal implementação, tendo em vista a mudança drástica que a tecnologia causa em nossas vidas, o serviço público não pode ficar para trás com métodos arcaicos e obsoletos.

Outro obstáculo importante é a mudança cultural. Visto que uma tecnologia que adota uma rede descentralizada requer a aceitação e

entendimento de seus usuários. Além disso, pelo fato da *blockchain* não ser de propriedade ou controlada por determinada entidade ou organização, seus usuários precisam se conscientizar acerca da mudança de atitude em relação ao compartilhamento de informações com a sociedade em geral.

O principal sujeito na implementação da *blockchain* na atividade notarial brasileira é a própria administração pública, através de políticas regulatórias, facilitação de aquisição pública de tecnologias, redução das barreiras para entradas de novas empresas. Ou seja, demandar por inovação.

Isso sem contar a regulação da matéria, que como já dito, deve vir após um entendimento mais aprofundado dessa tecnologia pelas partes envolvidas e pelo público, visto que eventual regulação sem entendimento pode criar empecilhos ao próprio desenvolvimento do uso do *blockchain*.

Para tanto, finalizo o presente artigo com algumas sugestões na implementação da *blockchain*: (1) estudos de casos pelo mundo; (2) análise de casos em que houve responsabilização das partes e como isso foi feito; (3) padronizar conceitos acerca da tecnologia, para facilitar sua aplicação e entendimento; (4) estudar mais a fundo a própria tecnologia e seus mecanismos; (5) trazer a tecnologia à nossa realidade com ideias concretas de como ela deve ser aplicada no registro imobiliário do Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil tem 152 milhões de pessoas com acesso à internet**. Disponível em: . Acessado em 13/10/2021.

ATZEI, N., BARTOLETTI, M., CIMOLI, T. **A survey of attacks on ethereum smart contracts (SoK)**. 2017.

BEGLEY, Robert. **Information & Records Management and Blockchain Technology: Understanding its Potential**. Tese de Doutorado. Northumbria University, 2017.

BUTERIN, V. **Ethereum White Paper: A next-generation smart contract and decentralized application platform**. 2014. Disponível em < > acessado em 08/10/2021.

LEMIEUX, Victoria; FLORES, Daniel; LACOMBE, Claudia. (2018). Title and code: **Real Estate Transaction Recording in the Blockchain in Brazil** (RCPLAC-01)-Case Study. 2018.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário** [livro eletrônico]. 4.ed. Belo Horizonte: Ed. Do Autor, 2020.

PAIVA, Fernando. **Blockchain é adotada para autenticação de documentos em cartório de João Pessoa**. 2018. Mobiletime. Disponível em <<https://www.mobiletime.com.br/noticias/11/10/2018/blockchain-e-adotada-para-autenticacao-de-documentos-em-cartorio-de-joao-pessoa/>> acessado em 14/10/2021.

PROPERTY, Registering. **Registro de propriedades**. Disponível em <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/registering-property>>. Acessado em 12/10/2021.

SENADO. **Projeto de Lei nº 2876, de 2020**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/142112>. Acessado em 14/10/2021.

SILVA, Victor Ayres Francisco da. **BLOCKCHAIN: Uma Tecnologia Além da Criptomoeda Virtual**, 2020. Disponível em: www.revista.fatectq.edu.br. Acesso em: 15/10/2021.

STARTUPI. **Pela 1º vez, casal oficializa união por meio de tecnologia blockchain**. 2019. Disponível em . Acessado em 15/10/2021.

A AUTONOMIA PRIVADA E A PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO

*Marina Coelho Godinho
Renata Lourenço P. Abrão*

A AUTONOMIA PRIVADA E A PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO

Marina Coelho Godinho⁴²

Renata Lourenço P. Abrão⁴³

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DO DIREITO SUCESSÓRIO – ESFORÇO CONCEITUAL, ESPÉCIES, EFEITOS E FUNDAMENTOS. 2.1 Da abertura da sucessão e da lei aplicada. 2.2 Da legítima e dos herdeiros necessários. 3. DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. 4. DA AUTONOMIA PRIVADA. 3.1. Da autonomia privada no direito sucessório. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da autonomia privada e da obrigatória participação do cônjuge na sucessão, com o objetivo de demonstrar que a proteção relativa à legítima, neste caso, pode vir a configurar afronta à autonomia e ao planejamento familiar.

O primeiro capítulo busca realizar tentativa conceitual, seguida da identificação das espécies, efeitos e fundamentos da sucessão. Ainda, será analisada quando ocorrerá a abertura da sucessão, qual a lei aplicada em caso de falecimento do indivíduo e, por fim, será realizado o estudo da legítima e dos herdeiros necessários.

No segundo capítulo pretende tratar dos regimes de bens, da sucessão do cônjuge sobrevivente e da legítima à qual faz jus.

42 Advogada. Especialista em Direito do Material e Processual Previdenciário pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduanda em Direito do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autora de Artigos Acadêmicos.

43 Advogada. Professora universitária. Palestrante. Especialista em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

No terceiro capítulo, busca-se analisar a autonomia privada e delimitar sua efetiva aplicação no direito de família e, especificamente, no direito sucessório, questionando em que medida a obrigatoriedade da participação do cônjuge na sucessão implica em violação de tal instituto.

O presente estudo permite sérios questionamentos em relação a real intenção do legislador e a eficácia da proteção à legítima, o que se propõe a seguir.

2. DO DIREITO SUCESSÓRIO – ESFORÇO CONCEITUAL, ESPÉCIES, EFEITOS E FUNDAMENTOS.

Etimologicamente, “suceder” deriva do latim *successio*, que significa ir debaixo; submeter; aproximar-se; vir em seguida; herdar (HOUAISS, 2008).

Quando aplicada ao direito, toma o vocábulo de sucessão, que nada mais é que a transmissão de bens, direitos ou obrigações, podendo ser aplicada no seu sentido amplo ou estrito.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que a sucessão, em sentido amplo, “é o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”. Muito aplicada no direito das obrigações, coisas e família, essa modalidade é aplicada enquanto as pessoas ainda estão vivas, ou seja, inter vivos. (GONÇALVES, 2019, p. 18).

No direito das sucessões, sucessão *causa mortis* consiste na sucessão do patrimônio em razão da morte do seu titular, seja ela real ou presumida.

Para Binder, citado por Orlando Gomes em sua obra, o “Direito das Sucessões é a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”, (GOMES, 2012, p. 32).

Significa dizer que, havendo a morte, ocorre a abertura da sucessão de forma imediata, em consagração ao princípio da *saisine*,

o que se constata pela leitura do artigo 1.784 do Código Civil, podendo os sucessores dar início ao procedimento sucessório (BRASIL, 2002).

A sucessão *causa mortis* é dividida em duas espécies, sendo elas: legítima e testamentária, conforme dispõe o artigo 1.786 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A sucessão legítima, também chamada de legal ou *ab intestato*, ocorre em virtude de lei, uma vez que o próprio legislador cuidou de elencar quem serão os sucessores do *de cuius*. Neste caso, são os parentes do falecido que passarão a ser conhecidos como herdeiros.

A sucessão *testamentária*, por sua vez, decorre da elaboração de um testamento realizado pelo *de cuius* em vida, no qual este declara a sua última vontade. Nessa espécie, lhe é facultado o direito de escolha pelo sucessor (legatário), produzindo efeitos após o seu falecimento.

Orlando Gomes, sobre as espécies de sucessão, ensina que:

Ocorre a sucessão legítima quando seu autor não haja disposto validamente, no todo ou em parte, de seus bens, por testamento. Verifica-se necessariamente, em parte, quando há herdeiros aos quais destine a lei determinada porção da herança.

É testamentária a sucessão que deriva de ato de última vontade praticado pela forma e nas condições estabelecidas na lei.

A sucessão testamentária resulta ordinariamente de testamento. O codicilo não produz esse efeito, embora, por seu intermédio, sejam lícitas disposições de última vontade, de natureza especial, e se permita o legado de móveis, roupas, ou joias, não mui valiosas, de uso pessoal. (GOMES, 2012, p. 39)

Considerando o disposto no 1.788 do Código Civil, afirma-se que a sucessão legítima é a regra, é supletiva, uma vez que em caso de inexistência de um testamento, ou vindo ele a caducar ou ser jugado nulo, prevalecerá a sucessão legítima. (BRASIL, 2002)

No tocante aos efeitos da sucessão *causa mortis*, estes dividem-se em: universal e singular.

No efeito a título universal, o sucessor receberá a totalidade ou parte do todo do patrimônio do *de cuius*; já no efeito a título singular, o sucessor receberá um bem determinado, ou seja, individualizado por meio de um testamento.

Neste sentido, Caio Mário ensina que:

A sucessão legítima sempre será a título universal (*per universitatem*), transmitindo-se aos herdeiros a totalidade do patrimônio do *de cuius*, e a cada um deles uma quota ideal desse patrimônio. *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*. A sucessão testamentária pode ser universal, quando o testador institui herdeiro, que lhe sucede em inteira analogia com o herdeiro legítimo; ou pode ser a título singular, quando o testador deixa para alguém uma coisa ou quantia certa (legado), e, neste caso, ao legatário se transmite aquele bem ou aquele direito individualmente (*singulatim*). (PEREIRA, 2017, p. 11)

Não se pode confundir sucessão *causa mortis* (que nos leva à ideia de transmissão de patrimônio) com herança. Herança consiste no conjunto de bens, direitos e obrigações deixados pelo falecido, contando com as seguintes características: indivisibilidade (até a efetiva partilha); unidade; e considerada, como disposto no artigo 80 do Código Civil, um bem imóvel. (BRASIL, 2002)

Quando da elaboração das Leis Sucessórias no Brasil, o legislador buscou evidentemente proteger a entidade familiar, tendo assim por fundamento para a sucessão *causa mortis*, a propriedade, a família e a liberdade. Passa-se à análise de cada um dos elementos.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, o Direito das Sucessões é uma consequência do direito da propriedade. Os autores complementam o seu entendimento citando o doutrinador Eduardo

de Oliveira Leite, que afirma que a transferência da propriedade é extremamente importante para o Direito das Sucessões:

(...) porque o homem desaparece, mas os bens continuam; porque grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e contínua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte. (FARIAS *et al*, 2017, p.54)

A família, por sua vez, é entidade protegida pela Constituição Federal, que, em seu artigo 226, dispõe que *a família é a base da sociedade e tem especial proteção do estado*. Neste sentido Rolf Madaleno explica que:

A ideia de patrimônio conduz à sucessão legítima e testamentária, inclusive como direito fundamental, assim como a organização da família conduz à sucessão legítima e, dentro dela, à noção de sucessão necessária para a proteção mínima dos herdeiros, parentes e familiares mais próximos ao sucedido, preservando, dentro da família, as riquezas patrimoniais e com ela a sua organização, além de pela via reflexa manter um Estado forte e economicamente estável. O direito hereditário garante a sucessão dos bens e assegura a sucessão necessária na linha reta, sustentada no parentesco e na afeição, como instrumentos de proteção e segurança da família através das gerações, 40 podendo o sucedido dispor em parte de sua herança em existindo herdeiros necessários, em respeito à autonomia da vontade e servindo de instrumento para que inclua no seu círculo de herdeiros afetivos as pessoas que lhe foram mais caras e mais próximas. (MADALENO, 2020, p. 33)

Ao elencar a família como fundamento do Direito das Sucessões, o legislador busca amparar os sucessores, entendendo de forma antecipada a necessidade destes – inclusive considerando o eudemonismo, e permitindo que, mesmo com a morte do *de cuius*, inexista a violação de garantias e direitos, mantendo-os amparados patrimonialmente.

Por fim, a liberdade aparece como fundamento do Direito Sucessório ao garantir que o indivíduo possa escolher ao menos quem herdará um bem específico ou, pelo menos, metade dos seus bens em testamento ou codicilo.

Trata-se de respeito à última vontade do *de cuius*, que poderá escolher um sucessor sanguíneo ou afetivo para lhe presentear com alguns de seus bens.

2.1 DA ABERTURA DA SUCESSÃO E DA LEI APLICADA.

Conforme exposto alhures, a transmissão do patrimônio ocorre imediatamente após a abertura da sucessão. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves ensina que “a abertura da sucessão se dará com a morte do *de cuius*, vez que não se concebe direito subjetivo sem titular”. (GONÇALVES, 2019, p. 35).

Desse modo, ao tomar conhecimento do falecimento do *de cuius*, os sucessores (legítimos e testamentários) deverão observar algumas regras antes de dar início ao inventário. A primeira delas se refere a qual legislação aplicar. Dispõe o artigo 1.787 do Código Civil que “*regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela*”, o que significa dizer que, para garantia da segurança jurídica, ao indivíduo falecido durante a vigência do Código Civil de 1.916, esse é o ordenamento que será aplicado.

Observada a lei a ser aplicada, deverão os sucessores se atentar ao local da abertura da sucessão. Dispõe o artigo 1.785 do Código Civil que a abertura ocorrerá no local do último domicílio do *de cuius*. Logo, pouco importa o local do óbito.

Observado tudo isso, deverão os sucessores providenciar a instauração do inventário – seja de forma judicial ou extrajudicial, arrolando os bens e partilhando estes entre os herdeiros.

2.2 DA LEGÍTIMA E DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS.

Considerando a intenção do legislador de proteger a família (um dos fundamentos da sucessão hereditária), foi conferida especial proteção às figuras dos ascendentes, descendentes e cônjuges (extensivo também aos companheiros, conforme julgamento do Recurso Extraordinário N° 878.694).

Tais figuras foram reconhecidas no artigo 1.845 do Código Civil como herdeiros necessários, necessariamente participando da sucessão, sendo a eles garantidos o mínimo de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio deixado pelo falecido. A única exceção à regra seriam os casos de indignidade e deserdação.

Tal percentual recebeu o nome de legítima, a qual, nos ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, “representa a parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos herdeiros necessários, com clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio”. (FARIAS, ROSENVALD. 2017, p. 59).

Por determinação legal, a legítima jamais poderá ser extinta ou reduzida, de modo que, caso o autor da herança pretenda ignorá-la, o ato será inválido.

Seu valor será calculado, conforme artigo 1.846 do Código Civil, pelo valor dos bens existentes no momento da abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

Superada a análise dos herdeiros necessários, na falta deles, possuem legitimidade para suceder os demais parentes, especificamente os colaterais de até quarto grau – chamados de herdeiros facultativos. Neste sentido, Orlando Gomes ensina que:

Distinguem-se, na sucessão legal, ordens, classes e graus.

Há três ordens: parentes, cônjuges e Estado. As classes de sucessíveis compreendem: descendentes, ascendentes, colaterais, cônjuges. (RA) O Estado foi excluído da ordem da vocação hereditária estabelecida no art. 1.829, eis que não recebe os bens da herança na qualidade de herdeiro. Limitou-se o legislador a incluir somente os parentes e o cônjuge (RA).

Na classe dos parentes, os graus do parentesco na linha reta ou colateral têm influência na vocação, estabelecendo preferências. Carece de importância prática a questão relativa à importância das duas modalidades de sucessão. Se é certo que a sucessão legítima somente se dá quando o autor da herança morre intestado, não menos verdadeiro é que, havendo herdeiros necessários, o testamento não pode, de regra, afastá-los. São, pois, igualmente importantes, não se justificando a assertiva de que qualquer delas constitui regra ou exceção. (GOMES, 2012, p.40)

Para participar da sucessão, deve-se observar a vocação hereditária, possuindo uns parentes preferência em relação a outros; e a capacidade para suceder – que, na sucessão legítima, se refere às pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Considerando que o presente artigo tem por finalidade analisar a sucessão do cônjuge sobrevivente, a ele será restrita a análise, sendo desnecessário tecer mais considerações sobre os demais herdeiros.

3. DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

A participação do cônjuge na sucessão justifica-se pelo fato de a sociedade conjugal produzir efeitos patrimoniais, sendo ele considerado um herdeiro necessário, conforme exposto anteriormente.

Na ordem de vocação instituída pelo Código de 2002, “o cônjuge sobrevivente passou a ocupar o terceiro lugar da sucessão graças a intenção protecionista do legislador de beneficiá-lo com alguma vantagem patrimonial”. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p.300)

Tanto é assim que, constatada a inexistência de ascendentes e descendentes, figurando o cônjuge como único herdeiro necessário, a herança da pessoa falecida será deferida, por inteiro, a ele.⁴⁴

Sua participação na sucessão dependerá do regime de bens em que foi celebrado o casamento; e dos herdeiros que estão sendo chamados a suceder, o que acaba por definir se o cônjuge será meeiro, herdeiro ou ambos.

O regime de bens, como se sabe, pode ser livremente escolhido através de um pacto antenupcial⁴⁵, sendo possível, inclusive, a criação de um regime híbrido. Muito se questiona, assim, se na eleição de um regime híbrido, ou se no regime de separação convencional, seria possível excluir o cônjuge da sucessão.

Questionamentos como esse são rotineiros, afinal, a opção por um regime de bens que atenda às expectativas e necessidades dos nubentes é propriamente a consagração da autonomia privada.

Paralelamente, se questiona a possibilidade de exclusão também em testamento, já que este igualmente é a consagração da autonomia privada associada à liberdade. Tais matérias serão objeto de análise no capítulo seguinte.

44 Vale lembrar que, conforme artigo 1830 do Código Civil, “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”. Ou seja, se o casal se encontrar divorciado judicialmente por meio de sentença, não caberá ao cônjuge sobrevivente participar da herança em razão da extinção do vínculo matrimonial. Entretanto, “caso o cônjuge venha a óbito no curso do divórcio ou da separação, extingue-se o processo. Nessa hipótese, o estado civil do outro não será de separado judicialmente ou divorciado, mas sim de viúvo (a). (GONÇALVES. 2019. p.225).

45 Vale lembrar que a escolha no regime de bens não é ilimitada, conforme artigo 1641 do Código Civil, que prevê que é obrigatório o regime de separação de bens i) às pessoas com mais de 70 anos; ii) daqueles que se casarem inobservando a existência de causa suspensiva; iii) daqueles que dependerem de suprimento judicial para casar. (BRASIL, 2002).

De qualquer forma, essa não é apenas a única proteção sucessória que o Código Civil elencou para proteção do cônjuge sobrevivente. Isso porque o artigo 1.831 do Código Civil garante o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, independentemente do regime de bens. (BRASIL, 2002)

Todavia, caso o cônjuge não queira exercer tal direito, poderá renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

Esgotada a análise da participação do cônjuge sobrevivente na sucessão, passa-se ao estudo da autonomia privada e do direito sucessório.

4. DA AUTONOMIA PRIVADA

O conceito de autonomia privada foi se firmando ao logo da história da civilização humana, tendo se mesclado a elementos de direito e à propriedade, que deram origem ao conceito moderno do negócio jurídico. Atrelada ao liberalismo econômico, era combinada à livre vontade do indivíduo com o intuito de gerar direitos.

Embora parte dos doutrinadores tratem a autonomia da vontade como sinônimo da autonomia privada, entende-se que os conceitos se entrelaçam, mas não se confundem, existindo divergências que devem ser observadas.

