

ISSN 2674-9386

REVISTA
DIREITO

FAE

VOL 4 / NÚM 2 / 2021



REVISTA
DIREITO

FAE

FAE Centro Universitário

RDF	Curitiba	v. 4	n. 2	p. 299	2021
-----	----------	------	------	--------	------

REVISTA DIREITO **FAE**

ASSOCIAÇÃO FRANCISCANA DE ENSINO SENHOR BOM JESUS – AFESBJ

Frei João Mannes, OFM
Presidente

Frei Mário José Knapik, OFM
Vice-presidente

Jorge Apóstolos Siarcos
Diretor-Geral

FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Jorge Apóstolos Siarcos
Reitor

Everton Drohomerski
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento

José Vicente Bandeira Mello Cordeiro
Diretor de Pós-Graduação

Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e Planejamento

Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão

Naiara Fernanda Johnsson
Comissão Própria de Avaliação – CPA

COORDENADORES DE NÚCLEO E DEPARTAMENTO DA FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Gabriele de Assunção Camargo
Núcleo de Admissão de Alunos – NAD

Nelcy Finck
Núcleo de Carreira Docente – NCD

Vera Fátima Dullius
Núcleo de Educação Digital – NED

Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Núcleo de Empregabilidade – NEP

Andrea Bier Serafim
Núcleo de Extensão Universitária – NEU

Nacib Mattar Junior
Núcleo de Legislação e Normas Educacionais – NLEG

Cleonice Bastos Pompermayer
Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA

Karla Adriane Fernandes Zeni
Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA

Arete Galat
Núcleo de Relações Internacionais – NRI

REVISTA DIREITO --- FAE

Paulo Roberto Araújo Cruz

Diretor de Relações Corporativas

Mônica Bosio

Ouvidora

Rita de Cássia Marques Kleinke

Pastoral Universitária

Edith Dias

Soraia Helena Ferreira Almondes

Bibliotecárias

CAMPUS - CURITIBA

Andrea Regina Hopfer Cunha

Diretora do *Campus* Curitiba

COORDENADORES DE CURSO

Jorge Wilson Michalowski

Administração, bacharelado

Roger Lahorgue Castagno Junior

Management Experience Program – MEP

Engenharia Civil, bacharelado

Adriane Cordoni Savi

Arquitetura e Urbanismo, bacharelado

Érico Eleutério da Luz

Ciências Contábeis, bacharelado

Solidia Elizabeth dos Santos

Ciências Econômicas, bacharelado

Negócios Internacionais, bacharelado

Randy Rachwal

Comunicação Social: Publicidade e Propaganda,
bacharelado

Negócios Digitais – bacharelado

Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Comercial

Valter Pereira Francisco Filho

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Financeira

Curso Superior de Tecnologia em Logística

Vera Fatima Dullius

Curso Superior de Tecnologia em Gestão de
Recursos Humanos – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Comercial – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Financeira – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Logística –
semipresencial

Ceres Luehring Medeiros

Design, bacharelado

Gilberto Andreassa Júnior

Direito, bacharelado

Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva

Engenharia de Produção, bacharelado

Engenharia Mecânica, bacharelado

Antônio Joaquim Pinto, OFM

Filosofia, bacharelado

Filosofia, licenciatura



REVISTA DIREITO --- FAE

José Carlos Alves Silva

Direito, bacharelado

Rogério Tomaz

Letras – Português e Inglês, licenciatura

Joyce Kelly Pescarolo

Psicologia, bacharelado

Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva

Engenharia de Produção, bacharelado

Engenharia Mecânica, bacharelado

Engenharia Elétrica, bacharelado

CAMPUS - SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

Elcio Douglas Joaquim

Diretor do *Campus* São José dos Pinhais

COORDENADORES DE CURSO

Alessandra Fernandes Bichof

Administração, bacharelado

Ciências Contábeis, bacharelado

José Carlos Alves Silva

Direito, bacharelado

CAMPUS - ARAUCÁRIA

Elcio Douglas Joaquim

Diretor do *Campus* Araucária

COORDENADORES DE CURSO

Alessandra Fernandes Bichof

Administração, bacharelado

Ciências Contábeis, bacharelado

RDF [recurso eletrônico]: Revista FAE de Direito. Vol. 4, n. 2 (dez. 2021)

Semestral.

Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/issue/view/9>
ISSN: 2674-9386

1. Direito - Periódicos

EDITORIAL

O Volume 04, n. 2, Ano 2021, da Revista de Direito FAE, que temos a grande honra de apresentar, encerra o presente ano de estudos e pesquisas em Direito da nossa querida Instituição FAE com esperança de um ano novo melhor, com a retomada de todas as atividades presenciais de ensino e do convívio humano, tão indispensável para a constituição de um direito vivo e justo.

O presente volume discute novos arranjos familiares e as repercussões no Direito de Família. Além disso, trabalha com filosofia de Hegel e Hermenêutica, dentro da ideia de que uma boa construção interpretativa das leis pode premiar o direito com uma boa dose de justiça.

Algumas decisões tributárias, que produziram grande impacto na ordem econômica brasileira nos últimos tempos, foram trazidas para esse volume, tais como o Tema 69, oriundo de decisão histórica no Supremo Tribunal Federal e ponderações sobre elisão fiscal, sob a óptica dos Tribunais.

Os temas da ética sobre o uso de novas tecnologias e das delações premiadas também foram retomados nesse exemplar, que ora trazemos para a comunidade acadêmica, fortes na certeza de que tais discussões são fundamentais para a ciência do direito.

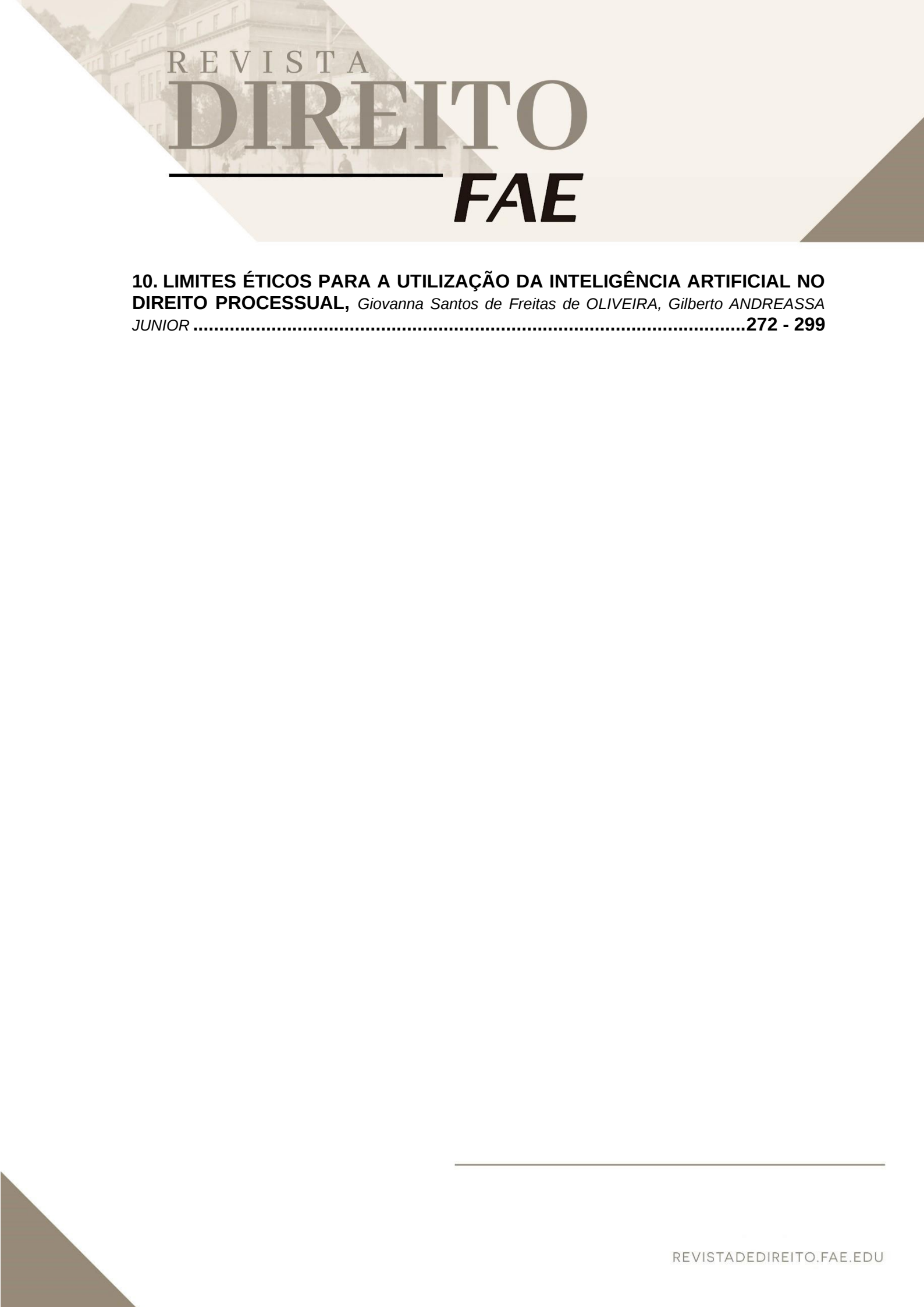
Desejamos para todos uma ótima leitura.

Thaïs Savedra de Andrade

Coordenação Científica e Editorial da RDF

SUMÁRIO

QUEM É QUEM NA FAE – CENTRO UNIVERSITÁRIO	2 - 4
EDITORIAL	5
1. O PODER FAMILIAR E A ALIENAÇÃO PARENTAL, Aline PAYONKI, Carlos Henrique PAYONKI, Sayonara SAUKOSKI.....	8 - 33
2. MULTIPARENTALIDADE: OS EFEITOS DA SUCESSÃO APÓS A CONCOMITÂNCIA DAS FILIAÇÕES, Gabriela Andrade RIBEIRO, Juliana Silva AMORA, Bárbara Helen Abreu VALADARES.....	34 - 70
3. A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SOBRE A HOLDING FAMILIAR PARA O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO DO EMPRESÁRIO RURAL, Lucas Pereira NUNES, Danielle Rye KOJIMA, Gabriel PLACHA	71 - 102
4. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PROVA DE CORROBORAÇÃO, Rafael Junior SOARES, Anna Beatriz Sartorio Ramos da SILVA, Lucas Brandão PETENGILL	103 - 123
5. A HERMENÊUTICA À LUZ DA EVOLUÇÃO SÓCIOFILOSÓFICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS: PRECEDENTES E O DIREITO COMPARADO, Bernardo Luiz MIGDALSKI, Daniel LAUFER, Maria Francisca ACCIOLY	124 - 162
6. REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM DIFERENTES MOMENTOS DO PROCESSO SUCESSÓRIO, Ludmilla Ludwig Aires Valenga KRINDGES, Sérgio Ney Cuéllar TRAMUJA, Amanda Sawaya NOVAK	163 - 183
7. A FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL: POR UMA FILOSOFIA DA LIBERDADE, Danielle de Carvalho Pacheco de MELO, Thaïs SAVEDRA de Andrade.....	184 - 199
8. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO DE SUPERAÇÃO DE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO EMPRESÁRIO, Guilherme Helfenberger Galino CASSI, João Victor Menine MACHADO, Matheus Roberto CANALLE	200 - 241
9. A INCLUSÃO DE TRIBUTOS NA BASE DE CÁLCULO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, Ana Luiza Rolim de Moura FERREIRA, Mônica XIANG YU, Gabriel PLACHA	242 - 271



REVISTA DIREITO --- FAE

10. LIMITES ÉTICOS PARA A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PROCESSUAL, <i>Giovanna Santos de Freitas de OLIVEIRA, Gilberto ANDREASSA JUNIOR</i>	272 - 299
--	------------------

O PODER FAMILIAR E A ALIENAÇÃO PARENTAL

THE FAMILY POWER AND PARENTAL ALIENATION

Aline PAYONKI¹

Carlos Henrique PAYONKI²

Sayonara SAUKOSKI³

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho é expor sobre o poder familiar e suas características, explanar sobre guarda, em especial a unilateral, as considerações da Lei de Alienação Parental (AP) nº 12.318/2010, o surgimento da Síndrome da Alienação Parental (SAP) e as implicações jurídicas, a qual, é vista, na maioria das vezes, na guarda unilateral. O tema se justifica pela importância em tratar de um assunto que a cada dia se mostra mais frequente na sociedade e que vem trazendo consequências graves, com o desenvolvimento de problemas psicológicos que podem perdurar para sempre na vida da criança/adolescente, já que, sem identificação apropriada resultará, até mesmo, na ruptura total e permanente do vínculo afetivo da criança e/ou adolescente com o genitor alienado, violando o seu direito de convivência familiar, reconhecido constitucionalmente. A partir do estudo, é possível evidenciar que

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Santa Amélia - UniSecal, Ponta Grossa, Paraná. E-mail: alinepayonki@gmail.com.

² Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santa Amélia - UniSecal, Ponta Grossa, Paraná. E-mail: carloshpayonki@hotmail.com.

³ Professora no Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santa Amélia - UniSecal, Ponta Grossa, Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, validado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. E-mail: sayosau@hotmail.com.

em decorrência dessa Alienação ou SAP poderá ocorrer a inversão da guarda, com destituição do poder familiar, por meio de decisão judicial fundamentada e verificada, após demonstração de má utilização desse “poder”. Assim, a abordagem do tema revela-se de suma importância, para compreender o contexto do poder familiar e a alienação parental, visando evitar transtornos na vida de crianças e/ou adolescentes.

PALAVRAS-CHAVE: Poder familiar. Guarda unilateral. Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to expose about the family power and its characteristics, explain about custody, especially the unilateral, considerations of the Lei de Alienação Parental (AP) nº. 12.318/2010, and the emergence of the Parental Alienation Syndrome (PAS) and its legal implications, which is most often seen in unilateral custody. The theme is justified by the importance of dealing with a subject that is becoming more frequent in society every day and which has been bringing serious consequences, with the development of psychological problems that can last forever in the child/adolescent's life, since, without proper identification, will result even in the total and permanent rupture of the affective bond of the child and/or adolescent with the alienated parent, violating their right to family life, constitutionally recognized. Based on the study, it is possible to show that, as a consequence of this Alienation or PAS, the custody inversion may occur, removing the family power, by means of based and verified judicial decision, after demonstrating the misuse of this “power”. Thus, the approach to the theme is of the utmost importance, to understand the context of family power and parental alienation, aiming at avoiding disorders in the lives of children and/or adolescents.

KEYWORDS: Family power. Unilateral custody. Parental Alienation. Parental Alienation Syndrom.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar o abuso do exercício do poder familiar com a prática de alienação parental. Abordar a temática “família” é de suma importância, sendo esta base da sociedade, é um instituto que sofre constantes transformações, precisando se adaptar a cada época. Percebe-se, por meio do desenvolvimento social, que o direito recebe novas formas de interpretação e novos posicionamentos, refletindo no posicionamento adotado em várias decisões sobre as relações entre pais e filhos.

O poder familiar, previsto em nosso ordenamento jurídico, configura-se como o conjunto de responsabilidades e deveres inerentes aos pais em relação à pessoa e bens de seus filhos menores de idade ou não emancipados, sendo o exercício de autoridade dos pais sobre os filhos.

E, a partir dessa relação, pode surgir a alienação parental, sendo um instituto que causa a interferência na formação da criança ou do adolescente promovida ou induzida por genitores, avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie um ou ambos os genitores, causando prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com estes.

Desta maneira, o estudo se justifica pelo fato de que o direito de família vem se desenvolvendo a cada geração e o estudo mostrará a importância de analisar a Lei nº 12.318/2010, referente à alienação parental, que trata de um abuso emocional e de um jogo psicológico que deixa a criança ou o adolescente desprotegido, podendo-lhes causar graves transtornos psíquicos quando adultos.

Os autores Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo têm visão inovadora com relação à família, poder familiar e a alienação parental, assim, o estudo foi abordado de forma qualitativa, versando os princípios das relações familiares e suas

consequências quando ocorre um rompimento dessas relações, ocasionando rupturas no poder familiar em relação aos pais com seus filhos e ocasionando abusos psicológicos por meio da alienação parental, podendo caracterizar uma síndrome.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo está estruturado em 3 partes. Na primeira parte, intitulada “As transformações no direito de família e o poder familiar” demonstrando as transformações na estrutura social e familiar e a legislação referente ao poder familiar. Na segunda parte intitulada “Guarda”, refere-se aos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia dos pais separados ou a ambos para com os filhos. Na terceira e última parte intitulada, “Alienação parental e as decisões judiciais na contemporaneidade”, aborda a interferência abusiva na formação psíquica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculo com este, gerando a Síndrome da Alienação Parental, que se refere às sequelas emocionais e comportamentais que atingem a criança/adolescente, vítima de tal prática e por fim contemplará a relação do Poder Familiar referente a essa alienação e as decisões judiciais.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

A base da sociedade do século XX era alicerçada em um modelo conservador, patriarcal e matrimonial, sendo o homem o “chefe de família”, o líder e responsável pela tomada das decisões, tutelado pelo Código Civil de 1916. Mas, as mudanças de costumes no Brasil, desencadearam uma transição na estrutura social e familiar e as alterações legislativas foram perceptíveis e expressivas, como exemplo o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que atribuiu capacidade plena à mulher, e a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e Lei 6.515/1977).

Para Dias (2007, p.30), as mudanças acabaram, "...com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada". O núcleo familiar foi alvo direto das transformações ocorridas no país, assim, originando novas concepções de família, que não são mais equiparadas à família tradicional.

Em 1988, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), com a premissa de regular e pacificar os conflitos e interesses de grupos que integram uma sociedade, a partir disso, começou uma nova maneira de agir em relação a esses conflitos. Segundo Dias (2007, p.30-31)

A partir de sua entrada em vigor instaurou-se a igualdade entre homem e mulher e o conceito de família foi elástico protegendo agora todos os seus integrantes e ainda tutela expressamente além do casamento a união estável e a família monoparental.

A CF/88 define família como:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§ 1º o casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º para efeito da 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. (regulamento)

§ 4º entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O autor Francisco do Amaral (1999, p. 331) conceitua família, à luz da CF/88 que:

Família é o conjunto de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco, decorrente esta da consanguinidade ou da adoção, ou ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Quando há rupturas, ou separações nas relações, o relacionamento entre criança e responsáveis deve ser mantido/preservado a fim de não ocasionar prejuízos no desenvolvimento da criança, seja nos aspectos psicológicos e/ou sociais.

O artigo 227 da CF/88 assegura à criança/adolescente garantias fundamentais:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2010).