A autonomia da vontade detém conotação subjetiva, ou seja, mais psicológica, enquanto a autonomia privada deverá ser avaliada de forma objetiva e concreta.

Tecnicamente, a autonomia privada elevou a vontade do indivíduo ao patamar legal, podendo o particular criar direitos, modificar e extinguir situações próprias ou de outrem. Não se trata de um poder originário e sim, concedido por lei, pois o Estado, de certa forma, limita a atuação do particular, permitindo que aquele atue tão somente em zonas permitidas.

Caio Mário da Silva Pereira conceitua a autonomia privada da seguinte forma:

Poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”. (PEREIRA, 2017, p. 30)

O principal fundamento da autonomia privada é a liberdade, na qual o indivíduo é a base social e jurídica da própria vontade, devendo ser ela manifestada de forma livre como instrumento de justiça. Ocorre que, com o passar dos anos e a consequente evolução da vida econômica, a mera liberdade negocial não mais satisfazia às necessidades dos indivíduos, em virtude da violação ao princípio da igualdade material.

Nestes termos, citando Ana Prata, Cáo Mário aduz que:

Foi necessária a reconstrução do conceito de autonomia privada associada ao reconhecimento da funcionalização do negócio jurídico com a reformulação da noção de liberdade jurídica indissolúvelmente vinculada à realidade social e informada pelo princípio de igualdade substancial. Cogita-se, assim, do caráter instrumental da liberdade – aí considerada a econômica e, portanto, negocial – no que tange à realização da dignidade da pessoa humana na perspectiva da solidariedade social. (PEREIRA, 201, p. 31)

Embora as pessoas tenham liberdade para determinar as regras as quais serão submetidas em um negócio jurídico, elas não poderão disciplinar a existência, validade e algumas consequências de um

negócio jurídico. No caso tema do presente artigo, o testador poderá manifestar a sua última vontade sucessória, indicando o que e quem irá suceder até 50% (cinquenta por cento) dos seus bens, mas lhe será vedada qualquer possibilidade de alteração de critérios ou validade do negócio jurídico (DANTAS, 2021, p. 6-7)

A autonomia privada deverá obedecer alguns requisitos para que exista no mundo jurídico de forma válida. No caso, o legislador foi claro ao determinar que a sua validade se dará quando o agente for capaz, o objeto for lícito, possível, determinado ou determinável, e ter forma prescrita ou não defesa em lei.

No tocante a capacidade, Gagliano explica que:

Não basta a capacidade do agente para conferir validade ao negócio celebrado. É preciso ainda que não esteja circunstancialmente impedido de celebrar o ato, não obstante goze de plena capacidade. Em outras palavras, é necessário, além da capacidade, haver legitimidade, segundo noção desenvolvida pelos processualistas adotada pelos cultores do Direito Civil. (GAGLIANO, 2004, p. 347)

Logo, será capaz para celebrar um contrato o agente que tiver alcançado a maioridade, ou devidamente representado ou assistido, quando este for menor de idade.

Quanto o objeto contratado, impõe informar que este deverá ser obrigatoriamente lícito, possível, determinado ou determinável. A inexistência de um desses requisitos implicará na nulidade do negócio jurídico ou sua anulação, destituindo assim a autonomia privada.

Por fim, deverá o negócio jurídico ainda, ter forma prescrita ou não defesa em lei, ou seja, caso haja uma lei que limite um ato ou a direção, o negócio jurídico firmado deverá respeitá-la, caso inexistir qualquer amparo legal, o negócio jurídico não poderá extrapolar esferas proibidas por lei.

5. DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO E DA PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE.

Embora a autonomia privada seja muito comum no direito contratual e obrigacional, também se estende a outras áreas do direito, alcançando também o direito sucessório.

No direito sucessório é possível identificar a autonomia privada na sucessão testamentária, já que testamento e codicilo são atos de (última) vontade para disposição patrimonial, ainda que essa vontade não seja considerada de maneira ilimitada.

No direito de família, por sua vez, é possível identifica-la na escolha do regime de bens, conforme exposto alhures. Tudo isso poderia, conjuntamente, se considerada apenas a autonomia privada, associada ao livre planejamento familiar, definir se é possível a participação dos cônjuges na sucessão um do outro.

Ora, quantos são os casos de pessoas que decidem se unir com o propósito de uma união pautada exclusivamente no amor, no eudemonismo, na afetividade, dissociados do patrimônio? A resposta: inúmeros.

Os princípios da pluralidade familiar e da não hierarquização das famílias garantem que uniões possam ser pautadas exclusivamente no afeto, mas isso pode encontrar obstáculos legais que acabam por ignorar a vontade dos cônjuges.

Como exemplo, cita-se o §1º do artigo 1.857 do Código Civil, que dispõe que a legítima dos herdeiros necessários não poderia ser incluída no testamento. Outro exemplo encontra-se no artigo 1.846 do mesmo ordenamento, que prevê que pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, independentemente da vontade do *de cuius*.

Significa dizer que a proteção da legítima acaba ultrapassando a vontade dos envolvidos, impondo que o cônjuge – herdeiro necessário, participe da sucessão do falecido ainda que, entre eles, tenha sido acordado em sentido contrário, e a única maneira de se efetivar esse combinado acabe sendo pela renúncia da herança.

Já se foi a época em que o patrimônio era um dos fundamentos da constituição das famílias e manter-se atrelado a isso significa um enorme retrocesso. Defende-se que pessoas capazes sejam livres não apenas para escolher o regime de bens, mas para definir os limites da participação sucessória um do outro. Do contrário, o tal livre planejamento familiar, garantido constitucionalmente, passa a ser disposição sem efeito real.

O que se verifica é que, ao impor a forma que os cônjuges devam se relacionar – inclusive patrimonialmente, ainda que a conduta sequer implique em ofensa à dignidade, impõe-se que, caso você queira disposição patrimonial distinta, não pode se casar. Se casando, fica engessada a sua vontade.

E usando como inspiração o Professor Rodrigo da Cunha (2021), *acaba-se com a liberdade de se casar*, porque, ao final, o que se tem é a interferência do Estado na constituição das famílias.

6. CONCLUSÃO

Com base no estudo realizado, foi possível verificar que a autonomia privada não abrange somente o direito contratual e obrigacional, mas vai além, alcançando também o direito sucessório.

A autonomia privada é a permissão concedida pelo legislador ao particular, que lhe garante criar e estabelecer as suas próprias regras de acordo com os seus anseios e necessidades. Contudo, vale lembrar que essa autonomia é limitada e para que possa ser usada e aceita no âmbito jurídico, deverá ser realizada por pessoas capazes, devendo o seu objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável, de acordo com a lei, ou que não seja defeso por lei.

No direito sucessório, a autonomia privada é claramente identificada na sucessão testamentária, vez que nessa modalidade foi concedido ao *de cuius* o direito de escolha de um ou mais indivíduos que poderão herdar os seus bens, sendo este a sua manifestação de última vontade.

Todavia, a autonomia privada encontra obstáculos no direito sucessório, vez que o §1º do artigo 1.857 do Código Civil limita essa manifestação de vontade à legítima, obrigando o testador a dispor metade dos seus bens aos seus herdeiros necessários.

Embora a legítima tenha sido constituída para proteção da propriedade e entidade familiar, ela acaba contrariando o princípio da autonomia da vontade e sendo deliberadamente contestável, vez que, o casal pode optar pela separação total de bens em vida, mas com o seu falecimento a sua escolha não será respeitada, pois a lei obriga que os cônjuges participem da sucessão, contrariando assim a sua escolha.

A discussão em pauta se dá na violação de direitos do *de cuius*, ou ainda, do casal, concluindo-se que a obrigatoriedade na participação do cônjuge sobrevivente na sucessão do casal optante pelo regime da separação total de bens é arbitrária. Por isso, propõe-se que seja realizada uma alteração legislativa para ampliar a autonomia da vontade e possibilitar que em casos como esses, o cônjuge sobrevivente não participe da sucessão, salvo se o *de cuius* manifestar essa vontade por testamento, de modo a garantir a sua última vontade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil (2002): Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 Set. 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 Set. 2021.

DANTAS, Renata Marques Lima. **Autonomia privada no direito sucessório:** a necessidade de revisar a permanência da legítima. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877>>. Acesso em: 12 de set.de 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil:** sucessões. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação:** análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, **Orlando Sucessões.** 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** direito das sucessões. 13.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. V. 7.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LV. Direito das Sucessões. 2.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Atual: Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. V. VI.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento**. Disponível em: . Acesso em 01 de out 2021.

A INDIGNIDADE NO DIREITO AOS ALIMENTOS

*Natanael Lud Santos e Silva
Renata Lourenço P. Abrão*

A INDIGNIDADE NO DIREITO AOS ALIMENTOS

Natanael Lud Santos e Silva⁴⁶

Renata Lourenço P. Abrão⁴⁷

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INDIGNIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO. 3. DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. 4. INDIGNIDADE EM RELAÇÃO À PERCEPÇÃO DE ALIMENTOS PELO CÔNJUGE. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A indignidade no âmbito familiar é um tema pouco debatido em nossos tribunais, tanto nas instâncias ordinárias quanto extraordinárias. Em que pese o art. 1.814 do Código Civil trazer um rol taxativo de hipóteses que levem à indignidade de herdeiros ou legatários, aplicável, portanto, na sucessão, no âmbito do direito de família, a questão não possui contornos objetivos, caindo às vezes na subjetividade do conteúdo ético – e moral – que embasa a compreensão do que se possa considerar um procedimento indigno, como dispõe o art. 1.708, parágrafo único, do Código Civil.

Como se verá, o presente estudo perpassa as causas de indignidade no direito sucessório, o conceito e pressupostos da obrigação alimentar e as possibilidades de compreensão acerca da indignidade do cônjuge em relação ao recebimento de alimentos a fim de se verificar os contornos para a melhor aplicação da norma jurídica em questão.

46 Advogado. Professor universitário. Mestre em Direito Processual pela PUC/MG, membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG.

47 Advogada. Professora universitária. Palestrante. Especialista em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2. A INDIGNIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO

O art. 1.814 do Código Civil traz ao ordenamento jurídico pátrio um rol de comportamentos que, quando declarados por sentença, levam à exclusão dos herdeiros e legatários em relação à sucessão do *de cuius*.

Nesse sentido, são abordados como hipóteses de exclusão da sucessão temas relacionados à prática de crimes contra a vida do *de cuius*, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; crimes contra a honra do *de cuius*, seu cônjuge ou companheiro; e atos contra a liberdade do *de cuius* no que toca à disposição de bens por ato de última vontade (BRASIL, 2002).

Trata-se, conforme ensina Pablo Stolze, de um “instituto de amplo alcance, cuja natureza é essencialmente punitiva, na medida em que visa afastar da relação sucessória aquele que haja cometido ato grave, socialmente reprovável, em detrimento da integridade física, psicológica ou moral, ou, até mesmo, contra a própria vida do autor da herança”. (GAGLIANO, 2019)

Outra forma de excluir um sucessor da herança ocorre por meio da deserdação, que consiste em um ato unilateral do testador, que o pratica ainda em vida, por meio de testamento, no qual deverão ser expostas as causas de deserdação.

Enquanto a indignidade atinge os sucessores na sucessão legítima e testamentária, sem a participação direta do autor da herança, a deserdação só atinge herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), havendo a participação direta do autor da herança, que dispõe sobre a questão em ato de última vontade.

O ato de deserdação se aperfeiçoa com êxito em ação ordinária, a ser proposta por interessado, na qual deverão ser comprovadas as causas invocadas pelo autor da herança no testamento. As causas que justificam a deserdação são as mesmas da indignidade, sendo acrescidas ainda a ofensa física; injúria grave; relações ilícitas no âmbito familiar e desamparo em alienação mental ou grave enfermidade.

Há quem defenda que o rol de hipóteses relacionadas à indignidade sucessória deva ser ampliado, como é o caso de Fernanda Silva Todsquini, que entende que *a inclusão do abandono afetivo nas hipóteses do artigo 1.814 do Código Civil é a busca pelo senso de justiça e de dignidade no direito das sucessões*. (TODSQUINI, 2021)

O tema é complexo. Até mesmo por tratar de uma das áreas em que mais o direito é posto para atender a valores sociais que tornam turva a diferenciação entre moral e ética, a possibilidade de a norma jurídica se tornar ultrapassada é enorme – em face também da velocidade das mudanças sociais na atualidade.

Inobstante, deve-se ter em conta os riscos causados pelas interpretações teleológicas realizadas por alguns operadores do direito, visto que não raro redundam em ativismo judicial prejudicial ao sistema normativo, mormente pela previsão de que a fundamentação das decisões judiciais de acordo com a norma jurídica vigente é pressuposto para a garantia do devido processo, mesmo porque, como já se disse em outra sede:

O processo constitucionalizado, pressuposto da compreensão de qualquer atividade de aplicação de direitos, prima pelo respeito a três dimensões, quais sejam, a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos, o diálogo genuíno entre eles e, finalmente, o controle de suas atividades de modo a proporcionar uma *accountability* (fiscalidade). (LUD *et al*, 2020)

O fato é que, até mesmo pelo caráter patriarcal da legislação civil – uma herança ainda do Código Civil de 1916 -, que estabelece o direito à sucessão como um dos fundamentos do sistema jurídico civilista, doutrina e jurisprudência concordam que o citado rol trata de hipóteses *numerus clausus* para fins de exclusão da sucessão, visto tratar-se de espécie de penalidade civil máxima no âmbito das relações jurídicas familiares. Entretanto, como se verá mais adiante, o mesmo não se observa em relação à indignidade no direito de família.

3. DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Apesar de os alimentos se dividirem, quanto à causa jurídica, entre indenizatórios, voluntários e legais (também chamados de legítimos), esta última é a modalidade que interessa nesta discussão e sobre o que se discorre a seguir.

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, cita-se a dignidade, palavra que deriva, etimologicamente, do latim *dignitas* e que significa, conforme o dicionário brasileiro de língua portuguesa Michaelis, “modo de proceder que transmite respeito, autoridade, honra, nobreza” (MICHAELIS, 2019).

Seu conceito depende de questões culturais, religiosas e éticas, sendo, portanto, subjetivo e polissêmico. Um conceito, porém, é comum em todas as várias concepções acerca da dignidade: o de que o crédito alimentar é o meio pelo qual se garante a sobrevivência daquele que, por si só, não consegue prover sua manutenção pessoal.

Trata-se, assim, de expressão técnico-jurídica utilizada para descrever a verba destinada àquele que não possui condições de prover a própria subsistência por si mesmo, consistente no necessário para a sobrevivência, fixado segundo as necessidades do reclamante e as possibilidades do reclamado.

Em razão do princípio da solidariedade familiar, os alimentos representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e companheiros, uns em relação aos outros, a fim de suprir as necessidades e adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. (MADALENO, 2018)

Fruto de disposição legal, os alimentos encontram previsão nos artigos 1.694 e seguintes do Código Civil, que prevê que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social. (BRASIL, 2002)

Sobre tal disposição, duas considerações são importantes: a primeira, sobre quem são os parentes que podem pedir alimentos uns aos outros; e a segunda em relação ao valor dos alimentos, ou melhor

dizendo, sobre o que se entende suficiente para a manutenção do necessitado conforme sua condição social.

A resposta ao primeiro questionamento se encontra no artigo 1.697 do Código Civil, que prevê que, reciprocamente, podem pedir alimentos os ascendentes, os descendentes, os cônjuges e companheiros, e os irmãos – bilaterais ou unilaterais. Deve-se respeitar a ordem sucessória, sendo o rol taxativo, conforme ensina Yussef Said Cahali:

Com efeito, é pacífico na doutrina o entendimento de que a enumeração legal é taxativa, não comportando dilação para a abrangência de qualquer outra pessoa ainda que inserida na comunidade doméstica, ante o pressuposto de que a lei estabelece o círculo fechado dos titulares de direitos e obrigações alimentares, através de um elenco limitativo, e não meramente enunciativo, caracterizando-se o encargo pela sua excepcionalidade. (CAHALI, 2002, p. 709)

O mesmo entendimento vem sendo adotado pelos Tribunais, o que se comprova pela análise do acórdão resultante de julgamento de caso analisado pelo e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a seguir colacionado:

(...) E, em relação aos parentes na linha colateral, prossegue:
“O art. 1.697 de 2002 repetiu a regra do art. 398 de 1916. Não mais se questiona a obrigação de alimentar entre colaterais, uma vez que o art. 1.697 estendeu-a aos irmãos, assim germanos, como unilaterais, na falta de ascendentes ou descendentes. Este artigo afirma o princípio da obrigação de alimentos com base na solidariedade familiar. Questiona-se a vinculação à vocação hereditária. Yussef Said Cahali considera que a obrigação alimentar não ultrapassa o parentesco de segundo grau.”

Preceitua o art. 1.697 do Código Civil de 2002 que, “na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”

Embora o Código Civil de 2002 tenha limitado o parentesco na linha colateral até o quarto grau, o art. 1.697 não deixa dúvida quanto, no caso da obrigação legal de prestar alimentos, não ultrapassar o segundo grau. A mencionada norma legal é clara ao dispor que, na falta de ascendentes e descendentes, a obrigação é estendida somente aos irmãos tanto germanos quanto unilaterais. Não houve extensão aos tios, sobrinhos ou primos. (TJMG, 2008)

O Superior Tribunal de Justiça ratifica tal entendimento, destacando que a obrigação de prestar alimentos decorre da lei, não comportando interpretação ampliativa dos parentes sujeitos ao seu cumprimento. Neste sentido:

Ainda que existam manifestações doutrinárias em sentido contrário, a manutenção do entendimento que nega o pedido de alimentos formulado contra tios deve, a princípio, permanecer, uma vez que a obrigação de prestar alimentos decorre da lei e não comporta interpretação ampliativa dos parentes sujeitos a cumprir essa obrigação. Consoante observou a E. Min^a. NANCY ANDRIGHI, no julgamento do REsp 1.032.846/RS, TERCEIRA TURMA, DJe 16.6.09, “os processos circunscritos ao âmbito do Direito de Família batem às portas do Judiciário povoados de singularidades, de matizes irrepetíveis, que absorvem o Julgador de tal forma, a ponto de uma jurisprudência formada em sentido equivocado ter o condão de afetar de forma indelével um sem número de causas similares com particularidades diversas,

cujos desdobramentos poderão inculcar nas almas envolvidas cicatrizes irremediáveis.”

Nesse contexto, não há possibilidade de acolher a tese do Ministério Público, tendo em vista que a lei prevê expressamente quem são os responsáveis pela obrigação alimentar, limitando-os aos parentes em linha reta e aos colaterais somente até o segundo grau. Em conclusão verifica-se que o Acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a obrigação alimentar decorre da lei, que indica os parentes obrigados de forma taxativa e não enunciativa, sendo devidos os alimentos, reciprocamente, pelos pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, não abrangendo, conseqüentemente, tios e sobrinhos. (STJ, 2013)

Já a resposta ao segundo questionamento perpassa **i)** os pressupostos da responsabilidade alimentar; e **ii)** a diferença entre os alimentos naturais e civis.

Os pressupostos da responsabilidade alimentar inauguram o que a doutrina denominou por *Trinômio: necessidade – possibilidade – proporcionalidade* (DIAS, 2009). Depende, a fixação de um valor, da análise da necessidade do alimentando; da possibilidade do alimentante; e da proporcionalidade, ou razoabilidade entre esses dois elementos.

A diferença entre os alimentos naturais (também chamados de necessários) e cõngruos (civis), por sua vez, consiste no fato de os alimentos naturais se destinarem à manutenção, estritamente, da sobrevivência do alimentando, assim compreendido o que for indispensável à vida, como a alimentação, a cura, a habitação etc., conforme dispõe o §2º do artigo 1.694 do Código Civil. Já os alimentos cõngruos, previstos no *caput* do mesmo artigo, são destinados à manutenção da condição social do credor, incluindo a alimentação, o

vestuário, o lazer, as necessidades de ordem intelectual, dentre outros. (MADALENO, 2018).

Por tudo quanto exposto, não restam dúvidas de que cônjuges e companheiros podem, reciprocamente, pedir alimentos uns aos outros, sendo o valor fixado conforme a necessidade básica ou destinado à manutenção de um determinado padrão de vida.

A criação da obrigação, no entanto, não é automática com o fim de um relacionamento. Muito pelo contrário: graças à luta feminina e ao advento da Constituição Federal de 1988, a mulher vem conseguindo sua inserção no mercado de trabalho, sendo notória a modificação das estruturas sociais nas últimas décadas neste sentido.

Exatamente por isso, o pagamento de alimentos a ex-cônjuge é encarado, pela doutrina e pela jurisprudência, como algo excepcional: serão fixados quando, no caso concreto, for comprovada a impossibilidade de exercício de atividade remunerada, seja em razão da idade ou de alguma limitação física ou psíquica, por exemplo:

No que toca à genérica disposição legal contida no art. 1.694, caput, do CC/2002, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, é de todo inconcebível que ex-cônjuge, que pleiteie alimentos, exija-os com base no simplista cálculo aritmético que importe no rateio proporcional da renda integral da desfeita família; isto porque a condição social deve ser analisada à luz de padrões mais amplos, emergindo, mediante inevitável correlação com a divisão social em classes, critério que, conquanto impreciso, ao menos aponte norte ao julgador que deverá, a partir desses valores e das particularidades de cada processo, reconhecer ou não a necessidade dos alimentos pleiteados e, se for o caso, arbitrá-los.

Por restar fixado pelo Tribunal Estadual, de forma indubitosa, que a alimentanda não apenas apresenta plenas condições de inserção no mercado de trabalho como também efetivamente exerce atividade

laboral, e mais, caracterizada essa atividade como potencialmente apta a mantê-la com o mesmo status social que anteriormente gozava, ou ainda alavancá-la a patamares superiores, deve ser julgado procedente o pedido de exoneração deduzido pelo alimentante em sede de reconvenção e, por consequência, improcedente o pedido de revisão de alimentos formulado pela então alimentada. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 2008)

A decisão destacada inaugurou, no STJ, a conclusão de que os alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros têm caráter excepcional, “pois aquele que tem condições laborais deve buscar o seu sustento pelo esforço próprio”. (TARTUCE, 2018, p. 1375)

Não obstante, há situações em que o cônjuge faz jus a alimentos em razão da existência de situação excepcional que justifique o estabelecimento da obrigação, mas tal direito vem a ser questionado em razão do cometimento de ato considerado indigno, o que se pretende debater adiante.

4. INDIGNIDADE EM RELAÇÃO À PERCEPÇÃO DE ALIMENTOS PELO CÔNJUGE

O parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil determina que *com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor*. (BRASIL, 2002)

Como se vê, a existência de indignidade no âmbito das relações familiares, a par de gerar as consequências sucessórias tratadas anteriormente, é hipótese que pode gerar a extinção do direito a alimentos independentemente de haver real situação de dependência econômica ou afetiva do credor ou alimentando.

Em consonância com as considerações doutrinárias sobre o tema, foi editado o Enunciado de número 345 da IV Jornada de Direito Civil, que dispõe que:

O procedimento indigno do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.

Apesar de o Código Civil não apontar, de forma expressa, o que pode vir a ser considerado procedimento indigno para fins de extinção da obrigação alimentar, tratando-se, portanto, de norma de conteúdo aberto, é certo que se pode ter em conta as disposições do art. 1.814, que trata da indignidade sucessória, e dos arts. 1.962 e 1.963, que tratam da deserção, para nortear a análise sobre o tema.

Assim, poder-se-ia dizer que os casos de indignidade estariam divididos nas categorias das condutas seguintes: ofensa física (art. 1.962, I e art. 1.963, I); tentativa de homicídio ou homicídio consumado (art. 1.814, I); calúnia (art. 1.814, II), injúria (art. 1.962, II e art. 1.963, II); violência ou fraude contra ato de última vontade (art. 1.814, III); relações ilícitas com o cônjuge do prestador de alimentos (art. 1.962, III e art. 1.963, III); e desamparo (art. 1.962, IV e art. 1.962, IV).

Além de tais hipóteses, entretanto, outras situações podem ensejar o reconhecimento de indignidade, já que, conforme ensinam Nelson Rosenvald e Christiano Chaves de Faria, *a indignidade do credor de alimentos consiste em uma ofensa dirigida ao devedor da pensão, atingindo sua dignidade. Trata-se de comportamento ignóbil, destruidor da solidariedade familiar.* (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 762).

É indigno, portanto, todo comportamento que ofenda a dignidade da pessoa do alimentante, sendo tal dignidade composta por um conjunto de direitos e valores que pertencem ao homem enquanto pessoa e ser humano detentor de direitos e sentimentos. (CARDOSO, 2018).

Cita-se, como exemplo, a infidelidade. O adultério configura descumprimento de deveres conjugais e acaba por atingir a dignidade e a honra subjetiva daquele que foi vítima da traição.

Trata-se de matéria já abordada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Agravo em Recurso Especial n.º

1269166 SP. Na oportunidade, a Ministra Maria Isabel Gallotti destacou que:

(...) A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca a ruptura do elo firmado entre o casal ao tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança e de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente a honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco pode se olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, a grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. (STJ, 2019)

Não se trata, aqui, de discussão relativa à culpa pelo fim de um relacionamento. A sociedade conjugal tem fim independentemente de adultério; ou independentemente de vincular um cônjuge ou outro ao pagamento de alimentos.

O divórcio, enquanto direito potestativo, não prescinde de conduta ilícita para ser requerido e concedido, bastando a simples manifestação de vontade no sentido de que não se deseja continuar o casamento. Ao Poder Judiciário pouco interessa o motivo íntimo pelo qual a dissolução da sociedade conjugal é requerida, excetuando-se, obviamente, a ocorrência de crime, atraindo-se assim o interesse público.

As discussões sobre indignidade repercutem, no direito de família, em relação à fixação de alimentos, sendo perfeitamente

possível (e recomendável, em razão da boa-fé) a utilização do disposto no §único do artigo 1.708 do Código Civil.

Inobstante, nas relações entre cônjuges e companheiros, a indignidade não está exclusivamente ligada ao adultério – “não está atrelada simplesmente ao conteúdo de uma moral sexual, até porque ela é variável e relativizável”. (PEREIRA, 2021)

É o caso, por exemplo, da prática de alienação parental: independentemente de infidelidade, a adoção das condutas no sentido de interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo à manutenção de vínculos com este, é ato considerado reprovável e lesivo à dignidade.

Sobre isso, Rodrigo da Cunha, defendendo que a indignidade no âmbito da obrigação alimentar se relaciona mais com a ética que com a moral, afirma que “não é ético, por exemplo, que uma pessoa receba pensão do ex-cônjuge ou companheiro e, ao mesmo tempo, impeça, injustificadamente que ele conviva com os filhos comuns, ou pratique atos de alienação parental”. (PEREIRA, 2021)

Na mesma esteira, Venosa (2014, p. 406) afirma que *a indignidade do procedimento deve ser aferida no caso concreto. O alimentando que se entrega à delinquência ou à prostituição, por exemplo, pode perder o direito à pensão alimentícia. A norma possui evidente conteúdo ético e moral.*

De fato, a prática de atos de alienação parental, além de ser deletéria em relação à construção da personalidade da própria criança ou adolescente, representa ofensa direta à dignidade do genitor na medida em que causa prejuízos ao estabelecimento ou manutenção de vínculos familiares, protegidos constitucionalmente, conforme se infere dos arts. 226 e ss. da Constituição Federal.

O que se percebe, portanto, é que o conceito de indignidade para o direito de família, especificamente no tocante à possibilidade de extinção da obrigação alimentar, não possui contornos objetivos, devendo-se apurar, no caso concreto, e a partir das garantias do devido processo, se a conduta praticada é passível de ser considerada indigna juridicamente, utilizando-se como parâmetro o próprio ordenamento jurídico, como se vê em relação à violação dos deveres conjugais e

sua repercussão social, bem como em relação à prática de atos de alienação parental, desde que ofendam a dignidade do alimentante.

5. CONCLUSÃO

Como se viu, no âmbito do direito de família, especificamente no que toca ao fim das relações conjugais e às relações jurídicas provenientes do rearranjo familiar, as normas jurídicas concernentes à indignidade quanto ao direito ao recebimento de alimentos ainda carecem de maior debate da doutrina e da jurisprudência.

Inobstante, pela norma disposta no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, resta clara a possibilidade de se apurar procedimento indigno do credor de alimentos, visando à extinção da obrigação, devendo-se utilizar, para tanto, a análise do caso concreto para que se verifique se a conduta pode ser considerada indigna juridicamente, utilizando-se como parâmetro o próprio ordenamento jurídico.

Conclui-se, portanto, que a depender do caso em análise, a violação dos deveres conjugais e sua repercussão social, bem como a prática de atos de alienação parental, comprovada a ofensa à dignidade do alimentante, são causas para que cesse a obrigação alimentar. Entretanto, dada a complexidade do tema e os riscos causados por interpretações teleológicas que redundam em ativismo judicial prejudicial ao sistema normativo, entende-se que a análise do caso concreto deve se dar sob a perspectiva e garantias do devido processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 10406 de 2002**. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>

BRASIL. STJ, **REsp 1.269.166/SP**. Relatora Ministra Maria Isabel Galotti. DJe: 1º/02/2019.

BRASIL. STJ, **REsp 933.355/SP**, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.03.2008, DJ 11.04.2008.

BRASIL. STJ, **AgRg no REsp 1305614/DF**, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.09.2013, DJ 02/10/2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARDOSO, Fabaina Domingues. **A indignidade no Direito aos Alimentos**. 1 ed. São Paulo: IASP, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. V. 7.

LUD, Natanael; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/liberdade/>>. Acesso 10 jul 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Posso perder a pensão alimentícia?** Entenda o que é indignidade alimentar e como pode resultar em perda de pensão. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/posso-perder-a-pensao-alimenticia-entenda-o-que-e-indignidade-alimentar-e-como-pode-resultar-na-perda-da-pensao/>. Acesso em 11/07/2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TJMG. **Agravo de Instrumento 1.0112.07.072770-9/001.** 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Carreira Machado, j. 25.11.2008, DJ 10.12.2008.

TODSQUINI, Fernanda Silva. **A inclusão do abandono afetivo no rol das causas de indignidade sucessória.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1625/A+inclus%C3%A3o+do+abandono+afetivo+no+rol+das+causas+de+indignidade+sucess%C3%B3ria>. Acesso em 11/07/2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO

Reysa Taline Frois Lourenço

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO

*Reysa Taline Frois Lourenço*⁴⁸

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. 3. AUTOMATIZAÇÃO DO DIREITO. 4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS SETORES PÚBLICO X PRIVADO. 5. AS VANTAGENS DA I.A. NOS SETORES JURÍDICOS. 5.1 Automação de Documentos. 5.2 E-learning. 5.3 Resolução de conflitos por meio eletrônico. 5.4 Pesquisa Jurídica Inteligente. 5.5 Análise massiva de processos. 6. OUTRAS QUESTÕES ENVOLVENDO A I.A. E O DIREITO. 6.1 Alto Custo. 6.2 A Indispensabilidade do Advogado. 6.3 O perigo das decisões automatizadas e a falta de transparência algorítmica. 7. DIREITO 4.0. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o agente responsável por todo o processo transformador da realidade chama-se ser humano. O homem foi capaz de desbravar o mundo, aperfeiçoando-se, lapidando o seu conhecimento, até que suas ideias se materializassem.

Desde a 1^a Revolução Industrial o homem vem sendo substituído por máquinas, já tendo experimentado as mudanças trazidas pela quarta revolução industrial, marcada pela inovação da ciência tecnológica. Os últimos anos foram revolucionários, a tecnologia tomou conta de todas as áreas, inclusive das profissionais. Hoje em dia, softwares e programas são responsáveis por grande parte das atividades gerenciais, das carreiras, dos negócios e serviços.

É nesse ambiente totalmente automatizado que a Inteligência Artificial (I.A.) encontrou seu momento propício para desenvolvimento, concretizando suas potencialidades e variadas formas de inserção

⁴⁸ Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Pós Graduada (Especialização em andamento) em Direito Imobiliário pela FAMART. E-mail: rfrois1@hotmail.com.

no mercado. A tecnologia atingiu um nível de inteligência similar à humana, capaz de emitir comportamento e realizar tarefas, antes realizadas apenas pelo homem médio.

É inegável que a tecnologia já invadiu a seara jurídica. Considerando essa interseção, e a necessidade de estudar o tema, este trabalho aborda no decorrer de seus capítulos as vantagens e os impactos causados pela inteligência artificial no Direito.

O primeiro capítulo traz o conceito e a historicidade da Inteligência Artificial. Já o segundo capítulo retrata a automatização do Direito, que ocorreu para otimizar o processo no Brasil, sendo o marco inicial de introduções tecnológicas no Direito. Adiante, o terceiro capítulo irá abordar a computação cognitiva no âmbito dos tribunais e escritórios de advocacia, e como estão sendo aplicadas as tecnologias de I.A. nos setores público e privado.

O quarto capítulo retrata as vantagens da Inteligência Artificial no Direito, e o quinto capítulo, por sua vez, analisa o outro lado da moeda, abordando questões importantes sobre a introdução de tecnologias de I.A. nos setores jurídicos, como por exemplo o alto custo de sua introdução.

Por fim, considerando que as tecnologias futurísticas já se apresentam para os profissionais, o último capítulo do artigo aborda a necessidade de os profissionais jurídicos se adaptarem ao novo modelo tecnológico do Direito 4.0, a nova era vivenciada marcada pela introdução de tecnologias de ponta na vida do advogado.

O objetivo deste trabalho, portanto, é atualizar os profissionais, sobretudo aqueles recém-formados, sobre a atual situação da profissão jurídica, e a perspectiva do mercado de trabalho, que exige um profissional 4.0. Para tanto, são apresentadas alternativas profissionais para os futuros operadores de Direito, abordando as novas profissões que surgiram neste ambiente jurídico totalmente tecnológico.

O referencial teórico do trabalho engloba pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, notícias, artigos e dissertações.

Por fim, a importância deste trabalho é apresentar algumas das tecnologias inteligentes que tem revolucionado a seara jurídica.

A tendência lógica não é a substituição do advogado, mas já existem softwares que realizam suas tarefas repetitivas.

Destarte, a relevância do presente artigo é, ao mesmo tempo que atualizar os profissionais, despertá-los um olhar crítico acerca do atual momento vivenciado pelo Direito, sendo necessário o constante aperfeiçoamento do advogado ou servidor público na área tecnológica, porque a certeza do futuro chegou: homem e máquina coexistem nos postos de trabalho.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Com as revoluções tecnológicas ganhando espaço na atualidade, o homem vem buscando uma maneira de simular o comportamento humano através de máquinas. Foi nos anos 50 que Allan Turing, considerado um dos pais do computador moderno, resolveu refletir sobre o comportamento cognitivo das máquinas, e publicou o artigo *Computing Machinery and Intelligence* em um prestigioso periódico britânico, indagando: “podem as máquinas pensar?” (LIMA FILHO, 2010).

Para responder ao questionamento, Turing desenvolveu um teste, conhecido como Teste de Turing, no qual um computador era interrogado por uma pessoa, sem que tal pessoa soubesse que estava conversando com um computador. A máquina passaria no teste se a pessoa não fosse capaz de identificar se estava conversando com um computador ou com um ser humano. Nenhum computador passou no teste (LIMA FILHO, 2010).

O termo Inteligência Artificial, por sua vez, aparece pela primeira vez na história no ano de 1956, durante um workshop ministrado por quatro pesquisadores, dentre eles John MacCarthy, quem atribuiu o termo. O estudo proposto pelos pesquisadores abordava a tentativa de aprendizagem da máquina para simular linguagens, abstrações, resolução de problemas, que, até então, eram comportamentos reservados ao ser humano (LIMA FILHO, 2010).

É difícil definir o que é Inteligência Artificial, apesar de poder ser interpretada como uma disciplina do conhecimento humano. Para Barr & Feigenbaum citado por Machado (2005, p. 11) “Inteligência Artificial é a parte da ciência da computação que compreende o projeto de sistemas computacionais que exibam características associadas, quando presentes no comportamento humano, à inteligência”.

No geral, para entender a Inteligência Artificial é só associá-la à capacidade de uma máquina em reproduzir um comportamento humano.

Ao longo dos anos, a capacidade cognitiva das máquinas veio sendo aprimorada. Entre a década de 50 e 60, várias foram as inovações no campo da ciência computacional e cognitiva, dentre elas, cite-se o feito de John McCarthy, que desenvolveu a linguagem de programação Lisp (List Processing), que se transformou na linguagem dominante da Inteligência Artificial. É a segunda linguagem em uso mais antiga. (MACHADO, 2005)

Entre os anos 1966 e 1974 a Inteligência Artificial estava restrita ao ambiente acadêmico. Foi nesse intervalo que surgiram conceitos hoje integrados à I.A., como desenvolvimento de softwares, processamento simbólico, etc. (MACHADO, 2005).

Machado (2005, p. 14) ensina que na década de 70 a I.A. “passou a permitir o desenvolvimento de sistemas com desempenho intelectual equivalente ao de um ser humano adulto, abrindo perspectivas de aplicações comerciais e industriais.” Um verdadeiro avanço para o campo da computação cognitiva, pois sistemas simples e menos eficientes foram deixados de lado, para que sistemas inteligentes, e capazes de resolver problemas mais complexos entrassem para o jogo.

Já no ano de 1981, a I.A. transformou-se em uma indústria, o Japão lançou um projeto cujo nome atribuído foi “Quinta Geração”. O projeto visava a construção de computadores inteligentes em 10 anos. (MACHADO, 2005).