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) é um preceito legal surgido com a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, visando a proteção integral à criança e ao adolescente e em seu artigo 22 enfatiza que:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 2016)

A CF/88 e o ECA se baseiam nos princípios da dignidade da pessoa humana e sempre priorizando o melhor interesse da criança, pois é necessário observar esta pessoa em formação, em construção, com sua bagagem cultural, ideológica, cultural,

moral, religiosa, psicológica e afetiva que se expressam, primeiramente, no seio familiar.

Anteriormente, utilizava-se o termo “pátrio poder”, que sintetizava relações pautadas no direito absoluto e ilimitado da figura masculina nas organizações familiares. Esse termo se tornou contraditório, pois a CF efetivou a participação feminina nas relações, modificando o termo para “poder familiar” (RODRIGUES, 2004, p. 353).

Com a CF/88, ampliou-se a igualdade entre homens e mulheres nas decisões relativas aos direitos e deveres familiares, configurado como o conjunto de responsabilidades e deveres inerentes aos pais em relação à pessoa e bens de seus filhos menores de idade, ou não emancipados, com intuito de assegurar-lhes um bom desenvolvimento. Paulo Lôbo (2011, p. 295) conceitua o termo citado:

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária — voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

Há um conjunto de prerrogativas no ordenamento jurídico, ou seja, poderes aos genitores, para que cumpram o dever legal que lhes é estabelecido. Para Maria Helena Diniz (2014, p. 617) poder familiar é o:

Conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

A titularidade do poder familiar recai sobre ambos os genitores, igualitariamente, mesmo que seu exercício possa se materializar na conduta de apenas um deles. Havendo desacordo, gerando conflitos, atribui-se ao juiz a solução, verificando sempre o interesse da prole, de acordo com art. 1631 do Código Civil (CC/2002):

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2002)

Desta maneira, a CF/88 e o ECA dispõem que o Estado, conjuntamente com a sociedade e a instituição familiar, estabeleceram normas para o exercício do poder familiar, assim, limitando-o no tempo e restringindo o seu uso e os direitos dos pais, para evitar o abuso dos mesmos, considerando seu bom desempenho perante aos filhos.

3 GUARDA

O termo guarda integra o poder familiar, refere-se aos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia dos pais separados ou a ambos para com os filhos, quando exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva e quando por ambos, é compartilhada ou alternada (LÔBO, 2011, p. 141).

Do ponto de vista teórico, existem quatro modalidades de guarda, de acordo com Pablo Stolze Gagliano (2017, p.1337):

- a) Guarda unilateral ou exclusiva: sendo uma modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião;
- b) Guarda alternada: é a modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias, o pai e mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas, sob o prisma do interesse dos filhos, essa não é uma boa modalidade na prática.
- c) Nidação ou aninhamento: espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. A criança permanece no mesmo lar, com os pais já separados, e esses revezam-se, na companhia dos filhos, segundo a decisão judicial.
- d) Guarda compartilhada ou conjunta: modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, principalmente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos.

Ao tratar sobre definição de guarda, para Paulo Lôbo (2011, p. 190) conceitua:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício. Diferente é o conceito e alcance.

A Lei do Divórcio (EC 9/1977 e Lei 6.515/1977), atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse provocado a separação ou, não havendo acordo, à mãe.

Hoje, é concedida a “quem revelar melhores condições para exercê-la” (CAHALIL, 2003, p. 480).

A regra básica é que, nas hipóteses de separação, ou de pais que não viveram sob o mesmo teto, dá-se preferência ao acordado sobre a guarda dos filhos, com consenso mútuo, sempre sendo escolhas para o melhor interesse da criança/adolescente, segundo o disposto no CC/2002, art. 1.584, I (BRASIL, 2002).

Não ocorrendo acordo entre os pais, ou não sendo viável a guarda compartilhada, cabe ao juiz atribuir a guarda unilateral, prevista no artigo 1583 do CC/2002, sendo concedida essa responsabilidade a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, cabendo ao juiz atribuí-la a quem possuir melhores condições de proteger os direitos da criança e do adolescente.

Percebe-se que a guarda unilateral é conferida, na maioria das vezes, à genitora, e, em casos excepcionais, ao genitor (DIAS, 2007, p. 394), mas essa realidade está se modificando na contemporaneidade, pois, em alguns casos, a genitora não está em condições de exercer tal função em relação ao seu filho, ficando então a cargo do genitor assumir esse direito, como demonstra a situação discutida pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR), enfrentando um Agravo de Instrumento do TJPR:

Agravo de Instrumento. Ação de Guarda. Decisão que fixou a guarda provisória dos irmãos menores em favor do pai. Recurso da genitora. Pleito para revogação da decisão. Alegação de fatos que desabonam a conduta do genitor. Alienação parental. Ausência de provas contundentes. Meras alegações. Pretensa situação de risco que deve ser apurada. Necessidade de instrução probatória. Garantia do melhor interesse dos menores. Necessidade de manutenção da situação atual. Ausência de condutas desabonadoras da família paterna que os impeçam de exercer a guarda nesse momento processual. Recurso conhecido e não provido. 1. quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no

sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade" (Resp. 1356981/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 08/11/2013).2. No caso em hipótese, todos os esforços devem ser empenhados para garantir o superior interesse da criança, não existindo em sede de cognição sumária, justo motivo para alteração da situação atual. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJPR - 12ª C.Cível - 0048453-44.2019.8.16.0000 - Assis Chateaubriand - Rel.: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza - J. 02.06.2020). (grifou-se)

Nesse julgado, o recurso pela parte genitora foi conhecido, mas não provido, pois o Relator Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza, observou ausência de condutas desabonadoras da família paterna que os impedissem de exercer a guarda provisória dos filhos menores. No caso, todos os esforços devem ser empenhados para garantir o superior interesse da criança.

Cumpra esclarecer que, aquele não detém a guarda, tem o direito às visitas, estando em conformidade com a CF/88 (art. 227), sendo um direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Esse direito não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe, mas sim, abrange o ter o filho "em sua companhia" e o de fiscalizar sua manutenção e educação, previsto no art. 1589 do CC/2002 (BRASIL, 2002).

Com a determinação da guarda nas modalidades unilateral ou compartilhada, é assegurado o direito de visitas ao não guardião, o que pode se tornar fonte de conflitos entre os pais. Esse direito é também do filho de ser visitado, então mais uma vez deve ser observado o princípio do melhor interesse da criança.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p.196), o regime de visitas pode ser entendido como:

[...]a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com a guarda, compreendendo encontros regularmente estabelecidos, repartições de férias escolares e dias festivos.

O CC/2002, em seu art.1632, versa que a separação dos pais, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Assim, fica demonstrado que independentemente da situação conjugal dos pais, compete a ambos o pleno exercício do poder familiar, sendo atribuição dos dois, o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos (CC/2002, 1.634, I) (BRASIL, 2002).

A partir do momento que o detentor da guarda não a exerce de forma correta, o não detentor deverá ir a busca desse direito, visando sempre o princípio do melhor interesse da criança/adolescente, para não ocasionar danos tantos físicos ou psicológicos a um ser em desenvolvimento (PELUZO, 2014).

Uma das consequências do não exercício correto dos genitores em relação ao seu poder familiar sobre a criança/adolescente é a Alienação Parental, causando danos que necessitam ser analisados.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL E AS DECISÕES JUDICIAIS NA CONTEMPORANEIDADE

Alienação parental é o abuso emocional de uma criança/adolescente, que frequentemente vem sendo praticada pelo detentor da guarda, por meio de um conjunto de estratégias usadas, para promover a rejeição da criança ao ex-parceiro

por forte influência, feita por comentários negativos ou falsas acusações, estimulando a criança a se afastar do genitor.

Maria Berenice Dias (2010, p. 455) define como: “nada mais do que uma lavagem cerebral feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador”.

Os casos mais recorrentes, acontecem após a separação do casal, com o fim do relacionamento, a guarda do filho é disputada, geralmente é uma separação conflituosa, regada de sentimentos ruins, como vingança, ódio entre outros motivos.

A Lei nº 12.318 de 2010 – da Alienação Parental (AP), junto com a CF/88, o ECA e o CC/2002, estão unidos para proteger a criança e seus direitos fundamentais, preservando seu convívio com a família, e a preservação moral desta criança/adolescente diante de um fato que por si só os atinge, a separação.

De acordo com o art. 2º da AP, significa a interferência abusiva na formação psíquica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculo com este (BRASIL, 2010).

E a partir desse ato prejudicial surge a Síndrome da Alienação Parental (SAP) que é diferente, nasceu por meio de pesquisas realizadas pelo médico psiquiatra Richard Gardner, na década de 1980, quando, constatou, em seu consultório, que a referida síndrome se desencadeia no âmbito das disputas por custódias de crianças no momento da dissolução da relação conjugal. (ASSUMPÇÃO, 2011, p. 4-5).

Desta maneira Richard A. Gardner (2002, p.2) conceituou a Síndrome da Alienação Parental como sendo:

(...) um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação

das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Ocorre uma distinção entre os temas, embora estejam intimamente ligados, pois o SAP é decorrência da AP, conforme ressalta Juliana Rodrigues de Souza (2014, p.114):

(...) a Síndrome da Alienação Parental não se confunde com Alienação Parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, enquanto a AP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras da titular da guarda, a Síndrome, por seu turno, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e ao adolescente vêm a padecer.

No mesmo sentido, Priscila Maria Corrêa da Fonseca (2006, p.164) aponta que a Alienação Parental é o ato de um genitor (em regra, o titular da custódia) de provocar o afastamento do filho do outro genitor e a Síndrome da Alienação Parental se refere às sequelas emocionais e comportamentais que atingem a criança vítima de tal mazela.

Acerca das consequências, dentre outras, os sujeitos submetidos aos atos de Alienação Parental, poderão apresentar “problemas escolares, sentimentos de abandono, insegurança, comportamento antissocial, medo e depressão (...)” (TRINDADE, 2004 apud BARBOSA, 2011, p. 42).

Paulo Lôbo (2009, p. 402-403) alerta para a violência da alienação parental que ocasiona o comprometimento não só da convivência familiar do filho com o outro genitor, mas também de todo o grupo familiar e destaca:

(...) A demonização do outro e de seus parentes deixa sequelas traumáticas, às vezes irreversíveis, que comprometem o equilíbrio psicológico da pessoa, inclusive em sua vida adulta; o descobrimento tardio de que foi vítima de alienação parental quase sempre vem acompanhado de intensa frustração e de sensação de perda afetiva.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p.208), no cenário da Alienação Parental, os mais prejudicados acabam por ser os filhos concebidos na constância da união familiar, uma vez que brigas constantes, desconfiança e tudo o que torna um caos a vida familiar, permite que esta mazela esteja presente, tornando-se uma realidade que atinge diretamente os envolvidos.

4.1 Ruptura Conjugal e a Utilização do Poder Familiar

Dias (2015, p. 545) relata que, muitas vezes, a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande e quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Assim, invés de ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Com a separação, o mais comum anteriormente, era a guarda ficar com a mãe, por haver uma naturalização da função materna, e ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em finais de semana alternados (DIAS, 2008).

Mas, pode ocorrer de a genitora dificultar, ao máximo, ou impedir a visitação do filho com o pai, criando uma série de situações inexistentes, levando o filho a rejeitar o pai, a, até mesmo odiá-lo (DIAS, 2010).

O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A genitora monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele (DIAS, 2008).

Nessa ótica, o poder familiar não está sendo exercido com plena harmonia e rogando os interesses dos filhos e da família como instituição. Portanto, quando os genitores descumprem as regras e os deveres, esses passam a estar dispostos a sanções de natureza civil, e entre elas está a mais grave, a destituição do poder familiar. Isso faz com que sempre se protejam os filhos, e não meios para punir os genitores (DILL; CALDERAN, 2021).

De acordo com o artigo 24 do ECA, a perda ou suspensão do Poder Familiar, serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 1990)

Com isso, o genitor não alienante, sendo o pai, vai em busca de seus direitos para proteger o interesse do filho, assim, tendo início a inversão de guarda para a figura paterna, abrangendo melhor seu direito de permanecer com a criança/adolescente e dar todo suporte para seu desenvolvimento, não configurando somente a guarda unilateral para a figura materna.

Na jurisprudência, fica evidenciada a alienação parental em vários casos, com a consequente substituição da guarda.

Para tanto, foram feitas pesquisas utilizando os termos Guarda e Alienação Parental, entre o ano de 2020, junto ao site do TJ/PR, sendo localizados três casos no Paraná:

Agravo de Instrumento. Ação revisional de regulamentação de visitas c/c pedido de tutela de urgência. Decisão que alterou a guarda do menor para unilateral em favor do genitor. Recurso da genitora. Pleito pela que volte a exercer a guarda do menor. Impossibilidade. Prática de alienação parental reconhecida. Art. 6º da Lei 12.318/2010. Aplicação de medidas anteriores à inversão da guarda que não obtiveram efeito. Princípio do melhor interesse do menor. Ausência de indícios de condutas desabonadoras do genitor que o impeçam de exercer a guarda. Recurso conhecido e não provido. 1. Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. 2. Recurso conhecido e não provido. (TJPR - 12ª C.Cível - 0030704-14.2019.8.16.0000 - Londrina - Rel.: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza - J. 22.07.2020).

O relator, Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza, entendeu pela impossibilidade da inversão da guarda, por falta de indícios de condutas

desabonadoras que impedissem o exercício da guarda, então concedida ao genitor, não ocorrendo a alienação parental por parte dele, deixando descaracterizado tal ato, pelo que, o recurso foi conhecido, porém não provido para a parte genitora.

DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA, VISITAS E ALIMENTOS – PARCIAL PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO – APELAÇÃO CÍVEL – COMPORTAMENTO DO FILHO DE AVERSÃO AO GENITOR INFLUENCIADO PELA GENITORA – EPISÓDIOS DE ANGÚSTIA E SOFRIMENTO DO INFANTE NA PRESENÇA DO PAI – RELATÓRIOS DA EQUIPE TÉCNICA QUE EVIDENCIAM A ALIENAÇÃO PARENTAL. MULTA (ART. 6º, III DA LEI 123018/2010) – MANUTENÇÃO – VALOR QUE DEVE SERVIR DE REPRIMENDA AO COMPORTAMENTO DA ALIENANTE PREJUDICIAL FILHO, CUJOS INTERESSES DEVEM SER PRESERVADOS. ATENÇÃO ÀS PECULIARIDADES DO CASO E AO FATO DE A PARTE SER BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – QUANTUM MINORADO. GENITOR QUE DECAIU DA MAIOR PARTE DOS PEDIDOS – REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – SENTENÇA MODIFICADA, EM PARTE. recurso conhecido e parcialmente provido. (TJPR - 11ª C.Cível - 0021159-45.2013.8.16.0188 - Curitiba - Rel.: Desembargador Ruy Muggiati - J. 15.02.2021)

Nesse julgado, foi identificado comportamento do filho, com aversão ao genitor influenciado pela genitora, ocorrendo episódios de angústia e sofrimento do infante na presença do pai. De acordo com os relatórios da equipe técnica, fica demonstrada a alienação parental praticada pela genitora, sendo prejudicial ao filho. Com isso, a genitora deverá pagar multa e preservar os interesses do filho.

Nessas decisões, sempre é visto o melhor interesse da criança/adolescente, na maioria das vezes nessas alterações fica demonstrado o melhoramento da criança/adolescente em sua vida social, escolar e familiar, pois cessa a ocorrência da violência psicológica, ocorrida pela SAP.

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA – COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DA MÃE EM RELAÇÃO AOS CUIDADOS E FREQUÊNCIA ESCOLAR DOS FILHOS – SENTENÇA QUE DETERMINOU A ALTERAÇÃO DA GUARDA EM FAVOR DO PAI – PROVAS DE QUE A MODIFICAÇÃO DA GUARDA OCASIONOU MELHORA NA ASSIDUIDADE E DESEMPENHO ESCOLAR – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS A INDICAR MUDANÇA DA SITUAÇÃO FÁTICA – DESNECESSIDADE DE OITIVA DA CRIANÇA – RELATÓRIO PSICOLÓGICO REALIZADO EM PERÍODO PRÓXIMO À PROLAÇÃO DA SENTENÇA COM ENTREVISTA PESSOAL DAS CRIANÇAS - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A INDICAR A ALEGADA ALIENAÇÃO PARENTAL – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 12ª C.Cível - 0004249-83.2014.8.16.0033 - Campina Grande do Sul - Rel.: Juiz Francisco Cardozo Oliveira - J. 11.05.2020).

Nesse julgado, o recurso de apelação em desfavor do genitor foi desprovido, pela análise do Rel. Juiz Francisco Cardozo Oliveira do TJPR. A sentença determinou a alteração da guarda, pois ficou evidenciado a melhora no desempenho escolar dos filhos. Assim, verifica-se que, o genitor, muitas vezes, se torna vítima da genitora, por ela ter um sentimento de rejeição por conta da ruptura da relação entre eles.