Contudo, foi na década de 90 que as coisas tomaram um rumo a nível mundial. Em 1991, foram utilizados sistemas de I.A. na guerra do Golfo. Em 1992 um sistema pericial foi capaz de analisar um caso

médico. O programa chegou a um resultado e explicou o seu porquê, expondo os fatores que influenciaram o diagnóstico (MACHADO, 2005).

Em 2000, começaram a surgir no mercado brinquedos inteligentes. Em 2001, Machado (2005) afirma que o computador já era capaz de se comunicar ao nível de uma criança de 15 meses.

Com esse histórico, é possível identificar a gradativa evolução da Inteligência Artificial, que, ao longo dos anos, teve sua linha de pesquisa ampliada. Mas o que tem chamado a atenção das mais diversas áreas é o fato de que, atualmente, em 2020, máquinas substituem postos de trabalho e realizam tarefas antes reservadas ao homem, apenas.

Sim, as coisas evoluíram muito, mas este processo é inevitável. Desde a 1ª Revolução Industrial a máquina tem cada vez mais ocupado o lugar do homem. Mas, qual o motivo de empresas e setores optarem pela aplicação da Inteligência Artificial? É simples, eficiência e produtividade.

De acordo com relatório do Information Services Group (IS), a RPA Robótica de Processos (RPA) tem permitido que empresas executem processos de negócios de 5 a 10 vezes mais rápido e 37% menos recursos, em média. Este impacto positivo impulsiona o setor e a estimativa é que até 2050, 80% das atividades realizadas por humanos serão automatizadas. De acordo com a McKinsey, com a tecnologia disponível atualmente, 45% das tarefas já podem ser realizadas por robôs. (AZEVEDO, 2017)

A substituição do homem por máquinas, por um lado, pode ser vista como vantajosa, e, por outro, como um desafio. Apesar de a I.A. ser mais invasiva em áreas gerenciais e matemáticas, as profissões arcaicas, rebuscadas, que carregam consigo uma herança cultural ao longo da história, como o Direito, não deixarão de sofrer os impactos da Inteligência Artificial. Aliás, já estão sofrendo. Isso mesmo! É

a era do Direito 4.0, em que a tecnologia ganha espaço no trabalho intelectual do advogado.

Mas, nessa esfera tão peculiar, essencial à administração da justiça, até onde a inovação tecnológica pode ir? Como a profissão tem se sustentado diante desse cenário tanto quanto atual? As respostas a esses questionamentos serão respondidas ao longo dos capítulos.

3. AUTOMATIZAÇÃO DO DIREITO

A interação entre o ambiente de trabalho e as tecnologias surgidas no século XXI, possibilitaram a automatização do processo no Brasil. Novas ferramentas foram criadas nos últimos anos e inseridas na seara jurídica como forma de otimização, economia e praticidade no processo judicial.

Segundo Felipe e Perrota (2018) o judiciário brasileiro tem recebido cerca de 25 milhões de ações ajuizadas, somadas aos milhões de casos que tramitam nas mais diversas instâncias judiciais. Ainda, conforme os autores, em 2016 o CNJ divulgou relatório em 2016 informando que quase 100 milhões de processos aguardavam julgamento, e que em média, são 11 anos de tramitação antes do processo alcançar as instâncias superiores.

Sobre o tema, Lira preconiza que:

No decorrer dos anos, com o surgimento da globalização, cumulada com o advento da era digital e o aumento da população, o crescimento de lides se torna cada vez mais constante, e faz com que a máquina do Poder Judiciário seja acionada, acarretando, conseqüentemente, em um aumento significativo no volume de processos em tramitação a serem solucionados, abarrotando os corredores dos Tribunais e comprometendo os julgamentos dos processos nos Tribunais (LIRA, 2004).

A morosidade é um grande problema enfrentado pelo judiciário brasileiro, tendo em vista o tempo excessivo em que os processos ficam parados nas secretarias aguardando despachos, andamentos, conclusões e decisões. O intervalo de tempo em que o processo fica em secretaria sem sofrer nenhum andamento, o que pode demorar meses ou anos, é chamado de etapa morta do processo, e a demora é desencadeada pelo número de processos existentes hoje nos fóruns e tribunais, que extrapola a quantidade suportada pelo trabalho dos servidores públicos.

As normas impostas pelo Novo Código de Processo Civil buscaram simplificar os atos processuais, a fim de obter uma razoável duração do processo. Veja-se que o artigo 4º deste dispositivo legal elenca que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Este artigo, por sua vez, traz alguns aspectos principiológicos da economia e celeridade processual. Ocorre que, na prática, algumas medidas precisavam, com urgência, serem tomadas. Foi assim que as tecnologias atuais tomaram conta da esfera jurídica, pois suas potencialidades poderiam dar celeridade ao processo judicial brasileiro.

Foi então introduzido no Brasil o chamado Processo Judicial Eletrônico (Pje), cujos primeiros testes ocorreram em 2003, e vieram sofrendo alterações e melhorias. Em 2006, foi instituída a Lei 11.419/06, regulamentando a informatização do processo judicial no Brasil, impulsionando o desenvolvimento da informatização nos tribunais, já que o judiciário necessitava se adequar à realidade tecnológica que ascendia (ARNOUD, 2014).

O STF instituiu a resolução 344/2007 e em junho de 2007 foi implantado no Supremo Tribunal Federal o sistema E-STF, programa de peticionamento e prática de atos processuais através do meio eletrônico, passando a receber Recursos Extraordinários. E no ano de 2010 é promulgada a resolução de número

427, a qual torna obrigatória a tramitação do processo eletrônico pela via eletrônica nas ações de sua competência. No Superior Tribunal de Justiça, a resolução de número 2 de 24 de abril de 2007, inaugura o processo eletrônico neste tribunal. As ações de competência originária do STJ, assim como o Habeas Corpus, começam a ser recebidos através da via eletrônica. Em fevereiro de 2009 a resolução 01 de 96 de fevereiro de 2009 cria o E-STJ. (ARNOUD, 2014)

Veja-se que a introdução do Processo Judicial Eletrônico foi um marco jurídico tecnológico importantíssimo para o Direito. Tribunais, inclusive os superiores, adotaram a forma mecanizada do processo, e não se pode olvidar que uma das funções da automatização do processo é dar celeridade ao trâmite.

A implementação desses sistemas de tramite processual possibilitam a intimação *on line* das partes e advogados, envio de petições diversas e distribuição de iniciais, consulta aos andamentos processuais de qualquer lugar onde se encontre, atendendo, por conseguinte aos Princípios do Direito Processual, especialmente a Celeridade, Publicidade e o Acesso à Justiça. (REZENDE, 2016)

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 também regulamenta a prática e comunicação dos atos processuais por meio eletrônico. Em junho de 2017 o CNJ aprovou o envio de intimações via WhatsApp, aplicativo instantâneo de mensagens.

Segundo o Conjur (2018) “os tribunais adquiriram celulares para fazer as intimações por meio do WhatsApp, treinaram seus servidores para a tarefa”.

Uma notícia publicada pelo Tribunal de Justiça do Ceará informa que a justiça já utiliza o aplicativo do WhatsApp para ouvir testemunha de crime. A matéria veicula que “os magistrados do Ceará têm utilizado

os recursos tecnológicos para agilizar o trâmite processual e facilitar o acesso do cidadão à Justiça.” (TJCE, 2019).

A juíza Ana Celina Monte Studart Gurgel Carneiro ouviu uma testemunha de acusação em processo que envolvia o crime de latrocínio. O depoimento foi realizado através de chamada de áudio e vídeo. A juíza que ouviu o depoimento estava na Comarca de Itarema e a testemunha em Fortaleza, sendo que a distância entre as Comarcas é de 213 km. Com a realização da oitiva, encerrou-se a fase de instrução da ação penal. A juíza ainda afirmou que “a tecnologia tem sido aliada do Judiciário para promover celeridade” (TJCE, 2019).

Percebe-se, desta forma, que a aplicação de recursos tecnológicos na seara jurídica ao mesmo tempo que inevitável, é vantajosa. As grandes mudanças tecnológicas, a popularização da internet e de seu acesso, e a quantidade de dados produzidos e transmitidos de forma virtual comprovaram que a interação jurídico-tecnológica seria inevitável.

Ocorre que o mercado da inteligência artificial tem crescido a cada dia mais, e suas tecnologias de alto grau tem atraído a atenção dos escritórios e tribunais. No Brasil, a Inteligência Artificial no âmbito jurídico já é realidade. A automatização do direito através da informatização do processo e atos processuais foi apenas o marco inicial de introdução de novas tecnologias no Direito.

O questionamento que se faz é como o Direito tem lidado com essa inserção, já que a Inteligência Artificial vem conquistando seu território nos escritórios de advocacia e nos tribunais, mostrando-se extremamente eficiente, conforme exporá o próximo capítulo.

No âmbito dos tribunais e escritórios de advocacia, destaca-se a introdução da I.A. nas respostas jurídicas (através de pesquisa), captação de dados num vasto banco jurisprudencial, análise de licitações e contratos, possibilidades de revisão do *decisum*, e, sobretudo, a automatização em massa da advocacia. Conforme Felipe e Perrota (2018, p. 08) “o mundo jurídico já vive o potencial transformativo das tecnologias da informação sobre práticas que muitos acreditavam ser imutáveis”.

Pode-se afirmar que o avanço é inevitável, mas, afinal, será que Direito está preparado para as mudanças futurísticas? Como conciliar essa nova era de robôs e softwares com as “fórmulas seculares consagradas em códigos de processo e regimentos internos dos tribunais?” (CONJUR, 2019).

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS SETORES PÚBLICO X PRIVADO

Não se pode olvidar que as tecnologias da Inteligência Artificial trazem inúmeros benefícios para a seara jurídica, sobretudo em atividades repetitivas realizadas por servidores e advogados.

Os artifícios da I.A. já são realidade no mundo jurídico, e diversos países já adotaram as tecnologias futurísticas como forma de otimização das funções. Nos EUA, pode-se citar o robô ROSS, conhecido como robô-advogado, criado pela IBM. Um famoso escritório de massa norte-americano, que emprega cerca de 900 advogados, adotou o sistema para que os advogados não tenham que gastar mais tempo que o necessário encontrando legislações e jurisprudências sobre determinado assunto. Assim, essa função foi totalmente descolada para o incrível ROSS. (FUX, 2019)

Ademais, o robô-advogado também é utilizado para monitorar decisões proferidas no mundo, em tempo real. Qualquer decisão que afete um caso acompanhado pelo escritório será imediatamente comunicada ao escritório pelo robô inteligente. Veja-se que tais funções eram incumbidas ao advogado, pesquisar jurisprudências, acompanhar novos entendimentos a respeito de determinado assunto (FUX, 2019).

Além de todas essas funções realizadas pelo ROSS, o robô conta com a ajuda de um subsistema chamado EVA, responsável por analisar peças processuais.

Fux, em sua palestra, ensinou que:

Por fim, cabe ressaltar que o ROSS possui ainda um subsistema, chamado de EVA, que funciona especificamente para a análise de peças processuais. Assim, um escritório poderá inserir no sistema a petição inicial ou contestação apresentada pelo advogado da outra parte da demanda e deixar que a EVA pesquise a jurisprudência citada, destaque as partes do texto que discutem questões relevantes e busque jurisprudência atualizada sobre essas informações, apresentando-as de forma mais concisa. (FUX, 2019)

Outra tecnologia inteligente criada pela Universidade de Colômbia é utilizada para revisões contratuais. O sistema chamado Ebrevia “extrai as informações essenciais do contrato para garantir que suas cláusulas sejam observadas, evitando a não observância de algo previsto no contrato” (FUX, 2019).

No âmbito da justiça brasileira, também já existem inúmeras tecnologias de I.A. O Watson, uma plataforma também criada pela IBM, foi implantada em um escritório de advocacia localizado em Recife, sendo utilizado para automatizar serviços repetitivos. Em relação ao preenchimento de dados, a implantação do Watson neste escritório aumentou a média de acertos de 75% para 95%, conforme explica Nunes, Rubinger e Marques (2018).

Já Sperandio (2018) informa que a empresa Finch Soluções, fundada em 2013, surgiu diante da necessidade de gerenciamento processual de um famoso escritório de massa chamado JBM & Mandaliti, cuja sede está situada em Bauru, São Paulo. A empresa também utiliza a plataforma Watson, em parceria com a IBM, para desenvolvimento de suas tecnologias de I.A., ofertando serviços de gerenciamento de processos, pesquisas jurisprudenciais, e análise de dados. O objetivo da empresa é melhorar, através de seus serviços, a produtividade dos advogados. Sperandio leciona que:

A Finch identificou uma grande oportunidade a partir de um trabalho encomendado ao JBM, que foi contratado para conduzir uma avaliação de julgados contra planos de saúde durante dez anos em tribunais brasileiros de segunda instância. Durante 45 dias, 25 advogados trabalharam na análise dos dados formulando conclusões sobre as probabilidades de ganho, e classificando 13 mil ações por Estado. Como a Finch já estudava a utilização de IA, pensou-se em testar as ferramentas que estavam em desenvolvimento. Um dos advogados foi designado para “ensinar a máquina, ou seja, treinar os algoritmos na identificação, compreensão e interpretação das entidades existentes” nos documentos analisados, de forma a conseguir a estruturação dos dados, registrar as ações mais importantes e o resultado (procedente ou improcedente). (SPERANDIO, 2018, p. 89)

Os advogados gastavam, em média, 45 dias para realizar a análise manual de dados. O resultado obtido pelo sistema de I.A. surpreendeu, porque foram gastas apenas 15 horas. Isso chamou a atenção da Universidade de Harvard, nos EUA, em 2014, para que os executivos da Finch abordassem o tema Inteligência Artificial no mundo jurídico em um seminário inaugural de inovação disruptiva no Direito (SPERANDIO, 2018).

Já utilizado no âmbito das procuradorias do país, a ferramenta de I.A. conhecida como Assistente Digital do Promotor, trata-se de software criado pela Softplan, cuja função é auxiliar na organização do volume de processos, sendo capaz de fornecer análises eficientes e objetivas, auxiliando o trabalho dos promotores (HOFFMAN, 2018).

Para Paulo César Zeni, promotor e assessor especial da Procuradoria Geral de Justiça do MP de Mato Grosso do Sul, o programa auxilia a solucionar um problema surgido nos últimos anos. Com a digitalização dos processos, o fluxo deles ficou muito mais rápido,

especialmente nos cartórios. Isso levou mais trabalho aos promotores, que agora passam a ter ferramentas para também serem mais ágeis. (CONJUR, 2017)

Segundo notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal (2019), a ferramenta consagrada com o nome de Victor está em fase de estágio supervisionado, sendo que os serviços ofertados por este programa inteligente são:

No Supremo, está sendo desenvolvida, em parceria com a Universidade de Brasília, uma ferramenta de inteligência artificial destinada a identificar os recursos extraordinários vinculados a temas de repercussão geral, não apenas no STF, mas com potencial de atuação em todo o Poder Judiciário. E o CNJ acaba de criar o Laboratório de Inovação para o Processo Judicial Eletrônico - PJe (Inova PJe), um ambiente para a pesquisa, a produção e a incorporação de inovações tecnológicas à plataforma responsável pela gestão do PJe. (STF, 2019)

O nome Victor, segundo Fux (2019), foi atribuído para homenagear o ex-Ministro da Corte Victor Nunes Leal, responsável por tentar sistematizar os precedentes do STF. Segundo o STF, os servidores levavam cerca de 44 minutos para realizar uma tarefa, e o Victor leva apenas 5 segundos para resolvê-la.

Fux (2019) ressalta que a função do Victor não é julgar, tampouco proferir qualquer decisão, visto que tal função é estritamente humana. Será? Valentini (2018) ministrou uma palestra no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cujo tema provocante foi: “um computador é capaz de encontrar a única resposta correta para julgar um caso concreto? E você?”.

Valentini (2018) afirma que já existe um projeto em desenvolvimento de uma máquina capaz de elaborar sentenças e votos. A ferramenta que auxiliará a Justiça do Trabalho foi formulada

por um pesquisador em Santa Catarina, que juntou conhecimentos de um profissional de engenharia e um profissional do Direito. O fato de deslocar funções estritamente decisórias às máquinas será objeto de análise no próximo capítulo.

A Advocacia Geral da União (AGU), em 2014, implantou seu sistema de Inteligência Artificial chamado Sapiens. O sistema auxilia o procurador, simplificando a produção de peças processuais, de forma automatizada, o que facilita o trabalho do advogado geral, diminuindo drasticamente a necessidade de seu trabalho manual. Além disso, o software inteligente também fornece sugestões de teses jurídicas a serem utilizadas em determinado caso concreto (NUNES; RUBINGER; MARQUES, 2018).

Nunes, Rubinger e Marques (2018) preconiza que, em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça tem trabalhado com um sistema, utilizado para indexação automática de processos, além de identificar a existência de demandas idênticas.

Capra (2020) informa que o nome da ferramenta é Radar, e que o robô “consegue identificar a qual tribunal pertence determinado entendimento, se é do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo ou do próprio TJ-MG.”

O Tribunal Superior do Trabalho, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) também tem trabalhado na elaboração de um sistema de triagem processual, e para “processamento de julgados envolvendo a questão jurídica para a sugestão de proposta de voto” (NUNES; RUBINGER; MARQUES, 2018).

Ademais, segundo Gomes (2018), o Tribunal De Contas da União também já inseriu as tecnologias da I.A para auxiliarem os servidores em suas tarefas. O robô Alice, por exemplo, identifica irregularidades em licitações, e, pontualmente, todos os dias, às 19h, envia um e-mail aos auditores do TCU com resumo das centenas de contratações federais publicadas no dia.

Gomes (2018) ouviu o secretário de fiscalização de tecnologia da informação, Wesley Vaz Silva, que afirmou: “este tipo de trabalho

poderia ser feito por humanos, mas seria muito custoso porque são, em média, 200 editais por dia”.

Em conjunto com Alice, trabalham as máquinas robóticas Sofia e Mônica, lendo, analisando e emitindo pareceres sobre incongruências em textos produzidos pelos auditores, além de sugerirem a melhor correlação textual. Gomes (2018) ressalta que as figuras robóticas não tem pernas, braços e nem são feitas de metal, mas estão inseridas nos sistemas atualizados do Tribunal.

No âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a robô Elis já tem auxiliado a justiça a diminuir o tempo de análise e julgamento de processos acumulados. Elis reduz para 15 dias o trabalho que 11 servidores levariam cerca de um ano para concluir. A máquina Elis, “confere, de forma acelerada, os documentos, datas e dados dos processos e faz o encaminhamento para os juízes. Em 15 dias, a ferramenta conseguiu dar andamento a 70 mil processos.” (CASTRO, 2019)

Observa-se que, no âmbito da justiça brasileira, bem como em diversos escritórios de advocacia, as tecnologias da Inteligência Artificial têm sido fortemente utilizadas de forma subsidiária, para auxiliar servidores públicos e advogados. De fato, a I.A. já ganhou espaço no âmbito do Direito, e pode-se afirmar que a inserção de suas tecnologias de alto nível são irrefreáveis.

O *machine learning*⁴⁹ tem sido altamente utilizado em ferramentas de automatização de documentos, interpretação, classificação e armazenamento de informações, e é certo que tais ferramentas cumprem um papel virtuoso no Direito.

Porém, a questão posta e que merece análise é o fato de que a evolução gradativa de softwares, a capacidade de aprendizado da máquina e a eficiência com que as ferramentas robóticas trabalham podem levar o Direito a uma era extremamente mecanizada, exigindo um profissional jurídico apto a lidar com a nova realidade.

⁴⁹ *Machine learning*, do inglês, aprendizado da máquina. Conceito associado à inteligência artificial, tratando-se de um dos recursos da computação cognitiva

Como visto anteriormente, escritórios de massa tem aplicado ferramentas que realizam com mais eficiência o trabalho mecânico de um advogado. Poderia o profissional jurídico ser totalmente substituído? Postos de trabalho podem ser ocupados por máquinas?

Ademais, apesar das ferramentas de I.A. serem pretensamente objetivas, podem, muitas vezes, esconderem subjetividades humanas, porque quem elabora um algoritmo ou realiza o aprendizado da máquina é o ser humano. Os próximos capítulos explanarão tais questões.

5. AS VANTAGENS DA I.A. NOS SETORES JURÍDICOS

Os sistemas de Inteligência Artificial inovaram a profissão jurídica. As ferramentas convencionais utilizadas pelo advogado e servidor público foram superadas pelas tecnologias de I.A., transformando por inteiro o funcionamento de seu trabalho. As chamadas tecnologias disruptivas, por sua vez, trazem inúmeras vantagens para o Direito, como será demonstrado.

5.1 AUTOMAÇÃO DE DOCUMENTOS

A Inteligência Artificial aplicada na seara jurídica inovou a forma com que documentos são elaborados de forma padronizada. Segundo matéria publicada no site Transformação Digital⁵⁰, automação de documentos “consiste na execução daquelas tarefas padronizadas e repetitivas por meio de softwares”.

As vantagens da automação compreendem a celeridade na produção do documento, a redução de erros e a padronização. Frise-se que o ganho de tempo beneficia abundantemente o advogado, que teria seu tempo ocupado para produzir aquele documento, sendo que, com as ferramentas de automação, tendo sido tal função deslocada

⁵⁰ Disponível em: < <https://transformacaodigital.com/juridico/automacao-de-documentos/>>. Acesso em 01 mai. 2020.

para a máquina, o profissional pode investir seu tempo em tarefas mais valorosas, que exigem, de fato, seu conhecimento técnico.

Outra vantagem citada na matéria veiculada pelo site Transformação Digital é o aumento da produtividade, uma vez que a máquina consegue facilmente produzir um documento num intervalo de tempo menor que o homem, dessa forma, produzirá mais em menos tempo.

O site frisa que o aumento da produtividade deve ser enxergado não só em seu caráter quantitativo, mas também qualitativo, tendo em vista que a padronização do documento por meio do aprendizado da máquina irá reduzir drasticamente os erros, principalmente materiais. Importante salientar que documentos são automatizados através de plataformas e softwares.

5.2 E-LEARNING

As Ferramentas de *e-learning*, ou seja, o ensino por meio eletrônico, modifica o modelo com que o advogado é treinado. As ferramentas de aprendizagem interativas substituem os modelos antigos de aprendizado, como cursos presenciais (SPERANDIO, 2018).

Ainda segundo Sperandio (2018, p. 38) “em vez de cursos com assuntos pré determinados, serão disponibilizadas ferramentas de aprendizagem interativa com adaptações a necessidades específicas de cada advogado.”

Frise-se a importância do *e-learning* para o aprendizado dos colaboradores e, sobretudo, de advogados, que, diante do cenário altamente tecnológico em que estão inseridos atualmente, precisam ser treinados a manusear ferramentas de negócios.

Esta nova forma de treinamento de um profissional jurídico só foi possível, sem dúvidas, no momento em que as tecnologias inovadoras de I.A. foram introduzidas na seara jurídica.

5.3 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO ELETRÔNICO

Com a ampliação da tecnologia no mundo jurídico, o mercado de acordos e negociações online ganharam espaço, permitindo que os conflitos fossem facilmente resolvidos por meio eletrônico. A regulamentação da conciliação e mediação, com o advento do Código de Processo Civil em 2015, permitiu a criação de plataformas online para a resolução de impasses. Startups e lawtechs apostaram nesse novo mercado, que se expandiu tanto, a ponto de impactar diretamente o judiciário, aliviando a carga processual dos fóruns e tribunais (FREITAS, 2018).

Segundo a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L) (2017), que se trata de uma “entidade que visa apoiar o desenvolvimento de empresas que oferecem produtos ou serviços inovadores por meio do uso de recursos tecnológicos para a área jurídica”, existem empresas como Acordo Fechado, Concilie Online, eConciliar, Jussto, Mol e Sem Processo, as quais prestam serviços de resolução de disputas no campo virtual.

Segundo Freitas (2018), o Brasil já conta com diversas plataformas online para resolução de conflitos de interesses, sendo que as startups promovem desde a negociação de conflitos, na qual somente as partes participam e chegam a um comum acordo, até a mediação, que necessita da presença de um terceiro, chamado mediador.

Sperandio (2018) traz alguns exemplos de *legaltechs* brasileiras que disponibilizam a resolução de conflitos online, como a Arbitranet, E-arbitragem, ofertando serviços de arbitragem, a Semprocesso, plataforma criada por advogados de um certo escritório, com intuito de auxiliar acordo entre empresas, MeuMegafone, que intermedia acordos trabalhistas, Mediação Inteligente e Resolvja, que trabalham com a mediação online, Econciliar, com serviços de conciliação online, e, por último, a Ajudajus, que intermedia indenizações pagas por empresas de voos aos passageiros lesados.

5.4 PESQUISA JURÍDICA INTELIGENTE

O trabalho de advogados, sobretudo dos advogados juniores, já é facilmente superado por sistemas de pesquisa legal, programados através do *machine learning*. Pesquisas jurisprudenciais, revisão de dados, acompanhamento de decisões e categorização de dados não mais compõem o trabalho de um advogado, sobretudo nos escritórios de massa, o que tem aumentado a eficiência e abreviamento do tempo gasto com a pesquisa. (SPERANDIO, 2018, p. 43)

No Brasil, há diversas empresas atuando nesse segmento. É o caso da Oyst, por exemplo, que desenvolve robôs para auxiliar departamentos jurídicos e escritórios de advocacia a interagir com os sites dos tribunais, os portais eletrônicos e o sistema de informações de seus clientes. (SPERANDIO, 2018, p. 43)

O Superior Tribunal de Justiça, em parceria com a Enfam, desenvolveu um projeto denominado Corpus927, cujo objetivo é “consolidar em um só local as decisões vinculantes do STF e do STJ, e a jurisprudência do STJ”, segundo o site⁵¹ do Projeto Corpus927.

Para realizar a pesquisa, a pessoa (advogado, servidor, estudante) deve entrar no site e selecionar a norma. Segundo o site do projeto, o STJ, ao criar esta plataforma, objetivou facilitar o trabalho de quem realiza pesquisa legais, e concentrar todos os julgados num só lugar, para facilitar a busca.

Ocorre que, com o advento da Inteligência Artificial na seara jurídica, surgiram programas que realizam essa função sem a necessidade do ser humano (advogado, servidor, estudante, etc) se empenhar em ler cada decisão, conferir e interpretar. O sistema lê, interpreta e entrega a pesquisa pronta.

51 Disponível em: < <https://www.digesto.com.br/> >. Acesso em 03 mai. 2020

Um exemplo claro de plataforma de pesquisa jurídica inteligente é a Digesto, uma ferramenta que mapeia o genoma legal brasileiro, realiza pesquisa jurisprudencial precisa, promove levantamento e armazenamento de dados colhidos na nuvem (banco de dados, ou Big Data), tendo ainda a maior base de processos existentes. Segundo o site da Digesto52 a plataforma é uma “ferramenta única de pesquisa e acompanhamento para todos os tribunais do Brasil”.

5.5 ANÁLISE MASSIVA DE PROCESSOS

As máquinas também tem sido altamente utilizadas para análise massiva de processos, sobretudo pelo poder judiciário, que vem implantando as tecnologias de I.A. e estudando novas formas de acelerar o procedimento no país.

No âmbito dos tribunais, é possível identificar como a Inteligência artificial também tem sido muito utilizada e super acolhida pelos servidores, que tiveram suas tarefas facilitadas com a implantação de diversos sistemas inteligentes de gerenciamento, pesquisa e armazenamento de dados.

É possível identificar que as tecnologias de Inteligência Artificial também são extremamente úteis para a Justiça Brasileira, facilitando e dinamizando o trabalho de servidores, viabilizando, em consequência, a celeridade processual.

É inegável que a tecnologia de alta ponta tem auxiliado advogados e servidores, e as vantagens da aplicação da I.A. nos escritórios e tribunais são inúmeras. Ocorre que atrás de todos os benefícios apresentados, a I.A. também levanta questões que dividem opiniões e que tem sido altamente abordadas, sendo que algumas destas serão discorridas a seguir.

52 Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/>>. Acesso em 03 mai. 2020.

6. OUTRAS QUESTÕES ENVOLVENDO A I.A. E O DIREITO

Os profissionais jurídicos devem ter em mente que para tudo no Direito existe exceção. A inserção da Inteligência Artificial, que por um lado é benéfica, vem carregada de questões minuciosas, que merecem atenção, e, o profissional jurídico, que já carrega consigo o instinto questionador, deve estar atento e fazer uma análise de todos os lados da moeda.

6.1 ALTO CUSTO

É perceptível que as tecnologias de Inteligência Artificial não são simples softwares que podem ser adquiridos por todos os escritórios de advocacia ou tribunais. Isso porque o desenvolvimento e implantação de uma ferramenta inteligente pode gerar um alto custo, sendo necessário o desembolso de capital, tratando-se, portanto, de um verdadeiro investimento.

Segundo uma pesquisa realizada por Sabbatine (2018) citada por Sperandio (2018) “os custos de desenvolvimento são elevados e devem ser considerados em conjunto com o rol de necessidades que o escritório tem, de maneira que a IA apareça como mais uma prioridade e não necessariamente a mais importante.”

Apesar de a tecnologia hoje ocupar uma das prioridades dos escritórios de advocacia, que precisam acompanhar as evoluções para não pararem no tempo e continuar trabalhando com modelos arcaicos, as tecnologias precisas de Inteligência Artificial ainda não são 100% adotadas pela maioria do setor jurídico, porque os escritórios e tribunais ainda preferem investir em profissionais ao invés de investir no desenvolvimento de sistemas (SPERANDIO, 2018, p.54).

Isso significa que é menos custoso manter o trabalho de colaboradores do que desenvolver sistemas de I.A. num ambiente de trabalho, que muitas das vezes, não está totalmente preparado para receber a tecnologia, ou seja, é necessária uma infraestrutura

tecnológica (SPERANDIO, 2018, p.54). Assim, tem-se que o alto custo das tecnologias de ponta de I.A. é um grande desafio para sua implantação universal.

6.2 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça. Tem-se ainda que o princípio do *Jus Postulandi* é a capacidade de postular perante as instâncias judiciais, expondo as pretensões de seu cliente na Justiça, conforme explica Maciel (2018). No Brasil, em regra, o advogado é quem possui o direito de postular em juízo, existindo algumas exceções nas quais as próprias partes possuem capacidade postulatória, como na Justiça do Trabalho.

Ao apresentar a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça e para postular em juízo, a discussão que se propõe é a relativização de sua atuação no procedimento, a partir do momento em que as máquinas passam a ocupar o seu lugar, ainda que dentro de um escritório. Isto posto, a presença do advogado seria, de fato, meramente formal, com o advento de softwares, robôs, máquinas e plataformas que realizam o trabalho jurídico? Diante desta questão, é necessário analisar pontos distintos.

Por um lado, tem-se que uma máquina pode claramente superar o trabalho realizado por um advogado, como por exemplo, redigir uma peça por completo, sendo todo o peticionamento construído por uma Inteligência Artificial, e somente ao final o advogado aparece para assiná-la. O que se coloca em discussão é o fato de o advogado se tornar um mero coadjuvante no processo, fazendo com que sua atuação profissional fique restrita a operações de sistemas jurídicos, e não ao desenvolvimento crítico de seu conhecimento técnico. (NUNES, RUBINGER E MARQUES, 2018)

O fato de deslocar a função do advogado para uma máquina, por mais repetitiva que seja, como na redação de uma petição, pode

resultar no empobrecimento da profissão, além dos problemas que podem surgir com a ausência de análise efetiva por parte de um profissional jurídico. Assim, sob uma perspectiva, ou seja, fazendo a análise sob um ponto de vista, ao deslocar funções do advogado para máquinas, estaria sim sendo relativizada a indispensabilidade do advogado no procedimento, sendo a sua presença necessária somente no quesito formal (NUNES, RUBINGER E MARQUES, 2018).

Por outro lado, tem-se que a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça e para postular em juízo não fica prejudicada, tampouco relativizada, com aplicação dos institutos da Inteligência Artificial. As ferramentas, programas, softwares e plataformas criadas por empresas de *lawtechs*, *legaltechs* e startups surgiram para facilitar a vida do advogado e otimizar seu trabalho.

Assim como nas variadas profissões existentes, as tecnologias de ponta inseridas nos setores de microempresas até empresas de grande porte servem para auxiliar os profissionais, são ferramentas de apoio, otimização, eficiência e produtividade. Sob este ponto de vista, dizer que a Inteligência Artificial pode empobrecer a atuação do advogado é um tanto quanto equivocada. Ressalta-se que aqui está se falando do advogado. Decisões tomadas por máquinas, substituindo o papel do juiz, serão analisadas posteriormente.

Com sistemas inteligentes auxiliando o advogado, como por exemplo na produção de uma peça, que é igualmente redigida em todos os casos conexos, na pesquisa jurisprudencial, na redação de um contrato, na busca de dados, dentre outras atividades repetitivas, a sua atuação seria direcionada para áreas que demandam mais de seu conhecimento técnico, como, por exemplo: no exercício do *Jus Postulandi*, tendo em vista que robô não realiza audiência; numa análise profunda de um caso concreto, que exija toda sua bagagem teórica construída ao longo dos anos de estudo.

Outra situação que exemplifica o supramencionado são os encontros e reuniões realizadas com clientes. Suponha que um cliente procura o advogado para se divorciar, ou para pedir alimentos, abrir inventário de um falecido, veja-se que não são situações fáceis.

Muitas vezes o advogado recebe seu cliente com as emoções à flor da pele, e nestes momentos a figura do ser humano, do advogado, é indispensável, porque máquinas não tem sentimentos, máquinas não aconselham ou passam tranquilidade para o cliente.

Expondo tudo isso, pretende-se chegar ao seguinte entendimento: a dúvida que surge na mente do profissional jurídico, de que um dia ele poderá ser 100% substituído por uma máquina não é verdade. Nunca se verá um robô advogado conduzindo uma audiência, ou aconselhando um cliente, da mesma forma em que nunca será visto um robô engenheiro, ou um robô médico. Não é possível que as profissões humanas sejam totalmente entregues nas mãos da Inteligência Artificial, senão ninguém mais estudaria, se formaria e se especializaria em determinada área.

O mundo, apesar de totalmente tecnológico, ainda precisa do ser humano. Da mesma forma que robô não faz audiência, não realiza um procedimento cirúrgico (no sentido de substituir um médico cirurgião), robôs também não consomem, não vão ao supermercado, não movem a economia. O mundo só continua se movendo porque o ser humano nele está. Assim, nesta perspectiva, a Inteligência Artificial serve como um apoio, auxílio ao advogado, sobretudo em escritórios de massa, que possuem inúmeras demandas e necessitam de eficiência no setor.

Uma máquina claramente realizará o serviço de x advogados em um intervalo de tempo menor, mas, por outro lado, não consegue realizar funções restritas ao profissional. O que se conclui com tudo isto é que, apesar de não poder ser o advogado, em sua integralidade, substituído por uma máquina, o profissional precisa lidar com a tecnologia, há a necessidade dele se especializar na área tecnológica, inserir o mundo digital em seu mundo jurídico, fazer a interseção entre as tecnologias desta era com o seu trabalho.

Este profissional engajado no mundo digital é denominado profissional 4.0, que será estudado no próximo capítulo deste artigo.

6.3 O PERIGO DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS E A FALTA DE TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA

Como visto anteriormente, as máquinas já são usadas para redigir petições, compilar dados, analisar processos e decisões, pesquisar jurisprudências, e até mesmo na sugestão de teses mais convincentes, através da estruturação de dados, auxiliando o trabalho dos profissionais jurídicos da forma mais eficiente possível.

Diante de todas as funções que podem ser facilmente desenvolvidas pela máquina, já é objeto de discussão, e existem projetos em andamento (vide capítulo 4), a possibilidade de sentenças e votos serem proferidos de forma mecanizada, ou seja, máquinas serão utilizadas para a tomada de decisão.

As máquinas serão capazes de fornecer, por meio de algoritmos, uma possível resposta à questão posta em julgamento (NUNES e VIANA, 2018). Ocorre que, apesar de a I.A. ser extremamente benéfica no sentido de auxiliar servidores públicos em trabalhos massivos e repetitivos, deve-se atentar para o fato de que é muito perigoso deslocar funções estritamente decisórias para as máquinas. Ao movimento irrefreável da tecnologia no setor jurídico, que, conforme Marques (2018) trata-se da virada tecnológica no Direito, deve se impor um limite. Mas por quê?

Ao desenvolver uma máquina capaz de proferir uma sentença entende-se que a Inteligência Artificial chegou ao seu ápice de reprodução do comportamento humano, e o objetivo disso é fazer com que a ferramenta seja capaz de resolver problemas muito melhor que um ser humano. Mas até onde isso pode levar a humanidade? Necessário pensar fora da caixa (MARQUES, 2018).

Veja-se que a Inteligência Artificial se forma através da interseção de diversas disciplinas, como ciência da computação, matemática, e no caso do Direito, à disciplina jurídica. As máquinas serão ensinadas a pensarem juridicamente de acordo com o caso concreto, sendo capazes de proferir um voto, com base em um algoritmo.

Os algoritmos, por sua vez, conforme explana Marques (2018, p.03) são “sistemas de dados programados para dar respostas conforme a base de dados disponível”.

O fato é que deslocar a função decisória, que a princípio exige raciocínio e empenho humano para uma máquina, que agora proferirá sentença utilizando algoritmos, ou seja, dados programados, pode ser perigoso devido à falta de transparência algorítmica. Ao ser criado um modelo, o que se analisa é que informações são fornecidas ao sistema de I.A. por um programador, sendo posteriormente utilizado para solucionar ou oferecer um resultado (MARQUES, 2018).

Ocorre que no momento da programação, pode ocorrer a criação de pontos cegos nos algoritmos, “os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve” (MARQUES, 2018, p.04).