No julgado da 12ª C.Cível, o Rel. Desembargador Roberto Antônio Massaro, reconheceu o recurso e deu parcial provimento, em favor do genitor, por ocorrência da alienação parental por parte da genitora, fixando a guarda unilateral ao genitor, medida essa que visa o melhor interesse da criança. Não se deve ceder diante de alegações genéricas e de caráter essencialmente formalista, já que a alienação parental praticada pela genitora restou devidamente comprovada pelas provas produzidas nos autos.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA E VISITAS – SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA GENITORA E FIXOU A GUARDA UNILATERAL AO GENITOR – INSURGÊNCIA DA GENITORA - 1.) ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA - PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL QUE PODE SER RECONHECIDA DE OFÍCIO PELO JUÍZO, SENDO PRESCINDÍVEL, PORTANTO, CONSTAR DO PEDIDO INICIAL – DO MESMO MODO, QUANTO À FIXAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL, DETERMINADA COMO MEDIDA ADEQUADA, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO JUÍZO A QUO, PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA - NULIDADE DE SENTENÇA NÃO VERIFICADA - 2.) PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA GENITORA – CONDUTA EXAUSTIVAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS PELA PROVA PRODUZIDA – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA A CONFESSA CONDUTA DE ROMPIMENTO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL – 3.) GUARDA UNILATERAL AO GENITOR – AUSÊNCIA DE CONVÍVIO PATERNO-FILIAL DESDE 2017 – CRIANÇA ADAPTADA AO NÚCLEO FAMILIAR MATERNO, DE FORMA QUE A ALTERAÇÃO ABRUPTA DE SUA ROTINA POR OCASIONAR-LHE GRAVES DANOS PSICOLÓGICOS – GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS GENITORES, COM LAR DE REFERÊNCIA MATERNO QUE MELHOR ATENDE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - 4.) REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL – RESTABELECIMENTO DE FORMA GRADUAL, DE FORMA A PERMITIR A ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA E O FORTALECIMENTO DO VÍNCULO ATUALMENTE FRAGILIZADO - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O artigo 4º, caput, da Lei n º 12.318 dispõe que “Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.” Assim, a constatação de prática de alienação parental, no

curso da demanda, enseja o seu reconhecimento, ainda que não conste como pedido inicial e, do mesmo modo, a fixação da guarda unilateral ao Genitor, medida essa que visa o melhor interesse da criança, não deve ceder diante de alegações genéricas e de caráter essencialmente formalista.² A alienação parental praticada pela Genitora restou devidamente comprovada pelas provas produzidas nos autos, sendo oportunizado a ela defender-se, tanto que houve a apresentação de laudo particular, o qual foi refutado pela equipe técnica do Juízo a quo. Note-se que, além das acusações de estupro e abuso sexual não reconhecidas pelo Juízo Criminal, a Genitora apresentou conduta imprópria durante todo o trâmite processual, culminando com o seu desaparecimento, levando consigo a criança.³ É cediço que o bem-estar das crianças e adolescentes deve ser prioridade, de modo que a responsabilidade por sua criação deverá ser concedida a quem ofereça melhores condições para educá-los e criá-los atendendo ao princípio da proteção integral previsto no artigo 227 da Constituição Federal. No presente caso, ainda que constatada a ocorrência de alienação parental, essencial observar-se as peculiaridades do núcleo familiar sob análise. Isso porque, desde 2017, Valentina não tem convívio com o Genitor e anteriormente a isso, já se mostrava bastante frágil referida relação, tanto é que os estudos elaborados em primeiro grau são uníssomos em indicar a ampliação das visitas. No entanto, não se verifica constatação por parte desses profissionais de necessidade de fixação de guarda unilateral ao Genitor, conforme determinado na sentença. Ao contrário disso, o que se depreende dos autos é que o Apelado nunca estabeleceu rotina em sua residência com a menor, tanto que, após o nascimento de Valentina., residiu com a criança e a Genitora por aproximadamente 6 meses. Além do mais, a criança possui vínculos estreitos com os familiares maternos, de forma que a ruptura abrupta de tais relações pode implicar em graves danos psicológicos a ela.⁴ Em decorrência da alteração da modalidade da guarda, é de se fixar o regime de convivência paterno-filial, o qual, contudo, deve ser estabelecido de forma gradual, permitindo o estreitamento do vínculo com a observância do melhor interesse da criança, que está afastada do Genitor há mais de 3 anos.

(TJPR - 12ª C.Cível - 0003418-50.2017.8.16.0188 - Curitiba - Rel.:
Desembargador Roberto Antônio Massaro - J. 23.06.2020)

Assim, na alienação parental, o alienante utiliza a criança/adolescente como ferramenta para essa prática e o alienado se torna vítima da situação.

Como demonstrado nos julgados supracitados, nem sempre é o genitor o alienante, mas sim pode ocorrer de ser a genitora, que muitas vezes usa os próprios filhos, como instrumento de vingança, para chantagear o ex-cônjuge.

Da prática de AP, resulta na SAP, que se dá quando o genitor alienante detém a guarda do filho, faz uma tortura psicológica nele e com isso passa a odiar e repudiar seu pai e seus familiares. A AP poderá ocorrer por meio da separação dos genitores, ou apenas, ser fruto da relação conturbada deles, mesmo sem ter havido um convívio marital. E os sintomas da SAP na prática, de acordo com Jorge Trindade (2010, p. 25)

...podem aparecer na criança sob forma de ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza, quadros de depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas.

Portanto, a Lei de Alienação Parental, junto com a Constituição Federal, o ECA e o Código Civil, estão unidos para proteger a criança/adolescente e seus direitos fundamentais, preservando seu convívio com a família, e a preservação moral desta criança/adolescente diante de um fato que por si só os atinge. E também para proteger o genitor que não foi causador desta alienação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder familiar é de extrema importância para ambos os genitores, é um “poder” adquirido para proteção dos seus descendentes, que deve ser realizado com zelo, amor, cuidado e outras prerrogativas, pois quando isso se torna contrário, algo errado, surgem as complicações como a Alienação Parental e a SAP.

Nesse trabalho foi possível identificar, por meio da análise dos julgados do TJPR que, quando ocorrem rupturas nas relações, fica mais evidente a alienação parental e que muitas vezes é realizada mais pela genitora contra o genitor, mesmo com a possibilidade de ocorrer o inverso, pois, na genitora ocorre com mais fervor, o sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande (DIAS, 2015, p. 545). Assim, verifica-se que o fenômeno está sendo prática recorrente, mas apenas recentemente despertou a atenção.

O alienante atua por meio da implantação de ideias negativas em relação ao genitor alienado, distorcendo a realidade de modo a se colocar na condição de vítima e o genitor alienado na condição de vilão, fazendo com que a criança/adolescente, verdadeira vítima, entre em conflito de lealdade e passe a ter sentimentos de hostilidade para com o genitor alienado, gerando o conseqüente rompimento do vínculo afetivo entre estes.

É necessário que a Alienação Parental seja corretamente identificada em seu nascedouro, para que seja devidamente tratada, evitando maiores sequelas, pois, uma vez instalados os efeitos da Alienação Parental ou seja, sua Síndrome (SAP) mesmo que haja a possibilidade de reaproximação com o genitor ausente, o vínculo afetivo jamais será o mesmo e o período em que foram vítimas do processo de alienação, jamais será recuperado.

Desta forma, o Estado, como protetor e garantidor dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tem o poder/dever de preservar tais direitos, aplicando mecanismos que possibilitem a prevenção (antes que a Alienação Parental possa ser

praticada), bem como a reparação (quando a Alienação Parental já houver sido consumada), preservando, desta forma, o direito fundamental da criança e do adolescente ao convívio familiar saudável, mantendo preservados os seus interesses. E a Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010, veio pra solucionar os casos de Alienação Parental.

Dispostos no art. 6º da referida lei, quando caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, o juiz poderá, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, declarar a ocorrência da AP e advertir o alienador, ampliar regime de convivência familiar em favor do genitor que foi alienado, aplicação de multa ao alienador, e determinar acompanhamento psicológico. Poderá ocorrer a determinação da alteração da guarda, fixação cautelar do domicílio da criança/adolescente e poderá declarar a suspensão da autoridade parental, para sua proteção.

Por fim, foram analisadas decisões judiciais em que o genitor ganha a guarda unilateral e consegue para si os cuidados referentes aos filhos, tornando-se um grande avanço, pois desconfigura o padrão de apenas a genitora estar com a guarda unilateral. Sempre deve ser preservado o melhor interesse da criança e/ou adolescente, para terem um bom desenvolvimento psicológico e um próspero futuro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei** no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010.

Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.

CAHALIL, Y. S. Constituição (Org.). **Código do Processo Civil**. 5.ed. São Paulo: RT, 2003.

Cfr. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 394.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**: realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental**: uma nova lei para um velho problema! Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/669/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+nova+lei+para+um+velho+problema%21> Acesso em: 10 dez. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**

Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%2C+o+que+%C3%A9+isso%3F> Acesso em: 10 dez. 2020.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-80/os-deveres-intrinsecos-ao-poder-familiar-e-a-responsabilidade-dos-pais-pelo-descumprimento/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de Alienação Parental**. Pediatria: São Paulo, n. 28(3), 2006.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. Trad. Rita Rafaeli. 2002. Disponível em:

<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>

Acesso em: 10 de outubro de 2020.

GUAZZELLI, Mônica. **A Falsa Denúncia de Abuso Sexual**. In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEMES, Carolina Braga Monteiro. **Alienação parental na guarda unilateral**. 2015. 59 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília – Uniceub Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/6092>. Acesso em: 06 nov. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias** – 4ª Ed. De acordo com a EC/66 – São Paulo: Saraiva, 2011.

PELUSO, Cezar. (Coord.) **Código Civil Comentado**. Doutrina e Jurisprudência. 3. ed.. Barueri: Manole, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **A tirania do guardião**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1191, 5 out. 2006. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8999> Acesso em: 05 nov. 2020.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental (livro eletrônico): um novo tema nos juízos de família**. 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 1ª edição: Leme- SP, Mundo jurídico, 2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores de direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental**. In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

**MULTIPARENTALIDADE: OS EFEITOS DA SUCESSÃO APÓS A
CONCOMITÂNCIA DAS FILIAÇÕES**

*MULTIPARENTALITY: THE EFFECTS OF SUCCESSION AFTER THE
CONCOMITANCE OF AFFILIATIONS*

Gabriela Andrade RIBEIRO¹

Juliana Silva AMORA²

Bárbara Helen Abreu VALADARES³

RESUMO

A multiparentalidade surgiu no sistema jurídico em 2016, a partir da repercussão geral 622 do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu o instituto da multiparentalidade, após haver vários pedidos de reconhecimento nos cartórios de todo o Brasil. Com isso, é possível reconhecer um vínculo estabelecido a partir da relação afetiva, para além da biológica. Portanto, o fenômeno da multiparentalidade permite que o menor tenha em seu registro civil, dois pais, duas mães ou ambos. Não obstante, a regulamentação no campo do registro civil, outras importantes questões

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG, já atuou na área de Direito Penal como estagiária na Delegacia Regional de Polícia Civil/Barreiro. andradegabriela.r@gmail.com.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG, já atuou na área de Direito Cível no escritório Silva Freire Advogados e, atualmente, atua na área do Direito Ambiental como assistente jurídico na Verde Ghaia (Grupo Ambipar). amorasilvajuliana@yahoo.com.br.

³ Doutoranda em Educação pela PUC Minas. Mestra em Direito Privado pela PUC Minas. Educadora. Professora de Direito do Centro Universitário UNA. Professora da Pós-Graduação da PUC Minas Virtual. Presidente da Comissão OAB Diversidade, Gênero e Vulnerabilidades da 197ª Subseção da OAB/MG. Advogada sócia no escritório Soalheiro e Valadares consultoria e advocacia. bvaladaresconsultoria@gmail.com.

jurídicas, decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, não foram devidamente enfrentadas e criaram uma lacuna jurídica, como é o caso da sucessão. Pensando nisso, o objetivo central desta pesquisa, é discutir a viabilidade de dupla sucessão em famílias que se enquadram no determinado instituto reconhecido. Nesse sentido, adotando-se Flávio Tartuce (2017 e 2019), como referencial teórico, tem-se o afastamento de qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos biológicos e socioafetivos. A partir da metodologia de revisão bibliográfica, a pesquisa teórica foi desenvolvida por meio de método científico hipotético-dedutivo, apresentando conceitos gerais e hipóteses. Conclui-se com o presente trabalho que o filho será sucessor de seus pais e, estes, serão sucessores do filho, não havendo hierarquia entre os pais biológicos e socioafetivos. Sendo assim, percebe-se como resultado, que o reconhecimento da multiparentalidade trouxe para o ordenamento jurídico uma modalidade diferente de família, mas com os mesmos procedimentos sucessórios que os demais tipos de família.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Multiparentalidade. Sucessão. Filiação.

ABSTRACT

Multiparentality emerged in the legal system in 2016, from the general repercussion 622 of the Supreme Federal Court (STF), which recognized the multiparentality institute, after several requests for recognition in registries all over Brazil. With this it is possible to recognize a bond established from the affective relationship, in addition to the biological one. Therefore, the phenomenon of multiparentality allows the minor to have two fathers, two mothers or both in their civil registry. Despite regulations in the field of civil registration, other important legal issues, arising from the recognition of multiparentality, were not properly addressed and created a legal gap, as is the case with succession. With this in mind, the central objective of this research is to discuss the feasibility of double succession in families that fall within the recognized institute.

In this sense, Flávio Tartuce (2017 e 2019), as a theoretical reference, demonstrates the departure from any interpretation capable of giving rise to the hierarchy of biological and socio-affective bonds. Based on the literature review methodology, the theoretical research was developed through a hypothetical-deductive scientific method, presenting general concepts and hypotheses. It is concluded with the present work that the son will be the successor of his parents and, these, will be successors of the son, with no hierarchy between biological and socio-affective parents. As a result, it is perceived as a result that the recognition of multiparentality has brought a different type of family to the legal system, but with the same succession procedures as other types of family.

KEYWORDS: Family Rights. Multiparentality. Succession. Filiation.

INTRODUÇÃO

A multiparentalidade é uma modalidade de família, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) mediante repercussão geral n.º 622, devido à alta demanda de pedidos para o registro de outros pais em concomitância com os já registrados em cartório, visando o direito à convivência familiar, a afetividade e a dignidade humana.

Pelo fato de a legislação não apresentar dispositivo específico sobre a multiparentalidade, há muito que ser analisado e sanado pela doutrina e pela jurisprudência, quanto aos direitos e às obrigações no presente instituto, principalmente quanto aos efeitos sucessórios, para que sejam evitadas eventuais divergências.

Entretanto, não tendo o legislador previsto, expressamente, a sucessão em tal situação, pretende-se analisar a possibilidade de os direitos e obrigações na multiparentalidade serem duplicados, no que diz respeito aos efeitos sucessórios.

Destarte, este estudo adotará como marco teórico a compreensão de Flávio Tartuce (2017 e 2019), exposta no livro “Direito Civil: Direito de Família”, a qual contribuirá para o estudo da multiparentalidade, em seu conceito e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o autor esclarece:

A multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez. [...]Por fim, a norma estabelece que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF (Art.15 do Provimento 63 do CNJ). (TARTUCE, 2019, p.483).

Deste modo, a respeito da citação supracitada, resta claro que, ao ser reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva, de forma livre e espontânea, não haverá problemas no que toca à verdade biológica, para os fins jurídicos.

Outrossim, ainda sobre o reconhecimento e a hierarquia na multiparentalidade, o STF, ao julgar o recurso extraordinário n.º 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. (TARTUCE, 2019, p.231).

Ademais, pode-se citar a questão suscitada por Flávio Tartuce, no dia 22/09/2016, a respeito da decisão do STF acima mencionada, na esteira do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, em que foi aprovado o reconhecimento da multiparentalidade.

Como se sabe, a corte decidiu, por maioria, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de

filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.^[1] De uma só tacada, o STF (a) reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família –; (b) afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e (c) abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”. (TARTUCE, 2016, s.p.).

Destarte, é possível afirmar que, o reconhecimento do STF no que tange ao instituto da paternidade socioafetiva, ainda que sem registro, não representa uma paternidade inferior à biológica. Deste modo, surgiu a oportunidade de discutir, no ordenamento jurídico brasileiro, a respeito da multiparentalidade.

Além disso, Tartuce (2019) aborda ainda sobre a sucessão de pais biológicos e socioafetivos, o qual expõe que, *“É possível que alguém herde de dois pais e uma mãe ou de um pai e duas mães. Dois pais – o biológico e o socioafetivo – também podem herdar concomitantemente de um mesmo filho, não tendo o nosso legislador previsto tal situação expressamente.”* (TARTUCE, 2019, p.230)

Diante o exposto, entende-se que a sucessão será feita conforme os ditames jurídicos já estabelecidos no ordenamento, portanto, o filho herdará tanto dos pais biológicos quanto do socioafetivos e, estes, herdarão simultaneamente do mesmo filho.

Importante destacar, como se vê, que o tema proposto neste trabalho conduz a um caminho reflexivo analítico alicerçado ao seguinte problema de pesquisa: Os direitos na multiparentalidade serão duplicados, quanto aos efeitos sucessórios?

Desse modo a presente investigação se dedicará a: (i) analisar se há eventual hierarquia entre o vínculo socioafetivo e o biológico; (ii) examinar os efeitos para a

sucessão, no caso de ausência de hierarquia; e (iii) apresentar o conceito de multiparentalidade e parentalidade socioafetiva.

Para tanto, no capítulo 2 apresenta-se o conceito e a evolução do Direito de Família, no capítulo 3 são caracterizados os tipos de família existentes, em seguida, o capítulo 4 dispõe sobre o entendimento acerca da concomitância familiar, no capítulo 5 são expostas as características e os requisitos para a sucessão familiar, adiante, no capítulo 6 são apresentados os efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, no capítulo 7 explana-se sobre o reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim a conclusão.

Insta salientar que o tema objeto deste projeto é recente e ainda necessita de pesquisas que explorem a matéria. Dessa forma, dada à incipiência de pesquisas sobre a temática, o presente trabalho se justifica e poderá servir como mais uma fonte para ampliação dos debates no campo do Direito das Famílias. Além das doutrinas referenciadas, serão analisadas as legislações pertinentes e julgados de tribunais de justiça, os quais poderão iluminar a pesquisa proposta.

1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família sofreu diversas mudanças no decorrer dos anos, diante do reconhecimento de vários direitos que antigamente não eram recepcionados pela Constituição Federal Brasileira, e devido ao surgimento de outros tipos de relações familiares.

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.[...] A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e

estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2012, p. 23)

Segundo o entendimento de Gonçalves, não há uma definição expressa do conceito de Direito de Família no ordenamento jurídico, pelo fato de haver mudanças sociais frequentes que trazem com si uma extensa variedade de concepção de família.

De outro modo, para Flávio Tartuce, o Direito de Família pode ser conceituado como:

O ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda. Como se pode perceber, tornou-se comum na doutrina conceituar o Direito de Família relacionando-o aos institutos que são estudados por esse ramo do Direito Privado.[...] Além desse conteúdo, constante do atual Código Civil, acrescente-se a investigação contemporânea das novas manifestações familiares (novas famílias).[...] (TARTUCE, 2017, p. 01).

Portanto, o conceito de Direito de Família se faz através da abrangência de diversos institutos jurídicos correlacionados, que demonstram a concepção da relação familiar conforme as mudanças sofridas.

Antes da década de 80, quando se falava em família, as pessoas se referiam logo ao modelo de família patriarcal, de caráter econômico.

O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal, cujos membros representavam força de trabalho. Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra. Foi assim que a

mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. (VIEGAS; POLI; SILVA, 2019, p. 4)

Entretanto, a partir da evolução social, em que ocorreram mudanças no núcleo familiar, foram surgindo outros tipos familiares no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a família monoparental, homoafetiva, socioafetiva, dentre tantas outras.

Desta forma, ainda que cada um desses modelos familiares possuam características distintas, há entre eles um grande ponto em comum, qual seja, a afetividade. O afeto é a nova referência no âmbito familiar, e o que se pode observar é que o conceito de família se amplia cada vez mais, trazendo consigo este vínculo afetivo e excluindo outros vínculos que, com o passar dos anos, importam menos, como o vínculo sanguíneo.

Além do mais, no que se refere ao processo de evolução de família na contemporaneidade, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias mencionam que:

A travessia para o novo milênio transporta valores totalmente diferentes, mas traz como valor maior uma conquista: a família não é mais um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser muito mais um espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor, e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. (PEREIRA; DIAS, 2003, p. 14).

Destarte, de acordo com o entendimento dos doutrinadores supracitados, resta clara a evolução e transformação das famílias contemporâneas, em especial, no que tange à distinção de deveres e tarefas entre o homem e a mulher. Isto é, no decorrer dos anos, o companheirismo entre o casal se tornou cada vez mais presente, minimizando o que se pode chamar de superioridade masculina.

Nesse sentido:

A Constituição Federal, ao eleger como princípio a liberdade de planejamento familiar e o pluralismo das entidades familiares, sem distinção ou hierarquia, todas merecedoras de proteção estatal, alargou o conceito de família, que não ocorre mais apenas no modelo jurídico do casamento, que se constitui previamente pela celebração, ou na filiação biológica. Também se constitui pela situação de fato, consistente na convivência socioafetiva, no querer recíproco de seus membros nucleares em ser família, de desenvolver um projeto de vida comum, independentemente de qualquer ato formal de constituição. (CARVALHO, 2015, p. 54).

Deste modo, devido às inúmeras mudanças sociais, houve a adequação no ordenamento jurídico em relação à família tradicional. Ou seja, é possível observar que, com o passar dos anos, funções hierarquizadas e patriarcais, começaram a dar lugar para a afetividade, deixando de lado quaisquer distinções ou discussões no que diz respeito a sexo ou consanguinidade.

É válido mencionar ainda, a respeito deste assunto, um breve comentário feito por Maria Berenice Dias: “(...) *o princípio da afetividade é hoje o norteador do direito das famílias*” (2016, p.56). Isto é, atualmente, a afetividade se faz cada vez mais presente no âmbito familiar, excluindo qualquer diferença ou preconceito.

Ademais, outro fator considerado de grande evolução nas famílias é que, no Código Civil de 1916, a família tradicional era conceituada pelo parentesco consanguíneo e reconhecida pelo casamento formal, o qual possuía um sistema patriarcal e era considerado como unidade de produção. Vejamos:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962.)

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, 1916).

Todavia, diferentemente da conceituação exposta, o conceito de família, segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/1988), passa a englobar maior número de possibilidades para a formação de entidade familiar, tendo em vista a valorização jurídica das relações unidas com base no afeto.

Salienta-se que, além da igualdade entre homem e mulher, a Constituição Federal expõe em seu artigo 227, §6º, a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos, todos com os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Logo, o sistema jurídico reconheceu outros tipos de família, além da matrimonial heteroaferiva, como a homoaferiva, a união estável, a anaparental, que serão investigadas em tópico próprio, mas apenas três são explícitas na Constituição Brasileira de 1988, sendo estas: o casamento; a união estável; e a família monoparental.

Em suma, a falta de inclusão das outras modalidades na Carta Magna não prejudica a aplicação das demais entidades, devendo ser consideradas, pois pautam-se na afetividade, sendo este, deveres impostos aos pais em relação aos filhos e podendo ser, também, os laços criados entre os familiares; na estabilidade, tempo de convivência de durabilidade extensa e; na ostensibilidade, que é o intuito de formar uma família.

Como se vê, portanto, há, na contemporaneidade a possibilidade de diferentes tipos de entidade familiar.

2 TIPOS DE FAMÍLIA

Há diversos tipos de família reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que possuem vínculos estruturados a partir do afeto. O que se pode observar, é que as famílias da atualidade se amplificaram para além dos preceitos constitucionais, tendo em vista que os novos modelos de família encontram-se sob o pilar da afetividade.

A respeito dessa temática, Rolf Madaleno:

A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio. [...] E, se a família tem atualmente outro perfil que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º); a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre então localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos. (MADALENO, 2017, p. 3)

Portanto, com a evolução das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, explica-se, a seguir, os principais tipos familiares existentes, quais sejam: família monoparental; família anaparental; família matrimonial, tradicional ou nuclear; família informal ou em união estável; família unipessoal e família reconstituída, multiparental ou mosaico.

2.1 Família monoparental

A família monoparental está fundamentada no artigo 226, §4º, da Constituição Federal de 1988: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”*. (BRASIL, 1988).

A monoparentalidade tem origem a partir do falecimento do pai ou da mãe, ou na separação ou divórcio dos pais. A respeito desse assunto, o autor Rolf Madaleno expõe:

[...] é fruto, sobretudo, das uniões desfeitas pelo divórcio, pela separação judicial, pelo abandono, morte, pela dissolução de uma estável união, quando decorrente da adoção unilateral, ou ainda da opção de mães ou pais solteiros

que decidem criar sua prole apartada da convivência com o outro genitor.
(MADALENO, 2015, p.36)

Contudo, existem ainda diversas situações em que podem ser consideradas como monoparentalidade, quais sejam: a inseminação artificial pela mulher solteira, ou a fertilização artificial, quando ocorre o falecimento do marido; a adoção por pessoa solteira; a entidade familiar orientada por parente que não seja o pai ou a mãe; e as estruturas de convívio formadas por uma pessoa que não seja parente, mas que tenha sob sua guarda crianças ou adolescentes.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, determinou os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não do casamento e proibiu qualquer tipo de discriminação.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Visto isso, pode-se dizer que todos os filhos são iguais perante a lei, independentemente da forma de aquisição destes. Além disso, não se faz necessária a consanguinidade para constituir a família monoparental, tendo como requisito, que haja a presença de um dos pais e seu filho.

A respeito deste assunto, o autor Rolf Madaleno expõe o seguinte:

Outro fator responsável pela disseminação do modelo monoparental de família certamente origina do reconhecimento constitucional da igualdade da filiação, encerrando o execrável ciclo da legitimidade da prole em razão do casamento e discriminando os filhos do amor, porque adotivos, naturais, incestuosos ou extraconjugais. (MADALENO, 2021, p.39)

Deste modo, de acordo com Madaleno, deve haver um reconhecimento igualitário na filiação, sem qualquer distinção ou discriminação.

Insta salientar que, para que uma família seja considerada monoparental, é necessário que exista uma distinção de gerações entre um de seus membros e os demais, contanto que não haja relacionamento de forma sexual entre eles. Ademais, é válido ressaltar que não é a existência de menores de idade que permite o reconhecimento da família como monoparental, uma vez que a maioria dos descendentes não interfere nesse modelo familiar.

2.2 Família anaparental

A família anaparental, embora não encontrada na letra da lei, é reconhecida como entidade familiar pelo ordenamento jurídico, através da seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (STJ. REsp 159851/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 22/06/1998 p. 100).

Deste modo, de acordo com a jurisprudência supracitada, é válido salientar que uma família pode ser composta por dois irmãos solteiros que residem em um mesmo imóvel, constituindo entidade familiar, sendo esta, uma modalidade de família anaparental.

Ademais, o Supremo Tribunal de Justiça determinou ainda: “[...] *Nessa senda, a chamada família anaparental sem a presença de um ascendente, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status [...]*” (STJ, REsp 1217415 RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrigli, 3^a T., publ. 28/06/2012).

Portanto, foi reconhecida a constituição de entidade familiar entre irmãos solteiros, para que possam gozar dos direitos estabelecidos em lei, como, por exemplo, a impenhorabilidade do bem de família, uma vez que estes possuem vínculos subjetivos.

Ainda, a respeito desse modelo familiar, é importante mencionar uma reflexão feita por Maria Berenice Dias:

Mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, ainda assim não enumerou todas as conformações familiares que existem. A diferença de gerações não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica. No entanto, olvidou-se o legislador de regular essas entidades familiares. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família parental ou anaparental. (DIAS, 2015, p. 140)

Destarte, pode-se dizer que um núcleo constituído por irmãos ou primos que vivem em família, compõe uma família anaparental. Ainda, pode-se definir a família anaparental como o ente familiar que decorre da convivência entre pessoas, ainda que não sejam parentes, unidas por vínculo de afetividade. Sendo assim, uma família anaparental pode incluir primos, irmãos e até mesmo amigos que vivem juntos, compondo uma estrutura familiar.

Conclui-se, então, que esse tipo de família consiste na falta da figura dos pais, em que os filhos são criados por parentes colaterais ou outro indivíduo que tenha a finalidade de manter uma relação familiar e que tenha como base, a afetividade.

2.3 Família matrimonial/Tradicional/Nuclear

O tipo de família matrimonial, também chamado de família tradicional ou nuclear, é o modelo familiar mais conhecido no país e foi o primeiro a surgir na sociedade após secularização do casamento, pelo Decreto n. 181, de 1890 que dispunha de lei sobre o casamento civil.

Logo, foi regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1891, o qual expunha em seu artigo 72, § 4º, tal entidade como a única forma de família:

Art. 72- A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes:
A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”
(BRASIL, 1891)

Em seguida, foi regulamentado pelo Código Civil de 1916 os aspectos para a formalização da família matrimonial, sendo determinado em um de seus artigos o

seguinte: “Art. 229. *Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos*”. (BRASIL, 1916)

Ademais, o ordenamento jurídico passou por diversas modificações devido às alterações no seio da sociedade e o modelo de família matrimonial, consiste a partir da oficialização da união, através do casamento civil entre duas pessoas. Assim, sobre o conceito de família, o autor Rolf Madaleno determina suas alterações:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, 2015, p.36)

Na atualidade, esta modalidade abrange tanto casais heterossexuais, quanto casais homoafetivos, conforme o determinado pela Resolução Nº 175 de 14/05/2013: “*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*”. Além disso, visa a igualdade de direitos e responsabilidades sem nenhuma distinção, gerando efeitos jurídicos de sucessão e de regime de bens.

Com isso, sendo a modalidade mais comum de família, a partir do matrimônio, ambos devem contribuir na administração da família, como a educação, a vivência, o sustento, de forma que prevaleça a igualdade de todos.

2.4 Família informal/União estável

Antes da chegada da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, não havia disposição legal para a união estável, fato este que pode ser observado no Código Civil de 1916, em que nada se falava sobre o tema, a não ser a respeito de

normas restritivas impostas aos concubinatos, expressão que se referia a uma situação em que o homem ou a mulher mantinham, fora do casamento, um outro relacionamento, e esta terceira pessoa envolvida denominava-se concubina ou concubino.

A respeito do concubinato, o autor Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

Malgrado a impropriedade da expressão utilizada, deve-se entender que nem todos os impedidos de casar são concubinos, pois o Parágrafo 1º do art. 1.723 trata como união estável a convivência pública e duradoura entre pessoas separadas de fato e que mantêm o vínculo de casamento, não sendo separadas de direito. (GONÇALVES, 2008, p. 606)

Destarte, a união estável é constituída por casal sem oficialização da união, tendo em vista a convivência contínua e duradoura para sua formação e reconhecimento, requisito este, previsto no artigo 1.723 do Código Civil 2002, em que *“é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*. (BRASIL, 2002).

Outrossim, sobre esse tipo familiar, é válido mencionar que a Constituição Federal de 1988 inovou ao reconhecer, em seu artigo 226, §3º, a *“união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*. (BRASIL, 1988).

Ainda, pode-se dizer que é requisito para a caracterização da união estável a diversidade de sexo entre os companheiros, de acordo com o artigo 226, §3º da Constituição Federal e artigo 1.723 do Código Civil, supracitados. Ademais, o autor Carlos Roberto Gonçalves comenta a respeito do tema: *“por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de*

não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento de pessoas de sexo diferente". (GONÇALVES, 2008, p. 552)

Além disso, para que a união estável seja reconhecida, não se faz necessário estar o casal morando na mesma casa, assim como estabelece o enunciado da Súmula nº 382 do STF, que diz: *"A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato (expressão que, à época, era entendido como sinônimo de união estável)"*. Ainda, é válido mencionar que não será reconhecida a união estável apenas em razão do nascimento de um filho.

Deste modo, salienta-se que o tipo de família informal ou união estável, é semelhante à família matrimonial, inclusive em relação aos direitos, porém, não há a oficialização, o registro legal da união entre o casal.

2.5 Família unipessoal

A família unipessoal apesar de não possuir o requisito da afetividade para se caracterizar como entidade familiar, é reconhecida pelo ordenamento jurídico como família, visando a proteção dos bens e moradia da pessoa que vive sozinha, ou seja, tornando-os impenhoráveis.

Tal entendimento foi acolhido pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), que editou a Súmula nº 364, determinando que *"o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas"*, portanto, os bens necessários para a subsistência da família unipessoal, equiparam-se ao dos demais tipos de família. Ainda, o autor Álvaro Villaça Azevedo expõe sobre o bem de família: *"Assim, o bem de família unipessoal protege a pessoa que vive solitariamente. Todo ser humano necessita de proteção, no seu lar, não podendo ficar excluído porque optou por viver sozinho."* (AZEVEDO, 2019, p. 353)

Destarte, é importante ressaltar que, a constituição da família unipessoal possui sua origem em fato jurídico. Isto é, ela começa em um grupo familiar, bem como os previstos nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil de 2002. Entretanto, ela se transforma, em razão de um fato jurídico, como o falecimento de um ou mais membros que antes faziam parte dela, em uma família unipessoal, por passar a existir somente com uma pessoa.

Além disso, é válido acrescentar o conceito de família unipessoal feito pelo autor Cleyson de Moraes Mello:

[...] aquela composta por apenas uma pessoa; apesar do uso da expressão “família unipessoal” é necessário esclarecer que inexistente família monolítica, ou seja, família de uma só pessoa. O termo família é plural, não se concebendo que uma pessoa sozinha possa ser família de si mesmo. O que se pode entender é que as pessoas que moram sozinhas tenham a mesma proteção estatal que as entidades familiares. (MELLO, 2017, p.139)

Desta forma, insta salientar que este tipo familiar é composto por uma pessoa que, sozinha, representa a memória de uma família, sem que haja a necessidade de se relacionar com outras pessoas.

2.6 Família reconstituída/Multiparental/Mosaico

Por fim, esta modalidade, objeto da pesquisa, se trata de família constituída a partir da união de um casal, em que pelo menos um deles possui filho de outro relacionamento.

Ademais, pelo fato da convivência regular com o enteado, alguns pais socioafetivos criam laços afetivos fortes, o que faz com que passem a considerá-los como se filhos biológicos fossem. Visto isso, esses pais querem fazer parte do registro civil da criança ao lado dos pais biológicos.

Outrossim, o ordenamento jurídico através da repercussão geral 622 do STF (Supremo Tribunal Federal) determinou: “*a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*” (Recurso Extraordinário 898.060/ SC, 2016, publicado no seu Informativo n. 840), ou seja, decidiu reconhecer esta modalidade de família, visando o direito à convivência familiar, a afetividade e a dignidade humana, sendo possível o reconhecimento do vínculo estabelecido a partir da relação afetiva, além da biológica.

Assim, o autor Flávio Tartuce expõe, sobre o reconhecimento da entidade familiar:

[...] passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Quanto aos efeitos sucessórios, na VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, aprovou-se o Enunciado n. 632, segundo o qual, “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”. Sem dúvida, teremos grandes desafios com essas afirmações, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com o caso concreto. (TARTUCE, 2020, p.511)

Portanto, a multiparentalidade não depende de interesse da parte biológica, sendo reconhecida a partir da análise da convivência e afeto entre as partes. Contudo, o filho reconhecido por mais de dois pais, terá direito a participação na herança de todos os pais registrados no assento de registro civil, sem exceção.

Além disso, é importante mencionar, conforme o teor do artigo 14 do Provimento 63/2017, “*o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva*

somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”.

Ainda, sobre a o reconhecimento da multiparentalidade, Flávio Tartuce entende que:

A multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez.

Por fim, a norma estabelece que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF (art.15 do Provimento 63 do CNJ). (TARTUCE, 2019, p.483-484)

Em síntese, há na multiparentalidade a possibilidade de o menor ter em seu registro civil, pais socioafetivos em concomitância com os biológicos, mas com registro máximo de 04 (quatro) pais, mantendo intacto seus fins jurídicos próprios com relação a todos os pais, sejam biológicos ou socioafetivos.

3 CONCOMITÂNCIA FAMILIAR

Conforme citado anteriormente, a multiparentalidade, também conhecida como pluriparentalidade, é formada pela paternidade estruturada pela presença de dois representantes paternos e ou duas representantes maternas. Normalmente, consiste na presença concomitante de uma mãe ou um pai biológico e de uma mãe ou um pai socioafetivo, tendo o limite de 04 (quatro) registros por pessoa, estabelecido pelo artigo 14 do Provimento 63/2017: “Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não

implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento". (BRASIL, 2017).

É importante ressaltar, que a multiparentalidade é um fato social que ocorre quando o filho ou a filha reconhece como seu pai ou sua mãe, mais de uma pessoa. Isso acontece em razão dos vínculos afetivos que resultam de determinados modelos familiares, em concomitância com os biológicos.

Neste sentido, a respeito da multiparentalidade ou pluriparentalidade, Maria Berenice Dias relata: *"Pluriparentalidade é reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação em que todos os pais assumem os encargos decorrentes do poder familiar e o filho os direitos em relação a todos, no âmbito do direito das famílias e sucessões"*. (DIAS, 2015, p. 31).

Sobre este assunto, no dia 22 de setembro de 2016, o STF considerou uma tese prevendo a possibilidade de registro da paternidade biológica, sem repulsão da paternidade socioafetiva e igualando o reconhecimento dos efeitos patrimoniais acarretados por esse registro. Destarte, a tese foi determinada em julgamento ao Recurso Especial n. 898.060/SC e expõe que: *"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"*. (BRASIL, 2016).

Ademais, é válido expor a opinião da autora Silvana do Monte Moreira, que apresenta projeções para o futuro das famílias e das decisões judiciais provenientes de avanços:

Nada impedirá que, em breve, uma criança tenha dois pais e duas mães, pois, a diversidade dos modelos familiares não parará em apenas 3 membros. Nada impede que essa comunidade viva e plural continue a alterar-se constantemente, agregando, cada vez mais, componentes pelo afeto. (MOREIRA, 2015, p. 359)

Além disso, é importante mencionar que, com a multiparentalidade, surgem novos e diversos tipos de relações. Onde os cônjuges ou companheiros passam a ter novos parentes por afinidade, os filhos passam a ter novos irmãos, novos pais, dentre outras variadas situações. Diante dessas relações e entre os integrantes dessas relações, são desenvolvidos novos vínculos que nem sempre são biológicos, mas também, afetivos, onde o amor e o cuidado fazem nascer uma relação de parentalidade socioafetiva.