Isto com certeza afeta a segurança jurídica no momento em que uma máquina proferirá uma sentença, baseada em algoritmos que escondem subjetividades, ao invés de ser analisada de forma individualizada, e não por meio de dados pré-existentes, por um ser humano racional.

Não se pode ignorar o fato de que ao construir um algoritmo que será utilizado no sistema de I.A., opiniões e prioridades dos criadores podem ser refletidas naquele sistema. Neste contexto, aparece a figura do chamado viés algorítmico, “que ocorrem quando as máquinas se comportam de modos que refletem os valores humanos implícitos envolvidos na programação” (MARQUES, 2018, p. 06).

Portanto, aprendizado da máquina não é um processo simples, pelo contrário, é permeado de complexidades, exigindo uma atenção elevada de quem programa a máquina. A quantidade de informações enviadas nem é tão importante quando a qualidade de tais informações, tendo em vista que dados enviesados fará com que a máquina profira uma sentença enviesada, e isso irá perpetuar de forma mecânica, opiniões e desigualdades. (MARQUES, 2018)

É de se convir que as sentenças proferidas por humanos, no caso juízes e desembargadores, também podem vir, muitas das vezes, permeadas de subjetividades. É perceptível que, quando analisado um mesmo caso, julgado por dois juízes de comarcas distintas, surja entendimentos diferentes quanto àquela questão.

Foi pensando em erradicar tal situação e padronizar o entendimento sobre determinado assunto que a ideia de estudar máquinas que profiram sentenças surgiu. Porém, como visto acima, o fato de deslocar tal função para a máquina não acaba com a “injustiça”, pelo contrário, os vieses algorítmicos contidos no sistema podem prejudicar o julgamento, e pior, de forma mecanizada.

É neste sentido que a falta de transparência algorítmica se torna crítica. A transparência algorítmica, por sua vez, possibilita que a pessoa saiba o que determina o resultado proferido pela máquina. Isto significa que disponibilizar o algoritmo a nível populacional seria essencial para que haja controle por parte do próprio indivíduo, que pode vir a ter seu direito ferido ao ser submetido a um julgamento mecânico, permeado de subjetividades (MARQUES, 2018).

Quando um indivíduo ajuíza uma ação, obtendo ao final uma sentença desfavorável, a sua opção é recorrer à instância hierarquicamente superior, a fim de que aquela decisão possa ser revisada por outro magistrado, que perpetuará o mesmo entendimento, ou reformará sentença. Assim, pode-se dizer que existe uma pessoa por trás, um ser humano que poderá ser necessariamente apontado como o responsável pela sentença.

Se uma máquina passar a proferir sentenças, quem será responsabilizado quando identificadas subjetividades, desigualdades? O programador? A questão vai muito além do que se vê. Surden (2017), professor de Direito da Universidade de Colorado, citado por Marques (2018) apresenta o seguinte posicionamento crítico:

Sistemas tecnológicos que utilizam inteligência artificial são cada vez mais utilizados na aplicação do direito. Estes sistemas podem conter valores

sutilmente embutidos no seu design tecnológico. Essa observação se torna particularmente importante no contexto do direito, tendo em vista a relevância das questões em jogo, incluindo a perda de liberdade, propriedade ou direitos. Sistemas tecnológicos legais que empregam inteligência artificial demandam cuidados e conhecimentos especiais em seu desenvolvimento, uma vez que o uso da inteligência artificial pode levantar problemas específicos em relação aos valores embutidos, os quais podem ser relevantes, mas difíceis de observar. (MARQUES, 2018, p.10)

É preciso criticar a ideia de neutralidade que a máquina apresenta e trazer à tona a existência dos vieses algorítmicos, que, segundo Nunes e Viana (2018) são muitas vezes negligenciados, porque as pessoas acreditam na facilidade de uma máquina em superar o trabalho de um jurista racional, mas esquecem “que a IA será tão boa quanto os dados que ela aprende, de modo que ao absorver dados inerentemente tendenciosos chegará a resultados igualmente equivocados”.

Pode ser que a discussão que circunda as decisões automatizadas seja um motivo para frear a ampliação do emprego de sistemas inteligentes. Porém, por outro lado, caso a discussão não consiga frear o avanço tecnológico e a utilização de ferramentas de Inteligência Artificial aplicáveis à função decisória, é preciso que a sua implementação se dê de forma cuidadosa, com intuito de reduzir ao máximo decisões enviesadas (MARQUES, 2018).

Também é necessário coexistir a transparência algorítmica, que se torna elementar para o indivíduo compreender a decisão proferida pela máquina, pois os vieses algorítmicos somados à falta de transparência algorítmica podem, claramente, ferirem seus direitos, sobretudo os constitucionalmente previstos, como por exemplo o do devido processo constitucional (MARQUES, 2018).

7. DIREITO 4.0

Conforme abordado acima, a Inteligência Artificial tem contribuído grandiosamente para a mecanização de tarefas repetitivas realizadas pelo profissional jurídico. Conforme leciona o professor Daniel Evangelista (2019), o judiciário brasileiro possui cerca de 80 milhões de processos, porém, a maioria deles são demandas repetitivas, não exigindo a inteligência do profissional.

Foi visto também nos capítulos anteriores que as ferramentas de I.A. estão dominando os setores jurídicos e automatizando tarefas repetitivas. Parando para analisar toda esta situação vivenciada, é possível concluir que o trabalho humano repetitivo será apropriado por sistemas de Inteligência Artificial (EVANGELISTA, 2019).

Segundo Pati (2017), numa notícia publicada pela revista Exame, muitas profissões poderão acabar até 2030, a partir do ano de 2020. Dentre as profissões citadas na matéria, o assistente jurídico ocupa a 7ª colocação, tendo em vista a automatização de suas tarefas. A maioria dos estudantes que acabam de se formar em Direito, e iniciam suas carreiras em escritórios, sobretudo de massa, também realizam funções mecânicas que podem facilmente serem desenvolvidas por uma ferramenta inteligente.

Segundo Evangelista (2019) o profissional do mercado atual precisa se adaptar, sendo a adaptabilidade umas das principais características daquele que se mantém empregado. É necessário entender que o atual mercado de trabalho está saturado de profissionais, porém aqueles que sempre buscam aprimorar suas habilidades e acompanhar as evoluções não ficam para trás.

O mundo vive a era do chamado Direito 4.0, que, segundo o site Promad53 (2019) “nada mais é do que uma nova fase, em que a tecnologia de ponta está presente no dia a dia do advogado”. Na era do Direito 4.0 o advogado atua em conjunto com as mais variadas ferramentas inteligentes, e com inúmeros recursos tecnológicos.

53 Disponível em: <<https://www.promad.adv.br/blog/afinal-o-que-e-o-direito-4-0>>. Acesso em 04 mai. 2020

Ocorre que a atual fase denominada Direito 4.0 também exige um profissional 4.0, ou seja, um profissional atualizado em tecnologias e que saiba administrar ferramentas tecnológicas, conciliando-as com o seu trabalho.

Para tanto, é possível que ele promova o chamado marketing jurídico digital, que conforme o site SAJ ADV (2018) nada mais é que o marketing do profissional jurídico em um ambiente digital, utilizando ferramentas como as redes sociais e e-mails. É claro que o marketing digital do advogado deve obedecer ao Código de Ética da OAB, para que a divulgação ampla de seu trabalho nas mídias não reproduza uma infração.

Diante da nova era já instalada, marcada pela tecnologia de alta ponta e ferramentas inteligentes, é essencial que o profissional jurídico amplie seu campo de conhecimento para além do conhecimento legal (multidisciplinariedade), isso não necessariamente significa abandonar o tradicionalismo da profissão jurídica, mas acrescentar à profissão tão rebuscada que é o Direito experiências tecnológicas e futuristas... ou melhor, apenas experiências tecnológicas porque o futuro já chegou e está batendo na porta do bacharel.

8. CONCLUSÃO

Conforme visto, há tempos o homem tem buscado maneiras de simular o comportamento humano através de máquinas. A primeira reflexão sobre o comportamento cognitivo das máquinas ocorreu nos anos 50, e desde então, os estudos na área têm sido aprimorados, graças às revoluções tecnológicas ganhando espaço na atualidade.

O termo inteligência artificial, como visto, foi utilizado pela primeira vez no ano de 1956, mas ainda nos dias de hoje é bem difícil conceituar precisamente a I.A. Para entender o que é Inteligência Artificial, basta associar o termo à capacidade de uma máquina em reproduzir um comportamento similar ao humano.

Os exemplos de aplicação da I.A. são encontrados em smartphones, plataformas online e softwares desenvolvidos aplicados

em máquinas e robôs. O fato é que, atualmente, com a expansão gradativa da tecnologia e a popularização da internet, a I.A. tem ampliado seu campo de atuação, sendo que, apesar de desenvolvida pela ciência computacional, hoje é aplicada nas mais diversas áreas do cotidiano, inclusive na área jurídica.

Com a automatização do processo, iniciou-se então no Brasil a era de inserção de tecnologias no Direito, com intuito de aprimorar, tornar mais eficiente e acelerar o trâmite judicial, sobretudo devido à carga processual excessiva dos Tribunais.

Após o Processo Judicial Eletrônico, da evolução nas formas de intimação, que podem ocorrer via WhatsApp, das oitivas de testemunhas por meio de vídeo-chamadas, a introdução de tecnologias inteligentes de alta ponta começaram a ser introduzidas no âmbito dos tribunais e escritórios de advocacia, como em respostas jurídicas (através de pesquisa), captação de dados num vasto banco jurisprudencial, análise de licitações e contratos, possibilidades de revisão do *decisum*, e na automatização em massa da advocacia.

No âmbito do setor público, foram identificadas ao longo do artigo algumas ferramentas utilizadas por servidores públicos e pelos tribunais, destacando-se a ferramenta Victor, um robô criado especificamente para operar junto ao SFT com intuito de identificar recursos extraordinários vinculados a temas de repercussão geral e sistematizar os precedentes do Supremo.

A tarefa que seria realizada por um servidor num intervalo de tempo aproximado de 44 minutos, é resolvida de forma eficiente pelo robô Victor em apenas 5 segundos. No âmbito da justiça mineira, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais implantou a ferramenta Radar, utilizada para indexação automática de processos.

O cerne da pesquisa é o fato de o trabalho de advogados, sobretudo dos advogados juniores, ser facilmente superado por sistemas de pesquisa legal, programados através do *machine learning* (aprendizado da máquina), como também o fato de deslocar função decisória para máquina, que pode ser muito perigoso.

É clara a evolução do setor jurídico com aplicação de tecnologias cognitivas, as vantagens são inúmeras, destacando-se a eficiência do trabalho realizado por máquinas. Porém, a indagação que surge ao analisar máquinas ocupando postos de trabalho, é se o advogado pode ser totalmente substituído por máquinas, se os cargos ocupados por servidores serão erradicados com a introdução de robôs, e, apesar de toda a discussão, a resposta é não, a advocacia não será exercida por robôs.

Foi identificado no decorrer do trabalho que o advogado é insubstituível em seu intelecto e em suas emoções, dizer que a máquina substituiria o advogado em sua totalidade seria, por exemplo, relativizar o *jus postulandi*, e empobrecer esta profissão tão rebuscada. Máquinas apenas realizam serviços repetitivos, porque são treinadas para isto, porém, um robô não realiza uma audiência, não tem sentimento, não age conforme a emoção, diferentemente do ser humano. Isto permite afirmar que o advogado não será substituído em sua totalidade, mas algumas profissões jurídicas que realizam tarefas repetitivas não mais existirão até o ano de 2030, justamente porque serão apropriadas pela máquina.

O fato é que a máquina deve ser utilizada como uma ferramenta de auxílio. É por esta razão que deslocar função estritamente decisória para máquinas é extremamente perigoso. Foi identificado também que as decisões automatizadas podem esconder subjetividades humanas, uma vez que a máquina é ensinada a desenvolver um pensamento. O surgimento de decisões enviesadas, ou seja, que escondem subjetividades, e a falta de transparência algorítmica sem sombra de dúvidas geram consequências, sobretudo a falta de segurança jurídica.

A aplicação e introdução de tecnologias inteligentes continuará evoluindo. O mundo vive a era da tecnologia e o Direito encontra-se em sua fase 4.0, marcada pela utilização de tecnologias no dia a dia do profissional jurídico. O avanço tecnológico é irrefreável, e por esta razão há a necessidade de o profissional estar atualizado, se adaptar às novas tecnologias e sempre buscar seu aperfeiçoamento tecnológico, porque é este profissional que o mercado atual busca.

Encerradas as considerações, frise-se que as ferramentas de I.A. impulsionaram e revolucionaram o Direito, mas máquinas não inovam, não se relacionam, não tomam iniciativas, elas sempre são ensinadas. As máquinas podem até aprenderem a simular um comportamento humano, mas o ser humano, em sua forma e intelecto, é sinônimo de originalidade. É a origem, é a razão de todas as evoluções, é o protagonista de tudo o que vivencia, é quem transforma a realidade, e por isto, permanece insubstituível.

REFERÊNCIAS

ARNOUD, Analu Neves Dias. **Do Contexto Histórico do Processo Judicial Eletrônico**. 2014. Disponível em: <http://lex.com.br/doutrina_27012760_DO_CONTEXTO_HISTORICO_DO_PROCESSO_JUDICIAL_ELETRONICO.aspx>. Acesso em 08 abr. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. **Online Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas**. 2017. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/online-dispute-resolution-odr-e-ruptura-no-ecossistema-da-resolucao-de-disputas/>>. Acesso em 09 abr. 2020.

AZEVEDO, Mateus. **A Inteligência Artificial substituirá o ser humano ou criará novos trabalhos?** 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inovacao/a-inteligencia-artificial-substituira-o-ser-humano-ou-criara-novos-trabalhos-94232/>>. Acesso em 03 mai. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 09 mai. 2020.

CAPRA, Caroline. **Conheça os robôs que já dão celeridade à Justiça brasileira**. 2020. Disponível em: <<https://blog.advise.com.br/robos-que-dao-celeridade-a-justica-brasileira/>>. Acesso em 20 abr. 2020.

CASTRO, Beatriz. **Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml>>. Acesso em 20 abr. 2020.

CONJUR. **Ministério Público começa a usar inteligência artificial para acusar**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com>>.

br/2017-abr-28/mp-comeca-usar-inteligencia-artificial-elaborar-acusacoes>. Acesso em 02 mai. 2020.

CONJUR. **11 tribunais de Justiça já usam o WhatsApp para envio de intimações.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-31/11-tribunais-justica-usam-whatsapp-envio-intimacoes>>. Acesso em 01 mai. 2020.

CONJUR. **Os desafios da inteligência artificial no Poder Judiciário.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/segunda-leitura-desafios-inteligencia-artificial-poder-judiciario>>. Acesso em 03 mai. 2020.

DIGESTO. **Transformando dados em inteligência jurídica.** Disponível em: <[digesto.com.br](https://www.digesto.com.br/)>. Acesso em 04 mai. 2020.

DRUMMOND, Marcílio Guedes. **O que você precisa saber sobre as novas profissões jurídicas.** 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/306154/imperdivel-o-que-voce-precisa-saber-sobre-as-novas-profissoes-juridicas>>. Acesso em 04 mai. 2020.

ENFAM. **Jurisprudência Consolidada.** Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br/>>. Acesso em 03 mai. 2020.

EVANGELISTA, Daniel. **Direito 4.0.** Disponível em: <<http://ead.escoladisruptiva.com.br/>>. Acesso em 07 mai. 2020.

FELIPE, Bruno Farange da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. **Inteligência Artificial no Direito: Uma realidade a ser desbravada. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias.** 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/327255411_Inteligencia_Artificial_no_Direito_-_uma_realidade_a_ser_desbravada>. Acesso em 03 mai. 2020.

FREITAS, Tainá. **7 startups do mundo jurídico que promovem resolução de conflitos online.** 2018. Disponível em: <<https://www.>>

startse.com/noticia/startups/lawtech/7-lawtechs-que-estao-promovendo-acordo-e-mediacao-de-conflito-online>. Acesso em 03 mai. 2020.

FUX, Luiz. **Palestra sobre o reflexo da Inteligência Artificial no Direito ministrada em 2019**. Disponível em: <file:///C:/Users/rfroi/Documents/REFERENCIAS%20TCC/palestra-fux-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em 02 mai. 2020.

GOMES, Helton Simões. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em 20 abr. 2020.

HOFFMANN, Alexandra Felipe. **Direito e Tecnologia: A utilização de Inteligências Artificiais no processo decisório**. TCC. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/rfroi/Documents/REFERENCIAS%20TCC/IA.pdf>. Acesso em 02 mai. 2020.

LIMA FILHO, Maxwell Moraes de. O Experimento de Pensamento do Quarto Chinês: a Crítica de John Searle à Inteligência Artificial Forte. **Revista de Filosofia**. Ano 2, N° 3 – 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/rfroi/Documents/REFERENCIAS%20TCC/LIMA%20FILHO%20-%202010.pdf>. Acesso em 30 abr. 2020.

LIRA, Leandro de Lima. **O Processo Eletrônico e sua Implementação na Justiça Brasileira**. 2014. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/wiki/images/b/bc/MonografiaProcessoDigitalLeandro.pdf . Acesso em 30 mai. 2020.

LOOPLEX. **Transforme sua prática com tecnologia**. Disponível em: <https://looplex.com.br/#sobre>. Acesso em 01 mai. 2020.

MACHADO, Vinícius Ponte. **Inteligência Artificial**. 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/rfroi/Documents/REFERENCIAS%20TCC/MACHADO%202005.pdf>. Acesso em 30 abr. 2020.

MACIEL, Ivana Aparecida. **O jus postulandi frente à indispensabilidade do advogado**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63193/o-jus-postulandi-frente-a-indispensabilidade-do-advogado>. Acesso em 04 mai. 2020.

MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**. Vol. 285/2018. p. 421 – 447. Nov/2018. Disponível em: <file:///C:/Users/rfroi/Documents/REFERENCIAS%20TCC/INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCES.pdf>. Acesso em 28 abr. 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza; RUBINGER, Paula Caetano. **Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniao-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia>. Acesso em 02 mai. 2020.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso>. Acesso em 02 mai. 2020.

PATI, Camila. **Estas profissões podem acabar até 2030**. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/estas-profissoes-podem-acabar-ate-2030-ao-menos-para-os-humanos/>. Acesso em 04 mai. 2020.

PROMAD. **O que é Direito 4.0?** 2019. Disponível em: <https://www.promad.adv.br/blog/afinal-o-que-e-o-direito-4-0>. Acesso 04 mai. 2020.

REZENDE, Heverton Lopes. **O Processo Judicial Eletrônico e o princípio da celeridade**. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-processo-judicial-eletronico-e-o-principio-da-celeridade/>>. Acesso em 08 abr. 2020.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. **Desafios da Inteligência Artificial para a profissão jurídica**. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/rfroi/Documents/REFERENCIAS%20TCC/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Henrique%20Sperandio%20%20May%202018.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2020.

STF. **Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>>. Acesso em 20 abr. 2020.