Por fim, ressalta-se que a relação consanguínea não mais é suficiente para assegurar a maternidade e a paternidade, ou até mesmo um vínculo jurídico, uma vez que o sustento está, em primeiro lugar, no afeto.

4 SUCESSÃO FAMILIAR

A sucessão é o procedimento pelo qual se faz a transmissão dos bens de uma pessoa à outra, no caso de seu falecimento, tendo em vista, as relações de parentesco entre pessoas que mantêm entre si um vínculo familiar e, principalmente, de afetividade, devendo-se observar a ordem de vocação hereditária, conforme se expressa o artigo 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- 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. (BRASIL, 2002).

Além da ordem de vocação elencada no Código Civil, é levado em consideração ainda três tipos de parentesco, quais sejam, consanguíneo, civil e por afinidade, sendo todos equiparados no momento da sucessão. Assim, o parentesco consanguíneo, se caracteriza pelo vínculo biológico ou de sangue, diferente do parentesco por afinidade, que tem em vista os ascendentes, descendentes e os irmãos do cônjuge ou companheiro, segundo estabelece o artigo 1.595, §1º do Código Civil.

Ainda, há o parentesco civil, que conforme o artigo 1.593 do Código Civil, resulta de outra origem, como por exemplo, a multiparentalidade, em razão do reconhecimento de filiação socioafetiva, bem como, a adoção e à técnica de reprodução assistida heteróloga, os quais têm como princípio o melhor interesse do filho.

Ademais, de acordo com o entendimento de Cristiano Chaves de Farias juntamente com Nelson Rosenthal, sobre o termo filiação:

Sob o ponto de vista técnico jurídico, a filiação é a relação de parentesco, estabelecidas entre pessoas que estão em primeiro grau em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. (FARIAS, ROSENTHAL, 2015, p. 543)

Em síntese, a filiação é designada de acordo com o grau de parentesco em linha reta, em que se têm por base o afeto e a solidariedade entre as pessoas. No mais, para suceder uma pessoa não se faz necessário ser parente de sangue, podendo também, haver um parentesco por afinidade ou civil.

4.1 Efeitos da sucessão após a concomitância das filiações

Por certo, em relação a sucessão em famílias caracterizadas pela multiparentalidade, esta não há distinção quanto aos direitos e procedimentos utilizados em famílias tradicionais, tendo em vista que a Constituição Federal proíbe a discriminação dos filhos em seu artigo 227, §6º: *“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*. (BRASIL, 1988).

Ainda, tratando-se de família multiparental constituída por um vínculo familiar, com base na afetividade e na posse de estado do filho, este vínculo gerará relações de parentesco, assim como Maria Berenice Dias relata: *“A paternidade deriva do estado de filiação independentemente se sua origem é biológica ou afetiva. A ideia de paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos”* (DIAS, 2015, p. 363).

Portanto, os pais da criança não serão indicados apenas pelo vínculo sanguíneo, mas sim, em razão daquele que exerce a paternidade com amor e cuidado, tendo em vista a busca pela felicidade e o melhor interesse da criança, bem como, a dignidade da pessoa humana.

Visto isso, sendo a multiparentalidade apenas reconhecida pelo STF, a partir de uma Repercussão Geral, como mais um tipo de família, este não há, até o momento, normas específicas quanto à sucessão e demais direitos. Porém, é previsto pelo Enunciado n. 632, da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, que, *“Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”*. Outrossim, sobre a hierarquização dos vínculos, o Supremo Tribunal Federal proferiu nos termos de sua ementa:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação

apta a ensinar a hierarquização dos vínculos. (STJ - REsp 1.618.230/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data do Julgamento: 28/03/2017, Data da Publicação: 10/05/2017)

Desta forma, não havendo nenhuma hierarquização entre as paternidades biológicas e socioafetivas, os efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, serão os mesmos obtidos nas sucessões decorrentes de famílias tradicionais, devendo ser seguido as normas de sucessão estabelecidas pelo Código Civil. Contudo, deve-se contrariar certas partes do Código Civil de modo a equiparar os quinhões dos ascendentes, tendo em vista que todos os pais e mães, por estarem em mesmo grau de linha sucessória, estes herdarão igualmente. Assim, estabeleceu o Enunciado 642 do Conselho Federal de Justiça na VIII Jornada de Direito Civil:

Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores (CONSELHO FEDERAL, Enunciado 642, 2018).

Visto isso, caso ocorra concorrência entre múltiplos ascendentes de mesmo grau e o cônjuge ou companheiro do falecido, este deverá ter sua quota parte preservada de acordo com o artigo 1.837 do Código Civil, ou seja, *“Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”* (BRASIL, 2002), já os demais ascendentes, terão a partilha de forma igualitária.

Neste sentido, Christiano Cassettari, expõe que, *“Acreditamos que nesse caso a divisão igualitária se impõe, devendo a lei ser flexibilizada em razão do caso específico, já que as regras sucessórias não estavam preparadas para a*

multiparentalidade”. (CASSETTARI, 2017, p. 264), ou seja, deve ser observado sempre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a herança também deverá ser igualitária entre os filhos, conforme posicionamento de Tartuce a respeito deste assunto, em que expõe: “[...] *Com isso, preserva-se, para ele, a igualdade entre os filhos, consagrada no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.832 do Código Civil em relação à divisão igualitária entre os descendentes*”. (TARTUCE, 2019, p. 211).

Portanto, a respeito dos efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, Flávio Tartuce expõe também: “*É possível que alguém herde de dois pais e uma mãe ou de um pai e duas mães[...]. Dois pais – o biológico e o socioafetivo – também podem herdar concomitantemente de um mesmo filho, não tendo o nosso legislador previsto tal situação expressamente.*” (TARTUCE, 2019, p. 230).

Em suma, pode-se afirmar, então, que a sucessão será feita conforme os ditames jurídicos já estabelecidos no ordenamento, sendo o filho herdeiro de seus pais, e estes serão herdeiros de seus filhos, sejam eles biológicos ou afetivos, não havendo quaisquer distinções ou hierarquia entre eles.

5 RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado anteriormente, não há atualmente uma legislação especial sobre a multiparentalidade ou pluriparentalidade. Porém, ainda que não haja esta legislação específica, há entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e dispositivos legais já existentes sobre o presente assunto, em que são utilizadas algumas normas do Código Civil Brasileiro de 2002 e da Constituição Federal de 1988, de forma a defender este tema.

O reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, mostra uma grande evolução do Direito de Família no país, uma vez que legitima o princípio da dignidade da pessoa humana, e demonstra respeito pelo princípio da afetividade.

Além disso, é importante que sejam analisados os efeitos da multiparentalidade, para que a sua legitimidade seja reafirmada, sendo esta, uma maneira justa de determinação do elo de filiação, onde o elo biológico e o afetivo estão pareados e que, diversas vezes, é priorizado o elo construído na essência pela afetividade.

Nesta senda, a CF/88, em seu artigo 227, caput e parágrafo 6º, dispõe a respeito do dever da família em relação à criança, ao adolescente e ao jovem:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Deste modo, o artigo 1.596 do Código Civil possui uma grande relação com o artigo da Constituição Federal supracitado, que estabelece o seguinte: *“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*. (BRASIL, 2002)

Nesta perspectiva, é válido acrescentar um julgado que menciona o dispositivo legal supracitado, o qual, trata-se de um recurso de apelação cível e refere-se a uma ação de investigação de paternidade, onde há a presença da relação de socioafetividade.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO. (TJRS; APELAÇÃO CÍVEL 70029363918; OITAVA CÂMARA CÍVEL; REL. DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA; J. 7.5.2009).

Em resumo, a respeito do referido julgado, foi reconhecida a multiparentalidade, pelo Juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Recife, ao invés de admitir a adoção unilateral da madrasta, autorizando que uma criança de 4 (quatro) anos fosse registrada no nome dos pais biológicos e no nome da companheira do pai, que o criava desde o seu nascimento, em razão da falta da mãe biológica.

Desta forma, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança, ficou determinado pelo juiz, que o menor teria duas mães jurídicas e um pai, por não enxergar razões para que o vínculo com a mãe biológica fosse destruído.

É importante mencionar ainda, que a Lei nº 6.015, de 1973 (Lei de Registros Públicos), em seu artigo 54, itens 7º e 8º, dispõe que deverão constar no registro do filho, os nomes e prenomes dos pais e dos avós. Deste modo, constará os nomes dos pais biológicos, do pai e ou da mãe socioafetivos, e ainda, constarão como avós todos os ascendentes destes. Sendo assim, o filho poderá utilizar o nome de todos os pais.

Outrossim, o artigo 47, § 4º da Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), determina que, a respeito da adoção, não constará quaisquer observações no registro sobre o ato. Desta maneira, o filho continuará com as relações de parentesco com a família dos pais biológicos, e passará a ter relações de parentesco com a família dos pais socioafetivos.

Por outro lado, foi determinado um limite referente a quantidade de registros parentais permitidos por pessoa, assim como explica Flávio Tartuce:

Restou esclarecido pelo então Corregedor-Geral de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, que a multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez. Por fim, a norma estabelece que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF.” (art.15 do Provimento 63 do CNJ). (TARTUCE, 2019, p. 483)

Destarte, o artigo 14 do provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça prevê o limite máximo de quatro pais no campo filiação, ou seja, poderá ocorrer o registro de apenas um pai e uma mãe socioafetivos, e um pai e uma mãe biológicos. Entretanto, deve-se observar a regra do reconhecimento ser realizado apenas de

forma unilateral, bem como maiores de 12 (doze) anos promoverão o registro por via extrajudicial, enquanto os que possuem idade inferior, deverão se utilizar da via judicial.

Ademais, o reconhecimento da multiparentalidade surgiu a partir do Supremo Tribunal Federal no dia 22/09/2016, que ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898.060, fixou em repercussão geral de nº 622 a seguinte tese: *"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."*

No mais, a multiparentalidade tornou-se uma realidade jurídica da filiação, o qual produz efeitos na vida cotidiana da família, bem como efeitos jurídicos. Portanto, o reconhecimento deste tipo de família apenas regularizou o que já existia na realidade fática, incluindo apenas efeitos jurídicos como os da sucessão, alimentos, entre outros, tratando-se de igualdade de direitos e deveres parentais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente artigo, pode-se afirmar, então, que a Multiparentalidade prevê a igualdade de direitos e deveres, tanto no que concerne aos pais biológicos quanto aos socioafetivos, inclusive no que diz respeito à prestação alimentícia e ao direito sucessório, não havendo, portanto, hierarquia entre eles.

Assim, devido à ausência de hierarquia entre os pais, quanto aos efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, o filho será sucessor de ambos os pais e estes seriam sucessores do filho, não havendo distinção quanto aos direitos e procedimentos utilizados em famílias tradicionais, devendo ser seguido as normas de sucessão estabelecidas pelo Código Civil. Entretanto, o ordenamento entende que se deve contrariar uma parte do Código Civil, de modo a equiparar os quinhões dos

ascendentes, pois todos os pais e mães se encontram no mesmo grau de linha sucessória.

Outrossim, com base na pesquisa realizada, afirma-se que a parentalidade socioafetiva, em sentido literal, trata-se da afetividade criada em um âmbito social. Em suma, é a constituição de uma sociedade familiar baseada no afeto, sendo este, capaz de construir vínculos entre as pessoas.

Agora, a multiparentalidade, refere-se à paternidade constituída pela presença de dois pais e ou duas mães, normalmente, a presença concomitante de um pai ou mãe biológico (a) e de um pai ou mãe socioafetivo (a), ressaltando que só é possível o registro com até 4 (quatro) pais. Essa situação é comum nos casos em que o casal que gerou o filho, deixam de ter um convívio juntos e cada um forma uma nova família, concedendo ao filho a oportunidade de conviver com um novo pai ou nova mãe, isto é, o pai ou mãe socioafetivo (a).

Ademais, sobre os assuntos analisados, ficou perceptível a importância do afeto como elemento principal a ser considerado em cada caso. Destarte, o presente artigo visou, especialmente, convidar à reflexão a respeito de uma temática contemporânea, ainda que já existente há décadas, conforme exposto nas pesquisas aqui presentes.

Além disso, foi possível concluir sobre a importância, para toda sociedade, em entender um pouco mais sobre um tema tão relevante como a Multiparentalidade, tendo em vista que engloba as questões jurídicas, bem como as questões particulares da vida do ser humano, uma vez que trata-se de um ponto relacionado ao interior de uma pessoa, que é o afeto, elemento esse que une as pessoas e vai além do vínculo sanguíneo.

Viu-se, também, de acordo com alguns julgados apresentados no decorrer da pesquisa, que é possível a coexistência dos nomes do pai e da mãe biológicos, bem como do nome do pai e da mãe socioafetivos, no registro de nascimento do filho ou

da filha. Vale ressaltar que esses pais podem fazer parte de relações matrimoniais, união estável, homoafetivas, socioafetivas, dentre outras.

Por fim, sobre a os efeitos sucessórios, após minuciosa pesquisa, pode-se afirmar que tal direito será duplicado, podendo o filho ser sucessor de todos os pais presentes no assento de registro civil, bem como, ambos os pais, biológicos ou socioafetivos, podem herdar concomitantemente do mesmo filho, sem nenhuma hierarquia entre estes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil** : direito de família. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609727/>>. Acesso em: 30/04/2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça, provimento 63 de 2017**. Pedido de providências nº 0006194-84.2016.2.00.0000. Ministro João Otávio de Noronha, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 10/04/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 27/04/2021.

_____. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Disponível em: <Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)> Acesso em 27/04/2021.

BRASIL, **Enunciado n. 632 da VIII Jornada de Direito Civil**. Conselho Federal de Justiça. Disponível em : <Consulta de Enunciados (cjf.jus.br)> Acesso em: 31 de março de 2021.

_____. **Enunciado n. 642 da VIII Jornada de Direito Civil.** Conselho Federal de Justiça. Disponível em : <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1181>> Acesso em 01/04/2021.

BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil Brasileiro. Disponível em : <[L3071 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973.** Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 06/04/2021.

BRASIL. **Súmula 364.** Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <STJ - Súmulas do STJ>. Acesso em 06/04/2021.

_____. **Súmula 382.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <Pesquisa de jurisprudência - STF>. Acesso em 06/04/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 898.060/SC.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22/09/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70029363918.** Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 07/05/2009. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19947488/apelacao-civel-ac-70040612079-rs/inteiro-teor-19947489>> Acesso em: 06/04/2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**, 4ª. Ed. Ver., Atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos. [livro eletrônico] 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed.rev. atual. E ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

_____. Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 11º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Carlos Roberto, **Direito Civil brasileiro**, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil**: Famílias. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MOREIRA, Silvana do Monte. Famílias. In: ZAGAGLIA, Rosângela Alcantara. et al (Coord.). **Criança e Adolescente**. 1.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3ª.ed. ver. Atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TARTUCE, Flávio, **Direito Civil**: direito de família - 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Flávio, **Direito Civil**: direito de família - 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Flávio, **Direito Civil**: direito das sucessões - 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Flávio, **Direito Civil**: direito das sucessões - v. 6 / Flávio Tartuce. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Flávio. **Direito Civil** : Direito de Família - Vol. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>>. Acesso em: 01/04/2021.

_____. Flávio, **STF, Repercussão Geral 622**: multiparentalidade e seus efeitos. Disponível em: <STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos (jusbrasil.com.br)> Acesso em 10 de abril de 2021.

VIEGAS; POLI; SILVA, Cláudia; Leonardo; Mirelle. **A validade do testamento em favor do filho socioafetivo da concubina**. Revista do Tribunais, vol. 1003/2019 | p. 211 - 235 | maio / 2019.

**A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SOBRE A HOLDING FAMILIAR PARA O
PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO DO EMPRESÁRIO
RURAL**

*THE INCIDENT TAXES ON A FAMILY HOLDING COMPANY AS A
SUCCESSOR AND TAX PLANNING FOR THE RURAL PRODUCER*

Lucas Pereira NUNES¹

Danielle Rye KOJIMA²

Gabriel PLACHA³

RESUMO

Apresentando um PIB de 26,6%, o agronegócio demonstra-se atividade econômica de suma importância para o país. Em 2017, o Censo Agropecuário constatou que aproximadamente duas milhões de propriedades rurais foram obtidas por meio de doação ou herança. Assim, um planejamento sucessório é essencial para que os herdeiros possam gerir a atividade econômica com sucesso. A holding familiar é um modelo altamente optado, pois tem-se uma pessoa jurídica gerindo a atividade econômica. Apresenta algumas vantagens tributárias, bem

¹ Bacharel em Direito pela FAE (2020), pós-graduando em Direito Tributário Empresarial pela PUC/PR, Advogado em Curitiba. Lucask2@terra.com.br

² Bacharel em Direito pela FAE (2020). daniellekojima@hotmail.com.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2000). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002). Mestre em Direito Social e Econômico pela PUCPR (2007). Professor de Direito Tributário e Processo Tributário da Graduação e Pós-Graduação da FAE. Professor de Direito Tributário no Agronegócio da Pós-Graduação da PUCPR. Professor de Direito Tributário no Agronegócio da Pós-Graduação do IDCC. Professor de Contratos do Agronegócio na Pós-Graduação da UNICURITIBA. Secretário da Comissão de Direito Agrário e do Agronegócio da OAB/PR. Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Agrário e do Agronegócio do Conselho Federal da OAB. Advogado em Curitiba/PR. Sócio Administrador da Araúz & Advogados Associados. gabriel.placha@fae.edu.

como facilita o processo de sucessão por meio de um planejamento. Analisou-se de modo exaustivo os aspectos desses incidentes no planejamento sucessório e tributário da holding familiar do empresário rural para compreender e ponderar se a esta é uma opção vantajosa para o produtor rural. Para este estudo, optou-se pelo método qualitativo, de cunho descritivo e indutivo. A pesquisa abordou meios bibliográficos, compostos por doutrina, periódicos, jurisprudência e legislações vigentes, aplicando-se uma análise interpretativa de todo o material coletado como referência. Por fim, a partir daí, traçou-se uma detalhada abordagem da tributação no processo de constituição e manutenção da holding do empresário rural e demais aspectos incidentes, tornando possível, assim, obter conhecimento substancial sobre as especificidades dos tributos incidentes na holding familiar com o intuito de concluir se tal companhia é vantajosa ao produtor rural.

PALAVRAS-CHAVE: Holding familiar. Planejamento tributário. Direito tributário. Agronegócio.

ABSTRACT

Presenting a GDP close to 26,6%, the agribusiness shows its enormous value to Brazil. In 2017, the agricultural censuses showed that approximately two million rural properties was acquired through donation or inheritance. It all shows the importance of a successor planning to the heirs, so they can successfully manage the economic activity. A Familiar Holding Company is a highly used model, as it uses a legal entity to run the activity. The model shows some tax advantages, as well as facilitates and makes possible the planned succession process. It analyses deeply the rural producer Familiar Holding Company taxes and successing aspects to comprehend and ponder if it is an advantageous option to the rural productur. To this study, it was chosen a qualitative, descriptive and inductive method. The research approached bibliographical sources, as doctrine, periodicals, jurisprudence and current legislation, applying an interpretative analysis from all the based collected material. In the end, showed up a detailed approach about the incident taxes on the process of opening and developing the activity through the Holding Company as a rural producer, making possible to achieve substantial knowledge about the specifity about the incident taxes on the Familiar

Holding Company with the intent to conclude if the option is advantageous to the rural producer.

KEY-WORDS: Family Holding Company. Tax planning. Tax law. Agribusiness.

1 INTRODUÇÃO

Com uma população mundial maior que 7.800.000.000 (sete bilhões e oitocentos milhões)⁴ de pessoas, a agricultura tornou-se essencial para o desenvolvimento dos povos através da oferta de alimentos. O início das atividades agrícolas deu-se no período neolítico e veio evoluindo até os dias de hoje, visando sempre o melhor aproveitamento dos plantios com base no solo e no clima local. Sem essa evolução, que é passada de geração em geração, seria inviável manter a existência e saúde humanas.

Especialmente no Brasil, a atividade agrícola é amplamente explorada, sendo uma das grandes fontes de alimento do mundo. O setor é responsável por 26,6%⁵ do PIB nacional, o que representa um valor de quase R\$ 2.000.000.000.000,00 (dois trilhões de reais), dados que demonstram sua importância para o mundo.

Percebe-se que no Brasil as propriedades rurais tendem a ser passadas de pai para filho. Dados divulgados pelo IBGE no último Censo Agropecuário, em 2017, demonstram que quase 2 milhões de propriedades rurais foram obtidas por meio de herança ou doação, número este que corresponde a mais de 85% da quantidade de

⁴ WORDMETER. **Population Division**. Word Population Prospect the 2019 revision – United Nation Department of Economic and Social Affairs (June 2019). Disponível em: <<https://www.worldometers.info/br/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵ CEPEA. **PIB do agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020**. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_CNA_relatorio_2020.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2021.

terras obtidas por meio de compra de particular⁶. Sendo assim, tem-se uma ideia da importância de se ter uma sucessão planejada que permita que os herdeiros possam seguir com a atividade da melhor forma possível.

Para um correto planejamento da sucessão, faz-se extremamente necessária a análise tributária da questão, já que uma parcela significativa do patrimônio é tributada pelo fisco, tornando essencial uma correta análise para que, legalmente, se possa fazê-lo de modo menos oneroso ao contribuinte, mantendo o máximo de patrimônio e, assim, facilitando a manutenção da atividade.

Quando se fala em planejamento sucessório, a abertura de uma holding familiar vem se tornando um modelo adotado bastante comum, por, teoricamente, proporcionar vantagens tributárias e facilitar o processo de inventário na sucessão, portanto, parte do pressuposto de que grande parte das propriedades são adquiridas visando construir um patrimônio familiar; por isso, é importante a proteção dessas riquezas, garantindo, assim, que suas conquistas possam passar para a próxima geração sem que sejam dilapidadas.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo principal a análise dos aspectos tributários incidentes na constituição e manutenção da holding familiar para planejamento sucessório e tributário do empresário rural.

Mais especificamente, tem como objetivo um exame profundo e detalhado dos aspectos tributários e tributos incidentes na criação e manutenção da holding familiar para o empresário rural, analisando aspectos tributários para apuração do lucro da pessoa jurídica a partir da modalidade escolhida, identificando as implicações tributárias quanto à base de cálculo do ITCMD para a doação de quotas sociais e, por

⁶ SIDRA. **Censo Agropecuário**. Dados obtidos através da geração de tabelas personalizadas no site do Sistema IBGE de Recuperação Automática. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6650>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

fim, identificando se a holding seria uma opção vantajosa ao empresário rural com a criação de uma empresa para gerir seus negócios a fim de facilitar a sucessão.

Entre os meses de janeiro e julho de 2019, houve um aumento de 115,6% de pedidos de recuperação no Paraná (vide dados apontados pelo Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações Judiciais⁷). Assim, torna-se notória a importância do devido planejamento tributário para que seja possível desenvolver as melhores estratégias tributárias com a melhor gestão dos riscos fiscais e, oportunamente, aproveitar os possíveis incentivos fiscais. Dessa forma, deve ser observada na mais tradicional atividade econômica do país: a agricultura.

Ante o exposto, por meio do presente trabalho, tem-se o intuito de identificar dentro do aspecto tributário se a holding familiar é vantajosa para o empresário rural.

2 HOLDING

A holding é legalmente prevista no art. 2º, §3º, da Lei 6.404/1976, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas (LSA), a qual prevê que “a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”. Sendo muito utilizada no meio empresarial, em especial por

⁷ Folha de Londrina. **Recuperação judicial teve alta de 115 em sete meses no PR**. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/economia/recuperacao-judicial-teve-alta-de-115-em-sete-meses-no-pr-2960757e.html>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

grandes corporações, a holding se presta, portanto, a centralizar a administração de bens e direitos, facilitando assim sua gestão, passando a unificá-la.⁸

Aprofundando, tem-se que a holding pode ser pura ou mista, dependendo das atividades que por ela são desenvolvidas, de forma que a primeira deverá apenas dedicar-se à função de administração de outras empresas do grupo, enquanto que a segunda modalidade desenvolverá por si só alguma atividade empresarial.

Nesse mesmo sentido, a fim de uma análise doutrinária, tem-se o conceito dessa modalidade empresarial explanado por Eizirik (2011), como se pode avaliar na citação transcrita abaixo:

O §3º admitiu expressamente a existência das holdings, isto é, companhias cujo objeto social consista na participação em outras sociedades. Tais sociedades são usualmente divididas em holdings puras, aquelas cuja participação em outras empresas constitui o único e exclusivo objetivo, e holdings mistas, que não obstante participarem do capital de outras sociedades, também podem exercer, diretamente, alguma atividade operacional.⁹

Sem deixar de lado os benefícios supra, quando se fala em holding familiar tem-se claro de que se trata da mesma modalidade empresarial, diferindo apenas no objetivo por ela buscado, podendo ser apenas dividida entre mista ou pura, porém, será gerida pela família tendo seu cerne na manutenção do patrimônio que foi conquistado, possibilitando sua perpetuação e manutenção dos negócios pelos herdeiros, simplificando o processo sucessório e aliviando a carga tributária incidente.

⁸ BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021, art. 2º, §3º.

⁹ EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. Vol. I – arts 1º a 120. São Paulo: Quartier Latins, 2011, p. 39.

Importante se faz ressaltar que apesar da previsão legal vir da Lei das Sociedades Anônimas, não somente a elas se aplica, podendo desta maneira a holding ser constituída, por exemplo, como sociedade limitada, anônima, EIRELI, etc., devendo ser apontada a mais favorável, caso a caso, de acordo com a individualidade de cada negócio.

Após esta breve introdução, podemos avançar para uma análise mais profunda sobre os aspectos sucessórios com a abertura de uma holding familiar.

2.1 Sucessão com Holding Familiar

Como ponto base da presente pesquisa, o planejamento sucessório por meio da holding familiar constitui técnica que vem ganhando destaque ao logo dos anos por prometer vantagens e proteção do patrimônio adquirido.

O que é observado em grande parte dos processos sucessórios é uma enorme dilapidação do patrimônio, em especial quanto às divergências e discussões que podem ser levadas ao nosso moroso sistema judiciário. Tais desentendimentos tendem a enfraquecer a todos, como retiramos das palavras de Mamede e Mamede (2019):

A hipótese é tola, certo que os envolvidos, cegos por impulsos primitivos de disputa, acabam por não perceber que se enfraquecem mutuamente quando enfraquecem o poder que a família tem sobre empresa(s) ou grupo de empresas. Na busca de uma vitória, todos perdem.¹⁰

Além disso, comum é a perda de valor agregado dos negócios da família, pois no processo sucessório, muitas vezes também se faz prejudicada a administração das propriedades. Com o processo de inventário, muitas vezes o que se tem são vários

¹⁰ MAMEDE, Gladison; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 11^a. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 31.

proprietários em regime de condomínio de bens, o que se torna extremamente gravoso. Em especial, quando estamos falando de agronegócio, atividade que precisa de um cuidado bastante próximo, a administração conjunta acabaria por tornar muito mais morosa qualquer decisão que devesse ser tomada, prejudicando a manutenção da terra, a qual é o principal patrimônio do empresário rural. A falta de cuidados ou a demora destes, acarreta uma enorme desvalorização e consequente dificuldade em retomar uma boa gestão.

Não é sem motivo que o SEBRAE registra, em seus dados, que 70% dos negócios familiares encerram suas atividades com o falecimento do dono¹¹. Como mencionado anteriormente, grande parte das terras em território nacional são transmitidas de pai para filho, demonstrando o quão importante se faz o planejamento sucessório a fim de simplificar e tornar ágil os tramites, assim, possibilitando manter a especial atenção que o agronegócio necessita.

Ainda, o planejamento sucessório visa blindar as posses, garantindo sua transmissão aos herdeiros em caso de imprevistos, como, por exemplo, o divórcio ou até mesmo o falecimento de um dos filhos, muitas vezes tornando o processo ainda mais moroso, em especial quando acaba por envolver menores de 18 anos.

Visando a manutenção das terras e do patrimônio dentro da unidade familiar, é possível ainda a inclusão de cláusulas restritivas, como o usufruto, que possibilitará apenas a doação dos ativos, de forma que o gozo e frutos dela provenientes continuarão a ser do patriarca. Além dela, podemos também incluir cláusula de incomunicabilidade, visando blindar também o patrimônio de eventuais divórcios dos herdeiros. Além destas, é possível também gravar a doação com cláusula de inalienabilidade, não permitindo que as quotas sejam vendidas ou oferecidas como garantia real enquanto vigente a restrição. Por fim, tem-se ainda a cláusula de

¹¹ SEBRAE/SC. **No Brasil, 90% das empresas são familiares.** Artigos para MPE'S. Disponível em: <<http://www.sebrae-sc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

reversibilidade, que prevê o retorno do bem ao doador em caso de falecimento do herdeiro.

De outro turno, com relação à parte tributária que será adiante detalhada, cumpre salientar que o transmitente não se esquia totalmente do pagamento dos tributos com a criação da holding, mas acaba por tornar o pagamento muito mais fácil, e de acordo com o planejamento, seguindo a vontade do patriarca e evitando, assim, o que muitas vezes ocorre no meio rural, que é a alienação de um dos bens da família para que os impostos inerentes ao processo sucessório possam ser devidamente liquidados.

Não podemos esquecer que é sim possível que a sucessão se dê por outra maneira que não a judicial, como, por exemplo, a possibilidade do inventário extrajudicial. Todavia, o que se observa é que não é prática frequente, em especial quando o valor dos bens é elevado, pois além de exigir capacidade de todos os envolvidos, também é preciso que haja consenso entre os herdeiros. Outra possibilidade também é o testamento, o que acaba frequentemente gerando inúmeras discussões judiciais questionando sua validade e os termos nele presentes, apresentando também o mesmo problema do procedimento extrajudicial.

Muitas vezes, além do próprio patrimônio, com as desavenças no processo sucessório, o que acaba também sendo afetada é a unidade familiar, ponto este que não externa valor monetário, mas de tremenda importância para a nossa sociedade.

Ainda, observamos que independentemente dos planos gerais para a empresa, devemos também nos preparar para aquilo que não queremos que ocorra, como se verifica nas palavras de Mamede e Mamede:

Mas o tempo é o senhor da razão, não o contrário. O tempo, ele sim, decide o momento de todos os eventos na vida, e o administrador empresarial responsável não é aquele que pretende ditar o momento em que os fatos irão

se passar, sejam bons ou ruins, mas aquele que prepara a corporação para enfrentar fatos possíveis ou certos que poderão se dar a qualquer momento.¹²

Por todo o exposto, o planejamento sucessório por meio da holding familiar se mostra como uma opção célere e viável para que as famílias possibilitem a longevidade de seus negócios, bem como seja facilitada a administração das propriedades, sendo que, pelo patriarca, será designado o administrador.

2.2 Planejamento Tributário

Quando se fala em planejamento tributário, devemos mover os olhos para o conjunto das operações, de forma a observar o filme e não somente a fotografia captada de um momento, por isso, sabemos que é iniciado com a vontade, e tem seu fim somente quando da *causa mortis*. Todas as operações contidas nesse universo deverão ser levadas em consideração para que se chegue ao resultado esperado.

Delimitando ainda o planejamento, conforme leciona MARCO AURÉLIO GREGO (p. 99), de pronto devemos excluir as condutas repelidas, induzidas e positivamente autorizadas pelo ordenamento, bem como aquelas estimuladas pelo Fisco, mesmo que estas conduzam a uma carga tributária reduzida.

Ainda, a fim de se obter a oponibilidade ao Fisco do planejamento, devemos seguir com cautela, de modo a não praticar abusos em geral, como de direito, personalidade, formas etc. Cumpre ressaltar que a figura do abuso de direito é considerada conduta ilícita pelo Código Civil e, portanto, nem ao menos ser considerado planejamento.

Visando, portanto, a oponibilidade, o planejamento não podem objetivar somente vantagens fiscais, mas sim uma real necessidade empresarial ou

¹² MAMEDE, Gladison; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 11^a. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 94.

organizacional, como é o caso do planejamento sucessório por meio da abertura de uma holding, o qual não trilha exclusivamente à elisão. Como já detalhado anteriormente, os benefícios são diversos, em especial quando se trata da organização dos negócios do patriarca e o favorecimento de sua manutenção por meio do planejamento prévio de diversos aspectos, inclusive o tributário, o qual é o âmago da presente pesquisa.

Por fim e diante do exposto, reproduzindo todo o filme do planejamento sucessório por meio da holding, mister se faz o detalhamento de todas as fases, partindo da constituição da empresa até a total transferência aos herdeiros por meio do término do usufruto em decorrência da *causa mortis*, o que faremos a seguir.

2.3 Da Constituição Da Holding e da Doação de Suas Quotas

A constituição da empresa é o primeiro passo a ser dado visando o desenvolvimento de um planejamento sucessório, sendo que as quotas destas serão objeto da doação em adiantamento de legítima. Seguindo um critério cronológico, este será o ponto inicial a ser objeto de atenção deste estudo, seguindo os tópicos infra.

Este conjunto de operações pode ser hipótese de incidência de diversos tributos, como o Imposto sobre a Transferência de Bens Imóveis (ITBI) no momento de integralizar o capital social, já que neste caso estamos falando de operação onerosa.

Ocorre que a integralização de capital social é hipótese que resta abrigada pela imunidade constitucional prevista no artigo 156, §2º, I, salvo se a atividade preponderante da empresa seja a compra e venda destes bens e direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, todas atividades estranhas ao normal desenvolvimento do agronegócio.

Com isso, importante é o apontamento do significado da palavra imunidade, e para isso recorreremos às palavras de Carvalho, que apresenta a sua natureza jurídica como:

[...] a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.¹³

Dessa maneira, o entendimento é de que ao falar de imunidades, tem-se somente aquelas trazidas originalmente pela Constituição, devendo ser normas jurídicas autossuficientes, que estabelecem limites aos legisladores infraconstitucionais quanto à instituição de tributos em situações específicas.

Por fim, integralizando o capital social com o valor das propriedades do patriarca, não há que se falar em incidência do ITBI por estar constitucionalmente limitado o poder de tributar do estado neste caso específico.

Outro ponto que deve ser observado é a possível incidência de Imposto de Renda (IR) sobre o ganho de capital do patriarca no caso de a integralização do capital social ocorrer por valor maior do que aquele constante na declaração anual.

Nesse ponto, faz-se importante uma observação: o artigo 23 da Lei nº 9.249/95 permite que ocorra a opção no momento da transmissão de pessoas físicas para jurídicas quando em integralização de capital pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.¹⁴

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 213.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências.

Sendo assim, resta na mesa a opção de se isentar do pagamento do IR neste momento, porém, deverá ter em mente que posteriormente, se o bem for vendido por valor superior pela pessoa jurídica criada, esta terá que recolher seu próprio imposto de renda por ter assim auferido renda, e, no caso, diz respeito à diferença do valor da aquisição para o valor da venda. Importante frisar, ainda, que este valor de ganho de capital pela diferença do valor vendido será integralmente tributado pela pessoa jurídica, mesmo que está seja optante do lucro presumido.

Após a criação e integralização do capital social da empresa, objetivando o planejamento sucessório, deverá o patriarca fazer a doação das quotas para seus herdeiros em adiantamento de legítima hipótese de incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doações de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD). Vale ressaltar que também seria fato gerador do mesmo tributo a *causa mortis* sem qualquer planejamento sucessório ou tributário, de forma que suas alíquotas são variáveis, de acordo com a legislação estadual própria, conforme segue:

Tabela 01 – Alíquotas ITCMD

Alíquotas ITCMD	
RS	3%/4%
SC	1%/3%/5%/7%/8%
PR	4%
SP	4%
MG	5%
RJ	4,5%/5%
ES	4%
MS	3%/6%

Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

GO	2%/4%/6%
MT	0%/2%/4%/8%
BA	2%
SE	4%
AL	2%/4%
PE	2%/4%/6%/8%
PB	2%/4%/6%/8%
RN	3%/4%/5%/6%
CE	2%/4%/6%8%
PI	4%
MA	2%/4%
TO	2%/4%/6%/8%
PA	4%
AP	3%/4%
AM	2%
AC	2%/4%
RO	2%/3%/4%
RR	4%
DF	4%/5%/6%

Fonte: Elaborada pelo autor.

Como é notado, a alíquota pode variar mesmo dentro do próprio estado; isso ocorre de acordo com o fato gerador do tributo ou pela base de cálculo, de forma que em atenção à legislação, existe discrepância entre a alíquota da doação e *causa mortis*, bem como em alguns estados é presente a progressividade de acordo com a base de cálculo, progressividade esta que já foi declarada constitucional pelo STF no RE 562.045/RS, cuja relatoria competiu ao Ministro Ricardo Lewandowski.

Ainda quanto ao ITCMD, o que se observa é que o planejamento sucessório por meio de holding facilita a organização e manutenção dos negócios da família, em

especial por possibilitar o pagamento de parte do tributo já no momento da doação da terra nua, tendo em vista que nas legislações estaduais encontramos esta previsão.