TJCE. **Justiça utiliza WhatsApp para ouvir testemunha de crime que vitimou mãe e filho em Itarema**. 2019. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/justica-util/iza-whatsapp-para-ouvir-testemunha-de-crime-que-vitimou-mae-e-filho-em-itarema/>>. Acesso em 08 abr. 2020.

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL. **O que é automação de documentos e como usá-la em seu escritório**. 2019. Disponível em: <<https://transformacaodigital.com/juridico/automacao-de-documentos/>>. Acesso em 01 mai. 2020.

VALENTINI, Rômulo. **Já está em desenvolvimento máquina capaz de elaborar sentenças e votos**. 2018. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/romulo-valentim-ja-esta-em-desenvolvimento-sistema-que-preparara-pre-minutas-de-decisoes-judiciais>>. Acesso em 20 abr. 2020.

PRISÃO CIVIL NOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

*Andreia Fagnoli Barbosa
José Lúcio da Silva Martins*

PRISÃO CIVIL NOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Andreia Fargnoli Barbosa⁵⁴

José Lúcio da Silva Martins⁵⁵

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DOS ALIMENTOS E SUAS CARACTERÍSTICAS; 2.1 Da obrigação alimentar; 2.2 Dos sujeitos da obrigação alimentar; 2.3 Das espécies de alimentos. 3. DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E SUA FINALIDADE. 4 EXECUÇÃO E (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A finalidade da família é valorizar a pessoa humana. É ela, enquanto instituto, quem fornece amparo e suporte e fortifica as relações e vínculos entre as pessoas conferindo assim a dignidade necessária ao indivíduo, motivo pelo qual, ela está em função do indivíduo e não ele em função dela.

Assim sendo, surgem obrigações entre os componentes do grupo familiar, dentre elas, a obrigação alimentar. Para harmonizar as relações, tal obrigação se respalda na lei sendo esse o entendimento majoritário da doutrina.

Desta feita o primeiro capítulo discorrerá sobre os alimentos e suas características, a obrigação alimentar e os sujeitos da obrigação alimentar. Essa obrigação encontra previsão legal no Código Civil, com o objetivo de garantir o mínimo existencial de forma a preservar a sua manutenção.

54 Bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais- Famig/MG. Especialista em Direito e Família e Sucessões e em Direito do Consumidor pela Faculdade Única de Ipatinga/MG. Conciliadora pelo Conselho Nacional de Justiça. Email: trabalhosdeia2020@gmail.com

55 Bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais- Famig/MG. Cirurgião Dentista pela Universidade Vale do Rio Doce - Univale. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale de São Paulo. Secretário da Câmara de Instrução Ética da Odontologia Suplementar do CROMG. Email: joseluciomartins@yahoo.com.br

Em seguida, o segundo capítulo abordará sobre os alimentos compensatórios e sua finalidade. Essa modalidade se reveste na obrigatoriedade de prestação pecuniária de um dos cônjuges a outro, nos casos em que existe o rompimento do vínculo de casamento ou da união estável. O objetivo dos alimentos compensatórios é restabelecer o equilíbrio financeiro presente antes da ocorrência da ruptura.

Logo após, no terceiro capítulo, serão analisados a execução e (im)possibilidade de prisão civil para a qual estudos apontam tendência jurisprudencial no sentido de limitar os alimentos compensatórios da ex-mulher ou ex-companheira nos casos onde não esteja completamente comprovado a possibilidade de sua inserção no mercado de trabalho. Nesse sentido, não é raro que essa modalidade obrigacional de prestação de alimentos tenha um prazo final tenha o caráter temporário.

Por fim serão traçadas as considerações finais a título de conclusão com a intenção de que os questionamentos aqui levantados subdividam estudos posteriores até que soluções concretas e mais assertivas possam ser apontadas.

2. DOS ALIMENTOS E SUAS CARACTERÍSTICAS

Inicialmente cabe ressaltar que tanto o dever obrigacional de prestar alimentos quanto o correspondente direito a eles possuem características peculiares. Isso torna essa relação distinta das demais. Por esse motivo o estudo de seu conteúdo merece um aprofundamento especial.

“Os alimentos têm como objetivo garantir o direito à vida, que é um direito da personalidade (art. 11 do CC) e o maior direito protegido pela Constituição” (CASSETTARI, 2018, p.538).

Com parâmetro para esse estudo, buscou-se as principais características da obrigação e do direito relacionadas com os alimentos de acordo com a análise de Flávio Tartuce (2017), vejamos:

a) Direito personalíssimo

No que tange ao credor ou alimentando, o direito aos alimentos é personalíssimo, uma vez que somente aquele que mantém relação de parentesco, casamento ou união estável com o devedor ou alimentante pode pleiteá-los, dentro do binômio *possibilidade/necessidade*, incidindo o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

b) Reciprocidade

A obrigação de alimentos é recíproca entre cônjuges e companheiros (art. 1.694 do CC). A reciprocidade da obrigação e do direito também existe entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros (art. 1.696 do CC). Em complemento ao último dispositivo, na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 341 do CJF/STJ, prevendo que “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”

c) Irrenunciabilidade.

O Código Civil de 2002, pelo menos aparentemente, sepultou a discussão anterior quanto à possibilidade de renúncia aos alimentos. Realmente o *sepultamento* foi somente na aparência.

d) Obrigação divisível ou solidária

Conforme ainda aponta a doutrina, a obrigação alimentar é, em regra, divisível, o que pode ser retirado dos outrora comentados arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil.

e) Obrigação imprescritível, ou melhor, não sujeita a prescrição

Como se sabe, a pretensão aos alimentos é imprescritível, podendo ser mencionadas três razões para essa não sujeição à prescrição e à decadência: 1.^a) a ação de alimentos envolve estado de pessoas; 2.^a) a ação de alimentos é ação de Direito de Família; 3.^o) a ação de alimentos tem natureza predominantemente declaratória, levando-se em conta os critérios

científicos desenvolvidos por Agnelo Amorim Filho (RT 300/7 e 744/725).

f) Obrigação incessível e inalienável

Diante do seu caráter personalíssimo, o art. 1.707 do CC enuncia que a obrigação alimentar não pode ser objeto de cessão gratuita ou onerosa. Essa cessão deve ser lida em sentido amplo, a englobar a cessão de crédito (arts. 286 a 298 do CC), a cessão de débito ou assunção de dívida (arts. 299 a 303 do CC) e mesmo a cessão de contrato, se excepcionalmente for o caso.

g) Obrigação incompensável

O mesmo art. 1.707 do Código Civil veda que a obrigação alimentar seja objeto de compensação, forma de pagamento indireto que gera a extinção de dívidas mútuas ou recíprocas, entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras entre si (arts. 368 a 380 do CC).

h) Obrigação impenhorável

Por ser personalíssima, inacessível, inalienável, a obrigação alimentar é ainda impenhorável (arts. 1.707 do CC; 833, IV, do CPC/2015 e 649, IV, do CPC/1973). Essa impenhorabilidade mantém relação com o tão mencionado *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, de Luiz Edson Fachin, por vezes invocado em nossos trabalhos.

i) Obrigação irrepitível

A irrepitibilidade dos alimentos é conceito antigo relacionado com a obrigação em questão, no sentido de que, sendo pagos, em hipótese alguma caberá ação de repetição de indébito (*actio de in rem verso*).

k) Obrigação transmissível Outro dispositivo polêmico da atual codificação material é o seu art. 1.700, *in verbis*: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”. De acordo com o comando legal, em relação ao devedor, está consagrada a *transmissibilidade da obrigação alimentar* (TARTUCE, 2017, p. 322-337)

Após análise das características que revestem a obrigação de prestação de alimentos parece claro que essa relação jurídica busca preservar a dignidade daquele que faz jus ao direito sem, no entanto, impor ao prestador uma obrigação demasiadamente pesada que exceda a sua capacidade econômica para o cumprimento. Ainda que seja uma imposição obrigatória, a dignidade do devedor há de ser respeitada e jamais excederá sua capacidade econômica. Outra cautela que teve o legislador quanto à prevenção de possível enriquecimento sem causa mascarado pelo pleito desse direito básico. Também merece atenção a reciprocidade que poderá ser sazonal ou definitiva invertendo os pólos obrigacionais.

Além disso, o entendimento de Cassettari (2018) trás em sua doutrina outras características dos alimentos, vejamos:

- 1) Não se admite redução ou exoneração de alimentos de forma liminar, para não pegar o alimentado de surpresa.
- 2) É possível aplicar, para fins de alimentos, a desconsideração inversa de a personalidade jurídica atingir patrimônio da empresa, na hipótese de o sócio empresário não ter retirada mensal em razão de todas as suas contas serem pagas pela pessoa jurídica.
- 3) Penhora em conta do FGTS na execução de alimentos é possível, somente nesse caso, em virtude de inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça, tais como a do **REsp 805.454, Proc. 2005/0211528-2/SP, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Hilário Vaz, j. em 4-12-2009, DJe de 8- 2-2010.**
- 4) O recurso contra a decisão judicial que determinou a prisão do devedor de alimentos é o agravo de instrumento, conforme estabelece o **art. 19, § 3º, da Lei de Alimentos (n. 5.478/68)**: Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta)

dias.(...) § 3º A interposição do agravo não suspende a execução da ordem de prisão (CASSETTARI, 2018, p. 549, grifo nosso).

Percebe-se pelo entendimento anterior é possível inferir que as regras acima sejam de revisão ou exoneração tem que ser observadas, e para isso se exige tempo hábil para que o alimentado e alimentante possam se preparar para vivenciar uma nova realidade econômica, evitando assim o fator surpresa. A não permissão de liminar na alteração da prestação de alimentos é uma maneira de evitar prejuízos às partes, o que, ofenderia o princípio da dignidade dos envolvidos.

Em consonância com o que se afirmou anteriormente, “tratando-se de uma obrigação tendente à manutenção da pessoa humana e de sua fundamental dignidade, é natural que os alimentos estejam cercados de características muito peculiares, afastando-o das relações obrigacionais comuns” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 674).

Os autores Farias e Rosenvald (2015), ainda destacam outra importante característica dos alimentos: “a atualidade”, e desta forma pontuam:

Cuidando-se de uma obrigação de trato sucessivo (de execução continuada, diferida no tempo), a prestação alimentar pode estar submetida aos danosos efeitos inflacionários, comprometendo o seu valor. Por isso, é fundamental que os alimentos sejam fixados com a indicação de um critério (seguro) de correção de valor, mantendo, desse modo, o seu caráter *atual* (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 678).

Dado o caráter continuado da obrigação em estudo é possível afirmar que tal encargo econômico imposto ao prestador depende de avaliações constantes das variações economia. Não é por demais lembrar a existência dos efeitos danosos e inflacionários na economia brasileira. Dessa feita, os valores da obrigação se sujeitam a oscilações decorrentes da variação econômica merecendo ser revistos

com habitualidade e até mesmo exonerando o devedor em função da variação econômica.

Importante também salientar que o objetivo dos alimentos compensatórios se possui características peculiares. São eminentemente transitórios e complementares, atrelados à condição econômica do prestador e do beneficiário. Condições essas também peculiares e dinâmicas.

2.1 DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

No que diz respeito à obrigação alimentar, é preciso ressaltar que para ordenamento jurídico brasileiro essa obrigação é regida pela mútua assistência. Isso vale para aqueles submetidos às regras do casamento convencional como para os optantes pelo regime de união estável (artigos 1.566, III e 1.724, respectivamente, ambos do CC).

Ao contrário das demais obrigações regidas pelo código civil onde a autonomia da vontade é a regra e assim os débitos se constituem pelo descumprimento de uma obrigação decorrente da vontade, a obrigação alimentar não se enquadra na mesma lógica. Trata-se de um encargo imposto legalmente e completamente desatrelado do princípio basilar da autonomia da vontade (DIAS, 2012, p.01).

Exatamente pela sua peculiaridade, a obrigação de prestar alimentos é cercada de particularidades que a distingue das demais obrigações regidas pelo código civil. Ela jamais poderá ser analisada com o mesmo enfoque das demais obrigações onde a autonomia da vontade é fator relevante.

Em síntese, mais que uma obrigação, ela se impõe como um encargo imposto ao devedor que em nada se vincula a sua livre vontade.

Outro aspecto importante é que “a ação de alimentos é imprescritível, pois a qualquer momento é possível propor ação de alimentos, mas a pretensão de exigir os alimentos já fixados anteriormente prescreve em 2 anos (art. 206, §2º, do CC)” (CASSETTARI, 2018, p. 544).

Ressalta-se que conforme disposto no art. 1.700 do Código, a obrigação de prestar alimentos é transmitida aos herdeiros para que se alcance o preconizado pelo art. 1.694 do mesmo diploma legal. Nele se lê que os alimentos podem ser pleiteados por parentes, cônjuges ou companheiros uns aos outros com o fito de suprir e atender as necessidades básicas que garantam o mínimo existencial inclusive para atender as necessidades de acesso a educação.

Com efeito, ocorrida a morte do alimentante, serão transferidas para os herdeiros apenas as prestações vencidas, em razão de a obrigação alimentar ter um caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível, mas a responsabilidade dos herdeiros com o pagamento da pensão alimentícia será limitada às forças da herança, consoante regra sucessória conhecidíssima, descrita no art. 1.792 do Código Civil, corroborado pelo Enunciado 343 do CJF (CASSETTARI, 2018, p.545).

Devido ao caráter personalíssimo do direito não seria justa a cobrança de alimentos após o falecimento do mesmo, assim como seria injusta a desobrigação da prestação de valores vencidos até a data da morte a quem se incumbiu de manter a dignidade do detentor do direito. Ilógico também seria onerar os herdeiros do alimentante com alimentos que suprissem o limite do legado vez que o próprio Código Civil o desonera de tal incumbência conforme disposto no art. 1792 referenciado por Cassettari (2018).

2.2 DOS SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Dada a peculiaridade de seu objetivo na manutenção da dignidade, os alimentos podem ser pleiteados reciprocamente entre cônjuges. Conforme preceitua o inciso I do artigo 5º da CFRB/88 não existe distinção entre homens e mulheres no que se refere aos seus

direitos e obrigações. Isso possibilita entender que o direito e dever de prestar alimentos deve ser estendido aos companheiros assim como aos parentes consanguíneos sejam eles descendentes, ascendentes ou irmãos.

Outro quesito importante encontrado foi o entendimento de Cassettari, ele dispõe que, “não há obrigação alimentar quando o parentesco for por afinidade, ou seja, os afins estão excluídos. Cumpre lembrar que o parentesco na linha reta pode ser ascendente ou descendente, e essas situações são infinitas” (CASSETTARI, 2018, p. 541).

Em relação ao posicionamento doutrinário anterior, considerando ser a afinidade uma modalidade de parentesco, daí nada mais lógico a obrigatoriedade de prestação de alimentos os parentes afins. Aos parentes por afinidade, *in casu*, padrastos e madrastas está configurada a parentalidade socioafetiva com os enteados, pois, exercem a função de pai e mãe com significativa importância na vida dos relacionados.

Todas as constatações anteriormente citadas convergem com o entendimento de Farias e Rosenvald (2015, p.695) eles destacam que “os alimentos são devidos, reciprocamente, entre parentes, bem como entre cônjuges, companheiros e parceiros homoafetivos, após a dissolução da relação afetiva, respectivamente”.

Sendo assim não há como negar haver uma harmonização quanto ao entendimento doutrinário acerca das relações parentais já sedimentadas na sociedade brasileira. Essas trazem consigo, por consequência lógica obrigações similares que delas decorrem.

2.3 DAS ESPÉCIES DE ALIMENTOS

Ainda que a obrigação de prestação de alimentos seja única em sua essência qual seja, a preservação constitucional da dignidade daqueles que dela dependem, sua separação em espécies parece ter

caráter meramente didático, nem por isso menos importante de ser considerado.

Desta forma, Cassettari (2018) destaca:

Alimentos naturais: são aqueles indispensáveis à subsistência, sobrevivência, do alimentado. O cônjuge culpado só tem direito aos alimentos naturais, ou seja, aqueles indispensáveis à sobrevivência, consoante o art. 1.694, § 2º, do Código Civil.

Alimentos civis ou cômputos: são aqueles que têm por objetivo manter a condição social do credor.

Alimentos legais: são aqueles previstos na lei, ou seja, os decorrentes de parentesco ou entre cônjuges e companheiros, do art. 1.694 do Código Civil.

Alimentos voluntários: são aqueles que decorrem da vontade da parte. Como exemplo, citamos o legado de alimentos (legado é um bem específico e determinado que uma pessoa deixa para outra por testamento, e pode se dar na forma de pensão alimentícia), consoante o art. 1.920 do Código Civil.

Outro exemplo de alimentos voluntários é o que decorre da ação de oferecimento de alimentos (art. 24 da Lei n. 5.478/68), em que o alimentante é que propõe a ação de alimentos, oferecendo a quantia necessária para prover o sustento do alimentado.

Alimentos indenizatórios: decorrem da pensão alimentícia devida a título de lucros cessantes, quando ocorre o falecimento de uma pessoa em virtude da prática de um ato ilícito. Como exemplo, citamos um acidente automobilístico causado por quem estava embriagado, gerando a morte de um pai de família que sustentava mulher e três filhos. Nesse caso haverá pagamento de alimentos indenizatórios. Esta pensão inclui todas as parcelas trabalhistas da vítima (salário, férias, 13º, FGTS). A jurisprudência entendia que o devedor de alimentos indenizatórios não podia ser preso, já que a prisão seria cabível quando os alimentos decorressem de vínculo de

direito de família. Ocorre, porém, que o art. 533 do CPC vigente modificou esse entendimento, ao tratar desse tipo de alimentos no capítulo que dispõe sobre prisão civil (art. 528). Veremos isso mais adiante. Os alimentos indenizatórios, segundo a Súmula 491 do STF, são devidos mesmo que a vítima seja menor, independentemente de exercer trabalho remunerado.

Alimentos provisórios: são aqueles arbitrados pelo juiz, na ação de alimentos, antes da sentença.

Alimentos provisionais: são aqueles fixados em sede de ação cautelar, podendo ser essa cautelar de alimentos, de divórcio, de separação, ou seja, sempre que for cautelar serão alimentos provisionais. Os alimentos provisionais também podem ser concedidos na ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, em razão da inexistência de prova pré-constituída de paternidade.

Alimentos definitivos: são os alimentos fixados em sentença transitada em julgado ou em acordo (extrajudicial ou judicial).

Alimentos compensatórios: são os alimentos devidos no caso de ruptura do casamento ou da união estável, para restabelecer o equilíbrio financeiro que vigorava antes da extinção, no regime da separação absoluta de bens, quando o cônjuge ou companheiro não tiver bens ou condições para manter o nível de vida, compatível com a condição social a que se acostumou. Essa modalidade foi criada por Rolf Madaleno e aceita pela jurisprudência.