A título exemplificativo, no estado do Paraná se paga metade do tributo com a alíquota fixa de 4%, quando da doação das quotas sociais e outra metade somente quando se encerra o usufruto. Já no estado do Mato Grosso do Sul (MS), se paga dois terços de início e somente um terço ao fim do processo, todos com alíquota de 3%, aplicável às doações.

Este mesmo procedimento é também observado nas demais legislações estaduais, desta forma demonstrando outra vez a facilidade de organização na transferência de propriedade dos bens da família, pois assim pode o patriarca efetuar o pagamento no momento que julgar mais propício aos negócios.

No processo sucessório comum – sem a abertura de uma empresa – a alíquota pode sofrer alteração de acordo com a legislação de cada estado, cabendo, portanto, uma análise prévia, sendo que, em geral, a alíquota mais baixa cabe às doações, reservando o pagamento mais elevado para as sucessões *causa mortis*, como é o caso do exemplo citado no estado do MS.

Além do valor menor recolhido, a organização empresarial e pagamento do tributo no melhor momento para os negócios da família é característica importantíssima do planejamento tributário, demonstrando que não somente à elisão se destinam os atos a serem efetivados, apresentando um caráter extrafiscal e, assim, também favorecendo a oponibilidade ao Fisco.

Muito comum no processo sucessório a ocorrência de dilapidação patrimonial. Por isso percebemos que grande parte dos negócios se encerra com a morte do seu gestor. Muitas vezes, o ponto crucial para a gestão financeira da família é o pagamento de tributos. Com o pagamento antecipado e no momento mais favorável, evita-se também que ocorra a alienação de alguma propriedade com a finalidade de cumprir as obrigações tributárias quando surpreendidos pelo acontecimento trágico

da *causa mortis*. Com isso, a abertura da empresa favorece a manutenção dos negócios.

Como se não bastasse, quando se faz a doação das quotas sociais, tem-se como critério espacial o local de domicílio do doador, sendo assim, caso o patriarca possua mais de um domicílio em diferentes estados, poderá optar pelo que apresentar a alíquota mais favorável. Cumpre salientar que a possibilidade de se ter mais de um domicílio é viável nos termos da legislação pátria, como nos assinala Gonçalves (2015):

Pode ter também mais de um domicílio, pois o Código Civil brasileiro, adotando o critério das legislações alemã, austríaca, grega e chilena, dentre outras, e afastando-se da orientação do direito francês, admite a pluralidade domiciliar. Para tanto, basta que tenha diversas residências onde “alternadamente viva”, como dispõe o art. 71 do Código Civil.¹⁵

De outro turno, na sucessão comum, o ITCMD será cobrado no estado da situação do bem, fato que não possibilita qualquer planejamento e, ainda, dificulta o processo, pois pode acarretar em diferentes cálculos, diferentes pagamentos em todos os estados onde o patriarca tiver propriedades.

Outra vantagem é quanto à base de cálculo, já que com doação de quotas sociais, o valor será com base no patrimônio líquido da empresa. Sendo assim e com a possibilidade da integralização do capital social pelo valor constante na declaração do patriarca, a base de cálculo será reduzida, pois se o fato gerador fosse a *causa mortis*, deveria ser atualizado o valor dos bens para que, assim, o tributo incidisse sobre o valor de mercado, demonstrando outra vantagem do processo de planejamento sucessório.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1: Parte geral – 13^a. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, 143-144.

Por fim, importante observar em meio a grandes rumores sobre a reforma tributária e mudanças acerca da tributação de determinados tributos, há, especialmente, uma grande incidência de debates e projetos de lei tratando sobre a tributação da herança, refletindo significativamente na alíquota do ITCMD.

No Senado Federal há o Projeto de Lei nº 57/2019¹⁶, elaborado pelo senador Cid Gomes (PDT/CE), que propõe um aumento da alíquota máxima para 16%. O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ também enviou um projeto de lei para o Senado Federal requerendo o aumento da alíquota máxima de 8% para 20%¹⁷.

No âmbito da Câmara dos Deputados, há o Projeto de Lei nº 6.094/2013, elaborado pelos deputados federais Vicente Cândido (PT/SP), João Campos (PSDB/GO), Paulo Rubem Santiago (PDT/PE) e Ricardo Berzoini (PT/SP), que propõe o estabelecimento de alíquotas progressivas, chegando à máxima de 25%.¹⁸ Ainda propõe a retirada da isenção de imposto de renda para heranças e doações. O Projeto de Lei nº 5.205/2016, apresentado pelo Poder Executivo, sugere que o valor tributado pelo ITCMD também esteja sujeito à incidência do imposto de renda sobre os valores dos bens e direitos adquiridos por pessoa física.¹⁹

Outro ponto que deve ser objeto da atenção do presente estudo é o custo para se manter a empresa agropecuária produzindo e a comparação com o custo da

¹⁶ BRASIL. **Projeto de Resolução do Senado nº 57, de 2019**. Senado Federal. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137288>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. **11 - Ofício Consefaz nº 11/15**. Ministério da Fazenda - Confaz. Disponível em: <<https://www.confaz.fazenda.gov.br/aceso-restrito-1/consefaz/correspondencias/oficio-CONFAZ/2015/11-oficio-consefaz-ndeg-11-15>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Projeto de Lei 6094/2013**. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=587127>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹⁹ BRASIL. **Projeto de Lei 5205/2016**. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083686>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

produção sendo mantida por meio da pessoa física, o que se dará em tópico apartado que segue.

2.4 Dos Custos Tributários Referentes À Manutenção Da Atividade

Além do pagamento dos tributos iniciais, importante é a análise dos custos para a manutenção da atividade rural por meio da empresa, já que também encontramos diferenças significativas neste aspecto.

Por opção didática, primeiro apresentaremos a tributação para a pessoa jurídica, partindo na sequência para a forma como se daria estando o produtor rural atuando sem a constituição de qualquer empresa. Nas linhas que seguem, traremos uma comparação exemplificativa, com valores fictícios e com base na legislação do Paraná.

2.4.1 Da Manutenção da Atividade por Meio da Holding

Como já supracitado, para o planejamento sucessório deverá o patriarca realizar a abertura de uma holding, com isso a produção continuará, mas a tributação será diferente e merece especial atenção quanto a este ponto.

Primeiramente, sobre o lucro e receita da empresa deverão incidir Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), PIS e COFINS, todos tributos federais.

Quanto ao IRPJ, poderá o produtor fazer a opção pelo regime de lucro real ou presumido. Tal opção não é parte do planejamento tributário, visto que é dada pela própria legislação, sendo apenas facilidade concedida pelo Fisco, tanto na apuração do empresário quanto para o controle do estado. De toda forma, a opção será do contribuinte e poderá resultar em tributo maior ou menor, dependendo do caso concreto.

Na opção pelo lucro presumido, não é observada a obrigação de manter contabilidade detalhada. Como o nome sugere, o lucro do produtor será já presumido pela legislação, 8% no caso da atividade rural; percentual esse que será aplicado sobre o faturamento total, objetivando resultar na base de cálculo.

A fim de que o montante total do tributo seja atingido, multiplicamos o resultado da base de cálculo pela alíquota base de 15% para todo o faturamento da empresa, limitado a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) no ano, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) no trimestre ou de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao mês. O faturamento limite está atrelado a um adicional de alíquota de 10%, previsto para o montante que exceder a previsão, sendo assim, sobre o valor do faturamento excedido e somente o montante excedente, incidirá a alíquota de 25%.

Não poderá optar pelo regime do lucro presumido o empresário que auferir receita total superior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) no ano-calendário anterior, ou, quando o período apurado seja inferior a 12 meses, até R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior.

Caso venha a fazer a opção ou que seja obrigado a tributar pela modalidade do lucro real, o empresário deverá manter escrituração contábil precisa, a qual será utilizada para que se atinja a base de cálculo, que será o lucro realmente auferido pela empresa, somando as receitas e subtraindo as despesas dedutíveis.

Importante salientar a distinção entre o lucro real e o lucro líquido. Paulsen (2020), assim esclarece o assunto:

Não há que se confundir o lucro líquido – que é o lucro contábil – com o lucro real. O que difere é que as deduções e compensações admissíveis para a apuração do lucro líquido não correspondem exatamente àquelas admitidas para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ, ou seja, do lucro real.

Assim, obtido o lucro líquido, fazem-se as adequações necessárias (adições, exclusões e compensações) para a apuração do lucro real.²⁰

Quanto à alíquota, será a mesma utilizada quando do cálculo na opção pelo lucro presumido, inclusive seguindo a possível majoração de 10% sobre a receita excedente dos valores supra indicados.

Fato interessante na opção pelo lucro real é que caso venha a demonstrar prejuízo fiscal no período anterior, este normalmente poderá ser compensado até o máximo de 30% sobre o lucro líquido do próximo ciclo. Inclusive após questionado se estaria de acordo com a Constituição esta limitação de 30%, o STF decidiu em recente julgamento pela constitucionalidade do limite imposto por meio do RE 591. Ocorre que o referido limite não se aplica ao empresário rural, de forma que este poderá compensar todo o prejuízo no período seguinte.²¹

Por fim, tem-se que a fórmula utilizada para calcular o tributo é $IRPJ = [(F \cdot 0,008)a + (F \cdot 0,008a - 240.000)ac]$. Se a opção for pelo lucro real, teremos que $IRPJ = [(F - D)a + (F - D - 240.000)ac]$, cabendo observar que a segunda parte da fórmula somente será aplicada em casos onde independentemente da opção do contribuinte, o lucro se mostre superior ao teto estipulado, assim sofrendo a incidência do adicional de alíquota previsto de 10%, conforme supracitado.²²

²⁰ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 412.

²¹ BRASIL. **O que se considera como atividade rural, nos termos da legislação tributária?** Capítulo XII - Atividade Rural 2019. Receita Federal. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf-escrituracao-contabil-fiscal/erguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2019-arquivos/capitulo-xii-atividade-rural-2019.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

²² Onde: F = faturamento, a = alíquota, D = despesas dedutíveis e ac = alíquota complementar.

Partimos, portanto, para a CSLL, a qual incide sobre o mesmo fato gerador do IRPJ, utilizando também o mesmo critério para que se chegue à base de cálculo. Logo, será também influenciada pela modalidade de apuração de lucro optada. Destaca-se que não se trata de bitributação, pois há previsão expressa na Constituição instituindo a cobrança.

Embora seja adotado o mesmo critério para se chegar à base de cálculo, quando da opção pelo lucro presumido, tem-se disparidade quanto ao percentual aplicado sobre o faturamento, já que na CSLL deve-se multiplicar por 12%.

Tratando da alíquota, também percebemos significativa diferença quando comparada com a utilizada no IRPJ, de forma que aqui, para o agronegócio, aplica-se 9%. Ainda neste ponto diverge do previsto para o IRPJ, pois a alíquota não sofre alterações pelo faturamento da empresa, mantendo-se sempre fixa.

Com isso, tem-se que para o lucro presumido $CSLL = (F \times 12\%)a$. Já no regime de lucro real, tem-se que $CSLL = (F - D)a$, de forma que em decorrência da alíquota fixa esta será sempre 0,12.

Além dos tributos já citados, ainda na esfera federal, tem-se o Programa de Integração Social e Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). As referidas contribuições possuem como fato gerador obter faturamento em todo o território nacional. Ressalta-se que tal termo não deve ser confundido com a definição de lucro, pois o faturamento refere-se ao total das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Assim ressalta Paulsen (2020):

Entende o STF que faturamento corresponde ao produto das atividades que integram o objeto social da empresa, ou seja, as atividades que lhe são próprias e típicas, como as receitas da venda de mercadorias, da prestação

de serviços, da atividade seguradora, da atividade bancária, da atividade de locação de bens móveis e imóveis, etc.²³

Assim como no IRPJ, aqui também se tem dois regimes tributários, sendo eles cumulativos ou não cumulativos, de forma que seguem a mesma sorte da escolha feita pelo produtor quando da opção pela tributação do IRPJ, já que o regime cumulativo é aplicado quando a modalidade de lucro presumido é optada e o regime não cumulativo para o lucro real.

Optando a empresa pelo lucro presumido, recolherá, portanto, PIS/COFINS pelo regime cumulativo, onde as alíquotas são de 0,65% para o PIS e 3% para a COFINS, totalizando 3,65%. De outro turno, caso a opção seja pelo lucro real, automaticamente recolherá pelo regime não cumulativo, pela alíquota geral do PIS que é 1,65%, e 7,6% para a COFINS, neste caso totalizando 9,25%.

Com isso, o que se denota é que a diferença nas alíquotas é substancial, afetando severamente a tributação aplicada à holding de acordo com o regime escolhido para recolhimento do IRPJ.

Além de todos os tributos tratados supra, caberá ao empresário rural direcionar atenção também ao recolhimento do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), o qual é tributo da espécie de contribuição social de competência da União.

Novamente, aqui tem-se opções na mesa para que o patriarca escolha a que melhor se encaixa no seu modelo de negócios. O recolhimento poderá ter como base de cálculo a receita bruta da empresa ou a folha de pagamento. Optando pela folha de pagamento, o empresário recolherá 25,5% sobre o total das remunerações pagas durante o mês aos seus empregados. Caso a escolha seja pelo pagamento com base

²³ PAULSEN, **Leandro**. **Curso de direito tributário completo**. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 492.

no faturamento, deverá ser aplicada a alíquota de 2,05%. Cumpre ressaltar que a tributação pela folha de pagamento se dará da mesma maneira entre pessoa física e jurídica, somente diferindo quanto à alíquota no caso de opção pelo pagamento pelo faturamento.

Fugindo da esfera dos tributos federais, caberia ainda tratar do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Ocorre que por se tratar de pesquisa cuja finalística é o planejamento sucessório por meio de aberta de empresa holding, não vamos nos aprofundar neste tributo por se demonstrar ponto irrelevante no planejamento, haja vista que o recolhimento se dará da mesma forma, sendo pessoa física ou jurídica.

Com isso, finalizamos os tributos incidentes para a manutenção dos negócios pela pessoa jurídica, passando agora a uma análise de como seriam esses custos caso por meio de pessoa física continuassem a ser desenvolvidas as atividades.

2.4.2 Dos Tributos Incidentes para a Atuação como Pessoa Física

Como comparativo, a fim de viabilizar a visão correta de todo o negócio a ser desenvolvido visando o planejamento sucessório, importante se faz também uma análise da diferença dos custos para que a atividade seja mantida por meio de pessoa jurídica ou física. Sendo assim, passamos a um detalhamento dos tributos incidentes na segunda opção.

Com efeito, cumpre ressaltar que em se tratando de pessoa física, não há que se falar em pagamento de CSLL e PIS/COFINS. Por este motivo, esses tributos não serão novamente abordados neste tópico. Apesar da não incidência dos tributos supracitados, apurados sobre o lucro da produção, não atuando por meio de pessoa jurídica, deverá o patriarca recolher Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF).

O cálculo do referido tributo se dá de maneira diferente da que é utilizada a fim de se chegar ao montante devido quando atuando por meio de empresa. De toda

forma, da mesma maneira aqui também terá o produtor algumas opções a serem consideradas, de acordo com as características da sua atividade.

Assim como na apuração do IRPJ, o produtor poderá optar pela declaração completa, onde demonstrará as receitas e despesas dedutíveis, a fim de determinar o lucro real e atingir a base de cálculo. De outro turno, poderá também optar pela modalidade onde o lucro será previamente presumido pela lei, assim se isentando das declarações e demonstrações completas de caixa, de forma que será tomado como resultado para figurar como base de cálculo o montante de 20% sobre a receita total auferida.

Independentemente da opção utilizada, chega-se por fim à base de cálculo. Com isso, e objetivando determinar o valor do tributo a ser pago, deve-se aplicar a alíquota. Nesse caso, devendo ser observada a progressividade do tributo. Por fim, após o resultado, deve-se subtrair um valor já definido em legislação, conforme a tabela que segue:

Tabela 02 – Alíquotas conforme legislação

Base de cálculo	Alíquota	Valor a deduzir
Até R\$1.903,98	0%	0
De R\$1.903,99 até R\$2.826,65	7,50%	142,8
De R\$2.826,66 até R\$3.751,05	15%	354,8
De R\$3.751,06 até R\$4.664,68	22,50%	636,13
Acima de R\$4.664,68	27,50%	869,36

Fonte: Elaborada pelo autor.

Desta maneira, para que se chegue ao valor final a ser pago sob a rubrica de IRPF quando da utilização do lucro real, a fórmula é $IRPF = (F - D)a - d$. Já se a opção for pela não apresentação do livro caixa detalhado, aplicando o percentual presumido de 20%, tem-se que a fórmula será $IRPF = (F \times 20\%)a - d$. Prevendo as duas opções ao contribuinte, a legislação deixa na mesa para que se opte pelo que melhor se encaixa no seu modelo de negócios.²⁴

Superado este ponto, notamos também que a apuração do FUNRURAL se dá de maneira diversa. Ainda seguindo as mesmas possibilidades oferecidas à pessoa jurídica, quais sejam a do pagamento sobre o faturamento ou folha de pagamento, o que notamos é que quando se opta pelo pagamento calculado pelo faturamento, a alíquota se mostra reduzida quando o produtor é pessoa física, partindo de 2,05% para 1,50%, totalizando uma redução de 0,55%, representando valor significativo no tributo em questão. De toda forma, quando a opção é pelo cálculo com base na folha de pagamento, não há alterações, já que tanto pessoa física quanto jurídica pagarão o percentual de 25,5% sobre a folha mensal.

Cumpramos ressaltar que independentemente da modalidade escolhida, o pagamento será feito pelo comprador por substituição tributária, de acordo com o valor constante no documento de venda.

Diante de todo o exposto, partimos para uma comparação de como se daria todo o processo sendo ele feito com o planejamento sucessório por meio de holding ou não, o que será feito no próximo tópico.

²⁴ Onde: F = faturamento, a = alíquota, D = despesas dedutíveis e d = dedução legal.

3 COMPARATIVO COM VALORES HIPOTÉTICOS

Já com os custos delimitados, partimos, portanto, para a parte final, que será a comparação de como se daria o processo sendo ele feito por meio da abertura de empresa holding ou em decorrência da sucessão comum *causa mortis*.

Para isso, importante se faz estabelecer alguns valores hipotéticos que serão base para os cálculos que seguem. Sendo assim, pensaremos em um proprietário rural com domicílio no estado do Mato Grosso do Sul, o qual tem suas propriedades com valores reais de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e declarados no IRPF do patriarca pelo montante de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). Quanto às receitas e custos do negócio, imaginaremos uma receita bruta de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais) ao ano, de forma que deste valor, R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), sejam os custos dedutíveis para a apuração do IR em caso de escolha pelo lucro real e que R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) seja o valor pago pela folha de pagamento.