Alimentos intuitu familiae: são os alimentos fixados para o grupo familiar, sem a indicação de percentual individual, por exemplo, três filhos. A execução, em caso de inadimplemento, pode ser feita por qualquer um dos favorecidos. Já a exoneração exige um litisconsórcio passivo obrigatório, mas a maioria de um dos filhos favorecidos, nesse caso, não altera o valor da pensão, sendo necessária uma ação revisional.

Alimentos transitórios: são os alimentos fixados por prazo determinado, para que o ex-cônjuge ou o ex-companheiro possa regressar ao mercado de trabalho (CASSETTARI, 2018, p. 541-542)

Conclui-se que, numa análise prática e isenta de paixões, o presente estudo não tem a pretensão de abrir grandes discussões acerca da essência ou validade das espécies de alimentos. Ao que parece eles foram cuidadosamente classificados para efeitos didáticos, ainda que possuam variantes quanto à origem, ao intuito, a forma e o tempo necessário para sua fixação, o fim de sua obrigatoriedade é sempre o mesmo: suprir a necessidade existencial de quem delas dependa.

3. DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E SUA FINALIDADE

Arabuços conceituais destacam que os alimentos compensatórios são uma espécie que demonstram que findado o vínculo conjugal, a alteração financeira dos ex cônjuges será inevitável.

Imperioso frisar a omissão do atual Código Civil quanto à dispositivos legais que regulem os alimentos compensatórios entre cônjuges e companheiros.

Incumbe a Rolf Madaleno a introdução dos alimentos compensatórios no Brasil. Suas idéias tomaram como base os estudos do Direito Espanhol e Argentino.

Os citados alimentos visam a indenizar, “por determinado tempo ou não, o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos

pelo parceiro, mas que deixaram de suportar com a separação ou o divórcio” (TARTUCE, 2019, p.846).

Resta claro que os alimentos compensatórios possuem o caráter indenizatório e como tal reparador em busca de um equilíbrio econômico e financeiro decorrente do fato jurídico da ruptura de pessoas anteriormente ligadas por junção familiar.

Durante o período de relacionamento harmonioso entre as pessoas o esperado é que se atinja um equilíbrio em todos os aspectos, inclusive econômico. A ruptura repentina no relacionamento requer um prazo hábil para adaptações no qual o desequilíbrio econômico-financeiro determina necessária fixação de alimentos entre os ex-companheiros para que possibilite a transposição do momento de instabilidade.

Nesse mesmo sentido, ressaltam Farias e Rosenvald (2015):

Especialmente, naquelas relações afetivas que se prolongaram por muitos anos, com uma história de cooperação recíproca. Nessas circunstâncias, advindo o divórcio, após longos anos de relacionamento, o patrimônio comum será partilhado, a depender do regime de bens, e o cônjuge que precisar poderá fazer jus aos alimentos para a sua subsistência. Todavia, considerando que um dos cônjuges tem um rendimento mensal mínimo, absolutamente discrepante do padrão que mantinha anteriormente, pode se justificar a fixação dos alimentos em valor compensatório (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 700).

Novamente outro entendimento relevante que converge para o caráter indenizatório dos alimentos compensatórios.

Para Tartuce (2019) “finda a sociedade conjugal sem comunicabilidade de bens é procedente o pleito de *verba extra* de um consorte ao outro a título de compensação” (TARTUCE, 2019, p.847).

Analisando as definições de Rolf Madaleno (2015), em conformidade com o descrito anteriormente, encontramos que:

A indenização consiste em reparar o desfalque material sofrido pela vítima, além do pagamento do lucro cessante, representado pela perda do ganho econômico-financeiro que a vítima deixa de perceber por haver paralisado ou reduzido sua atividade profissional, ou diante das expectativas de suprimento material que seus dependentes teriam direito se o provedor não tivesse falecido em decorrência do ato ilícito (MADALENO, 2015, p. 928).

Assim sendo, “prestam-se os alimentos compensatórios à manutenção do padrão social ou econômico de alguém em situações nas quais a relação matrimonial é longa e o histórico de cooperação conjugal resta comprovado” (PEREIRA, 2010, p.134).

Ademais, para a reivindicação dos alimentos compensatórios está condicionada à demonstração e prova da perda de condição econômica ocorrida após o rompimento da relação com a parte demandada.

O fundamento para servir de admissibilidade excepcional dos alimentos compensatórios de acordo com o entendimento de Farias e Rosenvald (2015, p.701), “é a boa-fé objetiva, quando o comportamento do outro, durante a convivência, gerou uma justa expectativa de manutenção mesmo no caso de uma dissolução”.

Inegavelmente a boa-fé do pleito é fundamental para se admitir uma recomposição econômica. Requisito evidente e necessário para o afastamento de tentativa de possível enriquecimento sem causa.

Quanto à forma de pagamento e fixação dos alimentos compensatórios, Beraldo (2012) esclarece:

Os alimentos compensatórios podem ser pagos numa única parcela, em dinheiro, bens ou até mesmo

mediante usufruto. Outra alternativa é o pagamento de valores mensais. Nesse caso, deve o magistrado tomar muito cuidado para não fixar os alimentos por prazo indeterminado, em razão de não conseguir aferir qual seria o prazo razoável para a compensação do cônjuge necessitado.

Como este valor seria fixado? São os seguintes elementos que devem ser levados em consideração no momento de estabelecer o *quantum*:⁴⁴⁵ (i) os acordos a que chegaram os cônjuges; (ii) a idade e o estado de saúde; (iii) a qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego; (iv) a dedicação passada e futura à família; (v) a colaboração com seu trabalho e as atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge; (vi) a duração do casamento e da convivência conjugal; (vii) a eventual perda de um direito de pensão; (viii) a riqueza e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge; (ix) qualquer outra circunstância relevante (BERALDO, 2012, p. 137).

Nota-se que o referencial para a concessão dos alimentos compensatórios são carregados de subjetividade. Certamente o magistrado terá um trabalho árduo na solução do caso concreto. Se por um lado a dignidade do alimentado deva ser preservada o risco de imposição de obrigação excessiva ao demandado não está descartado.

Acresce que “a pensão compensatória não guarda uma função permanente e vitalícia de manutenção, pode ser temporária, estabelecida por certo tempo” (MADALENO, 2015, p. 1039).

Constata-se que estudos comprovam entendimentos contrários aos alimentos compensatórios, como foi o do Desembargador Moreira Diniz, do TJMG citado na doutrina de Leonardo de Faria Beraldo (2012), vejamos:

Vivemos uma época de decantado modernismo, apregoa-se isso aos quatro ventos, e vem logo o

juiz querendo se identificar com a população, com a sociedade, que nem sempre é a maioria, porque há o velho ditado que a maioria é a silenciosa, e a minoria barulhenta, e, por ser barulhenta, é que parece maioria. Então, *passa-se a adotar uma série de institutos jurídicos que não existem no nosso País, que não estão acobertados pela nossa Constituição e nem pelas nossas leis. Um verdadeiro absurdo são esses chamados 'alimentos compensatórios'*.

Contudo, o que não pode é a pessoa desconsiderar isso e *inventar uma ação de alimentos compensatórios - perdoem-me a forma incisiva como estou lançando este voto - que não passa na minha cabeça. Isto é um arrematado absurdo. Estão, ignorando que existe procedimento adequado para buscar, para cobrar direitos, que podem existir ou não, transformando esta cobrança num procedimento ultra sumaríssimo, quando se sabe que a ação de alimentos tem a sua tramitação processual por decorrência da própria lei e pode, até, conforme o caso, levar à prisão, se não for pago o que é devido, isto, absolutamente, não existe.* TJMG. 4ª C., AI nº 0067817-98.2010.8.13.0000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 21.10.2010 (trecho do voto do 1º vogal, grifos nossos). Nesse sentido: TJSP. 6ª C., Ap. nº 9155790-09.2009.8.26.0000, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 27.8.2009. (BERALDO, 2012, p. 139).

Nota-se que a imposição dos alimentos compensatórios ainda gera discussão e, como tal, permanece sem o devido amparo legal e taxados como absurdos em algumas decisões. Para alguns juristas configuram uma mistura de danos materiais ocasionados por danos emergentes e lucros cessantes e perda de uma chance, ou seja, algo de certa forma considerado indevido nas relações familiares.

Há que se chamar a atenção ao entendimento de Rolf Madaleno (2015) sobre as alterações dos alimentos compensatórios:

A pensão compensatória as alterações de fortuna do devedor não justificam a mudança da quantia alimentar, dado à circunstância de a compensação econômica corrigir o desequilíbrio existente no momento do divórcio, só cabendo a sua redução ou extinção se aumentar a fortuna do credor, este casar ou formar união estável ou se diminuïrem os recursos do prestador dos alimentos compensatórios (*compensação econômica*) (MADALENO, 2015, p. 1045).

A indenização econômica, objetivo dos alimentos compensatórios, ainda que tenha em sua denominação o termo “alimentos”, em nada se confunde com a alimentar, essa sim possui o caráter existencial e aquela o aspecto indenizatório. Assim sendo caso não seja cumprida, a obrigação compensatória não afetaria a dignidade de quem se recorre a ela.

4. EXECUÇÃO E (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL

A dívida de alimentos constitui uma rara possibilidade que a Constituição Federal prevê a prisão por dívida. Não é por demais afirmar que como signatário do Pacto de São José da Costa Rica, esta observância se faz imperiosa.

A noção de alimentos se faz com a análise, de variantes pertinentes ao mesmo instituto jurídico que é ação de alimentos, ação de oferecimento de alimentos, ação revisional de alimentos e procedimento de execução de alimentos (NADER, 2018, p. 741).

Além disso, tem-se como foro competente para propor ação de alimentos, assim como as revisionais o domicílio do alimentando, conforme disposto no inciso II do art. 53 do CPC.

Entende-se que toda e qualquer decisão que verse acerca de alimentos deve ser alicerçada pelo princípio da dignidade do homem, isso parece ser fundamental, e prestar respeito às personalidades do

alimentante ou alimentando, sob pena de incompatibilidade com o previsto na Constituição Federal.

Na verdade os alimentos não indenizáveis deveriam “ser a obrigação com menor índice de inadimplência. Mas quem deve, sabe que não há nada melhor do que não pagar alimentos. E o credor sabe do verdadeiro calvário que é a cobrança de crédito alimentar” (DIAS, 2012, p. 01).

Muito embora possa parecer lógica a prestação de alimentos mais como um direito prestacional que um dever imposto, não parece ser esse o raciocínio do devedor. Em sentido oposto, a cobrança do crédito que deveria ser um gesto de agradecimento parece impor ao credor a condição de algoz ainda que isso lhe custe demasiado sofrimento para satisfazer seu mínimo existencial.

Certamente no que concerne a essência dos alimentos compensatórios, o julgador deverá ter o acurado cuidado ao fixar a pensão compensatória. Far-se-á necessária cautela para evitar que a mesma se transforme em certas ocasiões em alimentos infindos ante a impossibilidade de determinar o prazo de sua duração (MADALENO, 2015, p. 1050).

De acordo com Beraldo (2012, p. 137), a concessão de liminar para o pagamento dos “compensatórios” é cabível. Além disso, para que sejam fixados, é essencial a apuração de desequilíbrio econômico-financeiro de um cônjuge em oposição ao outro, e por conseqüência exige dilação probatória, como já posto anteriormente.

Verifica-se que os posicionamentos doutrinários possuem variantes. Porém, em sua essência não são discordantes entre si quanto ao fim proposto pela modalidade de ação em estudo.

Em relação à possibilidade ou não de prisão, o Ministro Marco Aurélio Bellize, destacou em um de seus recursos que “não autorizam a propositura da execução indireta pelo procedimento da prisão civil, pois não têm o objetivo de garantir os direitos constitucionais à vida e à dignidade” (STJ, 2020).

Entende-se que os alimentos compensatórios são admissíveis, entretanto a falta de seu cumprimento não tem o condão de

comprometer a dignidade. É possível inferir que a prisão civil continua sendo possível unicamente nos casos em que a inadimplência do prestador coloque em risco a vida e a dignidade do alimentando.

Anote-se que “entre as modalidades de alimentos, apenas os *legais* ou *legítimos*, existentes entre parentes, cônjuges ou companheiros, ensejam a prisão civil, autorizada nos termos do art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior” (NADER, 216, p. 713).

Cumprido ressaltar que os alimentos compensatórios possuem nítido caráter indenizatório, diferente dos alimentos naturais especificados por Cassettari que são imprescindíveis à subsistência e indispensáveis à sobrevivência. Assim sendo a prisão civil por descumprimento dessa modalidade de prestação dos alimentos parece constituir sanção excessiva e por esse motivo parece temerário defender a sua aplicação.

Além disso “o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969), ratificado pelo Brasil em 1992, estabelece que ninguém deve ser detido por dívidas, mas ressalva os mandados de autoridades” (LÔBO, 2011, p. 396).

Ressalta-se que, com a promulgação do Pacto de São José pelo decreto 678/92 a prisão do depositário infiel virou um problema e passou a gerar controvérsias jurídicas quanto à sua previsibilidade ainda constante no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto desde que o pleno do STF julgou o Recurso Extraordinário 466.343/SP, por nove ministros numa votação apertada, por cinco votos a quatro, ficou decidido o caráter supralegal do Pacto reconhecendo-o como acima das demais leis e logo abaixo da Constituição Federal.

Desta forma constata-se que não há, pois, qualquer possibilidade de como cogitar a prisão. Como se lê no próprio texto da convenção as penas privativas de liberdade são revestidas e sustentadas por finalidade específica na reforma e readaptação dos indivíduos condenados.

Vê-se na jurisprudência do TJDF e de tantos outros Estados, que a impossibilidade de prisão civil nos alimentos compensatórios é recorrente, vejamos:

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. CÔNJUGE VIRAGO COMO CREDOR. VERBA SEM NATUREZA ALIMENTAR (EM SENTIDO ESTRITO). NATUREZA COMPENSATÓRIA/INDENIZATÓRIA. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os alimentos compensatórios, assim denominados pela Doutrina, são fixados com a finalidade de evitar-se um desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da dissolução nupcial, possibilitando-se ao ex-cônjuge, que não se encontra na administração dos bens do casal, a continuidade de sua vida no padrão até então desfrutado, até que seja realizada a partilha do patrimônio comum. Não se destinam, portanto, a satisfazer as necessidades básicas da alimentanda, ou seja, não se destinam à sua sobrevivência, possuindo nítido caráter indenizatório.

2. Tendo em vista o caráter indenizatório dos alimentos compensatórios não se afigura possível que a correspondente execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, que fica restrita à hipótese de inadimplemento de verba alimentar propriamente dita, destinada à subsistência do alimentando.

3. Agravo de instrumento não provido. **Decisão:** NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME. **Termos Auxiliares à Pesquisa:** PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE (TJDFT, 2016).

Assevera-se que a maior parte dos julgados aponta para o não cabimento de cerceamento da liberdade do demandado na modalidade de alimentos compensatórios. Reforçando o princípio constitucional da aplicação de penas extremas para as penalidades que atentam contra o direito à vida ou ferem a dignidade humana de maneira irrecuperável.

Conclui-se que se faz necessário que seja afastada a mitigação do direito constitucional à liberdade, onde se pretenda apenas resguardar o equilíbrio ou a recomposição de direitos puramente patrimonial, sob pena de contrariar o núcleo essencial de direito determinado pelo legislador constituinte.

5. CONCLUSÃO

É de suma importância que ao se falar das obrigações decorrentes de relações familiares, necessário se faz revestir-se da sensibilidade para sua análise. A abordagem abrangente do conceito de família entendida na atualidade possui contornos bem diferenciados das relações jurídicas de outrora. Há que se considerar que os elos de afeto possuem tanta importância quanto o elo consanguíneo.

Desse modo outro fator impossível de ser negligenciado é que na ausência de elementos mínimos capazes de garantir sua sobrevivência, o homem perde sua essência e se coisifica, afastando assim do critério básico que o diferencia, ou seja, a dignidade humana.

Verificou-se que ainda que seja legalmente instituído no ordenamento jurídico brasileiro e cercado de divergências, recentes posicionamentos apontam a aplicabilidade dos alimentos compensatórios pelos tribunais brasileiros. O fato que sedimenta as decisões favoráveis apontam que elas objetivam o restabelecimento econômico oriundo da ruptura matrimonial. Fato é que a análise e situação econômico-financeira das partes envolvidas, qualquer que seja o vínculo que os une deverá ser considerada no período que antecedeu o início da vida em comum.

Por tudo isso, considerando a dinamicidade do Direito e das relações jurídicas, a falta de previsão legal não pode ser motivo de impedimento para que a justiça adote novos contornos mais eficazes às suas decisões, ainda que sejam considerados demasiadamente vanguardistas para os mais conservadores.

Em síntese, não parece sensato admitir que em términos afetivos uma parte sofra os impactos impostos pela indulgência social em

função de extrema baixa patrimonial. *Diante da discussão elencada, são notórios os malefícios que se terá após anos de esforço pessoal em um projeto comum sem qualquer tipo de compensação financeira.*

Portanto, infere-se a necessidade de reparar o passado, cuidando para que ele não falte no futuro, ou seja, corrigir um descompasso material causado pelo divórcio e compensar o cônjuge que se viu em condições financeiras inferiores com o término da relação.

Assim sendo, por não se tratar de alimentos necessários à sobrevivência e preservadores da dignidade humana, os alimentos compensatórios possuem nítida natureza indenizatória rechaçando assim a possibilidade de cogitar a prisão civil nos casos de seu descumprimento.

Ademais, o Brasil está sob a égide de uma Constituição, que norteia o Estado no sentido da dignidade da pessoa humana e assegura a seus patrícios proteção incondicional à liberdade. Tendo em vista o que foi mencionado considerar a possibilidade de discussão de pena restritiva de liberdade para o caso em discussão é cogitar sanção contrária a princípio basilar da Carta Magna de 88, esse seria um retrocesso mortal ao avanço das conquistas de direitos que o direito brasileiro assim como toda a humanidade lutou séculos para sedimentar.

REFERÊNCIAS

BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil**: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana de Direitos Humanos**. Disponível em:< https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23. jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Dívida de alimento, um crédito de amor!**. Disponível em:< [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_535\)5__divida_de_alimento_um_credito_de_amor.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_535)5__divida_de_alimento_um_credito_de_amor.pdf)>. Acesso em: 22. jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **O calvário do credor de alimentos**. Disponível em:< [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_506\)o_calvario_do_credor_de_alimentos.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_506)o_calvario_do_credor_de_alimentos.pdf)>, Acesso em: 22. jul. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Vol. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Vol. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

STJ. Falta de pagamento de pensão alimentícia de caráter indenizatório não justifica prisão civil. Disponível em:< <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17082020-Falta-de-pagamento-de-pensao-alimenticia-de-carater-indenizatorio-nao-justifica-prisao-civil.aspx>>. Acesso em: 22. Jul. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Vol. 5.

TJDFT. **Acórdão n. 954029, 20150020320719AGI**, Relator Des. CRUZ MACEDO, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 2/6/2016, Publicado no DJe: 15/7/2016, p. 237/253. Disponível em:< <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 23. jul. 2021.