Partindo do pressuposto de que a declaração do valor dos bens dados em integralização do capital social será o já constante na declaração do patriarca, não há que se falar em IRPF.

Isso posto, passamos a uma análise do ITCMD, imposto que incidirá no momento da doação das quotas sociais aos herdeiros em adiantamento de legítima. Para este fim, utilizaremos o valor real das propriedades – cinquenta milhões de reais –, já que conforme previsto na legislação, deverá ser adotado como base de cálculo o valor do patrimônio líquido da empresa.

Para isso tem-se que no processo de doação, além da vantagem em programar o pagamento dos dois primeiros terços quando melhor aprouver aos negócios, tem-se também a diferença de alíquota, sendo reduzida pela metade quando comparada com a tributação que ocorreria na *causa mortis*.

Sendo assim, o que se observa é que adotando o planejamento sucessório por meio de holding, este produtor rural pagaria de ITCMD o valor total de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Enquanto que se a hipótese de incidência fosse a *causa mortis*, recolheria R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Dobrando o valor em decorrência da alíquota.

De toda forma, não basta apenas essa análise para concluir uma decisão deveras importante. Em se tratando a *causa mortis* de momento incerto e não desejado por ninguém, os negócios precisarão continuar sendo mantidos pelo patriarca até que não possa mais gerir. Nesse caso, devemos também observar a diferença de tributação do agronegócio para o produtor pessoa física e jurídica.

Partimos, portanto, primeiramente de uma tabela comparativa a fim de determinar qual a melhor opção de tributação e também a real diferença de um para o outro modelo.

Tabela 03 – Comparativo para melhor determinar a opção de tributação

		IRPJ	CSLL	PIS	COFINS	TOTAL
PESSOA JURÍDICA	Lucro presumido	136.000,00	86.400,00	52.000,00	240.000,00	514.400,00
	Lucro real	750.000,00	270.000,00	132.000,00	608.000,00	1.760.000,00
PESSOA FÍSICA	Lucro presumido	440.000,00	0,00	0,00	0,00	440.000,00
	Lucro real	825.000,00	0,00	0,00	0,00	825.000,00

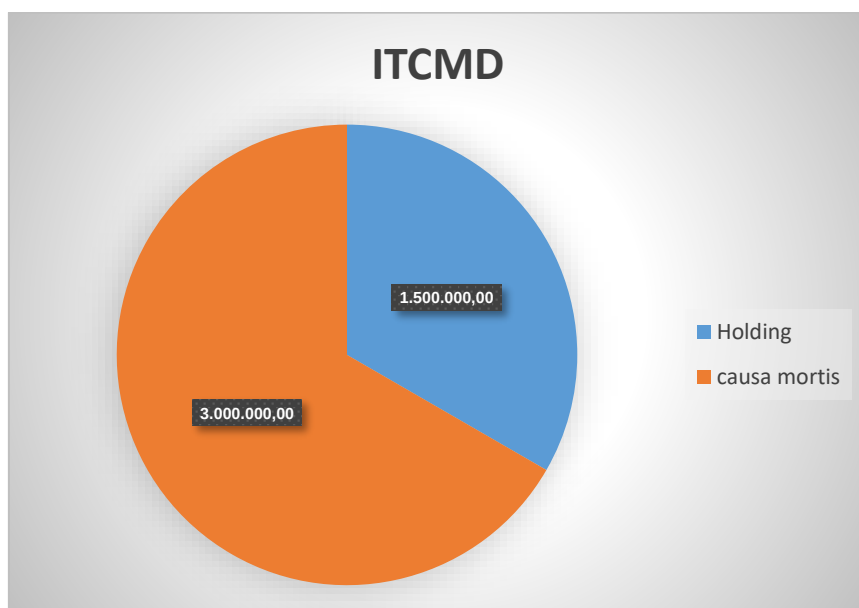
Fonte: Elaborada pelo autor.

Com isso, tem-se que em ambos os casos a melhor opção seja a tributação pelo lucro presumido, por se demonstrar menos onerosa ao contribuinte. Também apontamos que a ausência do FUNRURAL no quadro comparativo foi proposital, haja

vista que pelo valor hipoteticamente apurado, também se demonstrou vantajoso ao produtor que seja este tributo calculado com base na folha de pagamento, tanto para pessoa física quanto para jurídica, dessa forma não alterando também o resultado final e não importando para o planejamento, que é alvo deste estudo. Ainda, o referido tributo não é pago diretamente pelo produtor. Como já demonstrado, ocorre a substituição tributária de forma que o efetivo pagador é aquele que compra a produção.

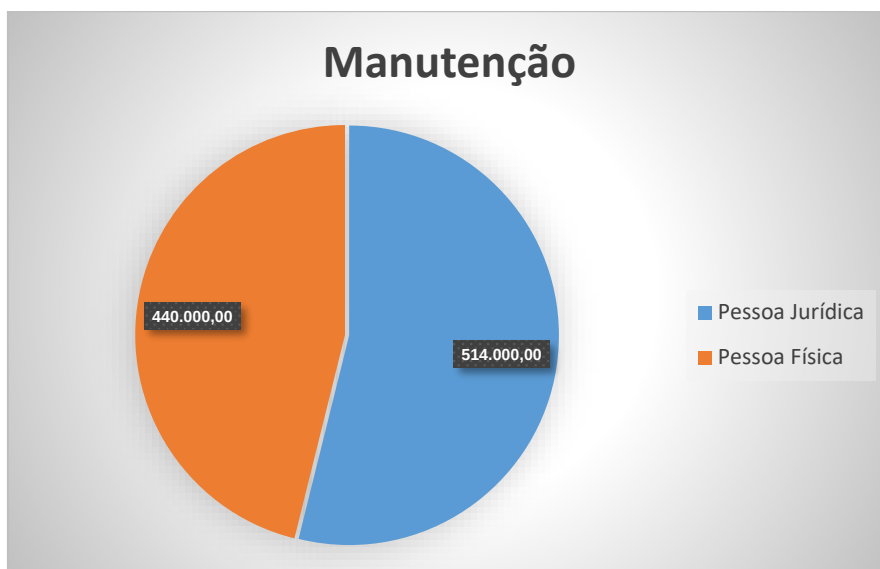
Por fim e diante dos números apresentados, tem-se que a diferença é bastante significativa em favor da abertura da empresa no que tange ao ITCMD, mas se mostra também relevante a diferença que sofrerá o produtor quando pensar nos custos de manutenção, estes sendo menos onerosos com a opção pela atividade por meio de pessoa física, conforme gráficos apresentados abaixo, onde se pode ter uma imagem representando a diferença de valores.

Tabela 04 – ITCMD



Fonte: Elaborada pelo autor.

Tabela 05 – Manutenção



Fonte: Elaborada pelo autor.

Diante disso, devemos relembrar que os valores aqui são exemplificativos, já que foram levantados hipoteticamente. Sendo que pela complexidade do tema, se faz necessário o acompanhamento de profissional da área a fim de determinar quais seriam as nuances no caso da específica necessidade do patriarca.

Além disso, importante se faz o peso de como tratar essa questão, já que em uma mão tem-se a grande vantagem quanto ao ITCMD e na outra a majoração do custo para que a atividade seja mantida.

4 Conclusão

Diante de todo o exposto, é válido que seja feito um destaque quanto a alguns pontos positivos e negativos de todo esse processo de planejamento, que deverá ser pensado caso a caso em decorrência das particularidades de cada negócio.

Tendo como pontos positivos, podemos citar a facilidade de organização de um processo tão traumático que é a sucessão. Primeiramente, como já exposto, o patriarca poderá definir que será responsável pela administração dos negócios com a sua ausência, sem que isso demande tempo desnecessário e crucial para a correta administração. Com a abertura da empresa visando o planejamento sucessório, poderá o patriarca adiantar o pagamento de parcela do ITCMD, de forma que poderá fazê-lo de acordo com suas possibilidades e no momento que melhor lhe couber.

Ainda, além do aspecto econômico, o planejamento sucessório evita também o conflito familiar, que em muitas vezes pode pôr um fim às relações entre herdeiros, ponto absolutamente importante para toda a família.

Por fim, além da possibilidade de se organizar quanto ao pagamento do ITCMD, tem-se também a redução na alíquota em alguns estados, como é o caso do Mato Grosso do Sul, reduzindo esse pagamento pela metade e representando valor de grande expressividade.

De outro turno, traçando o planejamento sucessório por meio da abertura de empresa holding familiar, tem-se também alguns pontos negativos, como as nuances de se manter uma empresa, declarações fiscais e contabilidade, que acabam trazendo maior complexidade para o negócio.

Além disso, também importante ressaltar que assim como no caso adotado como exemplo, a tributação poderá ser mais onerosa para aquele que exerce a atividade por meio de pessoa jurídica.

Sendo assim, convém ao patriarca pesar os prós e contras, determinando de acordo com seu perfil qual seria a melhor hipótese para atender suas necessidades.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021, art. 2º, §3º.

_____. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Projeto de Lei 6094/2013.** Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=587127>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. **11 - Ofício Conseqfz nº 11/15.** Ministério da Fazenda - Confaz. Disponível em: <<https://www.confaz.fazenda.gov.br/acesso-restrito-1/conseqfz/correspondencias/oficio-CONFAZ/2015/11-oficio-conseqfz-ndeg-11-15>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Projeto de Lei 5205/2016.** Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083686>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. **Projeto de Resolução do Senado nº 57, de 2019.** Senado Federal. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137288>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. **O que se considera como atividade rural, nos termos da legislação tributária?** Capítulo XII - Atividade Rural 2019. Receita Federal. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf-escrituracao-contabil-fiscal/erguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2019-arquivos/capitulo-xii-atividade-rural-2019.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 213.

CEPEA. **Pib-Agro/Cepea: Pib do agronegócio encerra 2019 com alta de 3,81%**. Disponível em: <<https://www.cepea.esalq.usp.br/br/releases/pib-agro-cepea-pib-do-agronegocio-encerra-2019-com-alta-de-3-81.aspx>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. Vol. I – arts 1º a 120. São Paulo: Quartier Latins, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1: Parte geral – 13^a. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, 143-144.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 4^a ed. – São Paulo: Quartier Latim, 2019.

FOLHA DE LONDRINA. **Recuperação judicial teve alta de 115 em sete meses no PR**. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/economia/recuperacao-judicial-teve-alta-de-115-em-sete-meses-no-pr-2960757e.html>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

MAMEDE, Gladison; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 11^a. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

SEBRAE/SC. **No Brasil, 90% das empresas são familiares**. Artigos para MPE'S. Disponível em: <<http://www.sebrae-sc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

SIDRA. **Censo Agropecuário**. Dados obtidos através da geração de tabelas personalizadas no site do Sistema IBGE de Recuperação Automática. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6650>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

WORDMETER. **Population Division**. Word Population Prospect the 2019 revision – United Nation Department of Economic and Social Affairs (June 2019). Disponível em: <<https://www.worldometers.info/br/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A PROVA DE CORROBORAÇÃO

*THE REWARDED COLLABORATION AND THE PROOF OF
CORROBORATION*

Rafael Junior SOARES¹

Anna Beatriz Sartorio Ramos da SILVA²

Lucas Brandão PETENGILL³

RESUMO

O instituto da delação premiada ainda possui diversas lacunas mesmo após a Lei 12.850/13. Um dos principais pontos, que é o objetivo desse estudo, é a ausência de especificação de quais provas poderiam ser aceitas como corroboração de uma delação premiada, já que com a Lei 13.964/19 a vedação de que a sentença condenatória fosse proferida com base apenas nas declarações do delator se expandiu às medidas cautelares reais ou pessoais e ao recebimento de denúncia ou queixa. A metodologia usada foi a revisão bibliográfica e a análise dos principais acordos de delação premiada divulgados. Para a construção do artigo, foi abordado o

¹ Professor na Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Campus Londrina (PUC-PR); Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo (PUC-SP); Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (PUC-PR); E-mail: rafael@advocaciabittar.adv.br.

² Acadêmica do 10º período de Direito da Pontifícia Universidade Católica - Campus Londrina. Bacharela em Administração na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: anna.sartorio@gmail.com.

³ Acadêmico do 10º período de Direito da Pontifícia Universidade Católica - Campus Londrina E-mail: lucaspengill98@gmail.com.

sistema de valoração de prova utilizado no Brasil, que é o livre convencimento motivado, sendo este mitigado pela necessidade da corroboração nos casos de colaboração premiada. Por fim, foi concluído que a análise de provas deve ser feita de maneira singular levando em consideração o caso concreto, mas há algumas provas que não podem ser consideradas suficientes sozinhas, como a entrega de anotações do próprio delator. Gravações, mesmo que irregulares e que não caracterizem flagrante preparado, depoimentos testemunhais, perícias e documentos são aceitos como provas corroborativas.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Corroboração. Prova.

ABSTRACT

The institute of the rewarded collaboration still has several gaps even after Law 12.850/13. One of the main points is the lack of specification what kind of proofs could be use in corroboration of the rewarded collaboration which is the objective of this study too. This because the Law 13.964/19 expanded the prohibition of the condemnatory sentence to be rendered based only on the statements to real or personal precautionary measures and the receipt of a complaint. The methodology used was the literature review and the analysis of the main agreements disclosed. The evidence valuation system used in Brazil was included for the construction of the article, which is the motivated free persuasion and was mitigated by the need for corroboration in cases of rewarded collaboration. Finally, it is concluded that the analysis of proofs must be done in a singular way into the concrete case, but there are some evidences that cannot be considered sufficient on their own, like the delator's own notes. Recordings, even if irregular and that do not feature prepared flagrant, witness statements, expertise and documents are accepted as corroborative evidence.

KEYWORDS: Rewarded Collaboration. Corroboration. Proof.

INTRODUÇÃO

De início, a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) delimita a colaboração premiada e estabelece finalmente seu procedimento no ordenamento jurídico. Mesmo assim, com a utilização do instituto nos casos concretos, observou-se a existência de lacunas na legislação, o que foi aprimorado por meio das decisões dos Tribunais, bem como pela edição da Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) que modificou alguns dos dispositivos considerados mais controversos.

Desse modo, apesar do claro avanço da legislação referente à colaboração premiada e o próprio aprimoramento a partir da experiência, denota-se a existência de debate, ainda em aberto, a respeito da valoração da prova pelo juiz e o emprego da colaboração premiada. Isso porque o próprio legislador, por meio do art. 4º, § 16, III, da Lei 12.850/2013, trouxe hipótese de limitação ao livre convencimento motivado, pois vedou a condenação do acusado com respaldo apenas nas declarações do colaborador premiado.

A partir daí, a sentença penal condenatória que se utiliza de colaboração premiada precisará, necessariamente, da corroboração por meios de elementos extrínsecos ao colaborador premiado, ou seja, provas desvinculadas daquele que colaborou com a justiça.

Neste contexto, o objetivo do presente trabalho nada mais é do que analisar quais provas seriam admitidas como corroboração na delação premiada, utilizando-se pesquisa bibliográfica e exame de situações concretas discutidas pelos Tribunais, visto que a própria lei exige provas que corroborem as declarações do colaborador premiado.

Portanto, na vinculação entre o livre convencimento motivado e a vedação do uso da colaboração como sustentáculo único da decisão condenatória, buscar-se-á traçar melhores contornos a respeito da prova de corroboração no processo penal.

1 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

De forma inicial, imprescindível destacar que o instituto da delação premiada foi introduzido no ordenamento brasileiro com o escopo de incentivar os agentes investigados ou acusados da prática de crimes a colaborarem com a justiça em troca do recebimento de prêmios previstos em lei⁴.

Damásio de Jesus⁵ define delação como “incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato).” Já Walter Bittar⁶ conceitua delação premiada como o instituto de Direito Penal que garante um prêmio, que pode ser a redução até a liberação da pena, ao delator pela sua confissão e colaboração voluntária.

A delação premiada em si, pode ser entendida como o instituto pelo qual o delator é incentivado, por benefícios, como redução de pena, perdão judicial, a fornecer informações que auxiliem no desvendamento de crimes pelas autoridades públicas.

Na mesma linha, Bitencourt e Busato⁷ asseveram que a colaboração premiada, também conhecida como colaboração processual ou até delação premiada⁸, consiste, em linhas gerais, na redução ou até isenção de pena para o agente que delatar os coacusados, concedida pelo juiz na sentença se cumpridos todos os requisitos legais.

⁴ ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada**: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. Florianópolis: EMais, 2018, p. 13.

⁵ JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸ Neste sentido, não obstante o termo “delação premiada”, seguindo a tradição legislativa, o instituto foi denominado de “colaboração premiada”, sendo este um verdadeiro eufemismo legal cujo condão é disfarçar a conotação antiética da conduta, ou seja, diminuir a inerente carga semântica negativa.

Guilherme de Souza Nucci⁹, afirma que é necessária a confissão do delator na participação do crime para ser considerada como delação premiada, sobretudo porque se o réu negar sua concorrência para a infração penal, sua versão nada mais será do que um mero testemunho. Além da confissão, para a caracterização do instituto examinado, o colaborador deverá preencher os requisitos da voluntariedade e efetividade.

Tem-se que o primeiro é sobre a delação não ter sido fruto de coação, ou seja, deverá o acusado demonstrar sua anuência livre com o acordo de cooperação¹⁰, adotando uma posição até mesmo equiparada àquela de acusação. Assim, verifica-se que “o desejo de colaborar (desejo de primeira ordem) deve nascer da própria autodeterminação do indivíduo”¹¹, ao passo que somente estará presente a voluntariedade “se houver, *a priori*, uma vontade de manifestar o desejo de cooperar - uma construção voluntária deste desejo; essa é a vontade efetiva”.¹²

Por outro lado, tal voluntariedade não deve ser confundida, em hipótese alguma, com o elemento da espontaneidade, o qual, por sua vez, é tema amplamente debatido na doutrina, vez que discute a respeito da necessidade da proposta ser fruto exclusivo da vontade do delator ou se a iniciativa pode surgir do acusador. Acerca desta temática, prevaleceu o entendimento de que “um ato espontâneo significa aquele em que a ideia de sua prática provém da própria pessoa. Não se pode ser um ato provocado por terceiro, mas de iniciativa do delator”¹³, posição, inclusive, já

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁰ CAPEZ, Rodrigo. A Sindicabilidade do Acordo de Delação Premiada. In: MOURA, Maria Tereza A.; Pierpaolo C. (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017. p. 221.

¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 150.

¹² *Idem*.

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 151.

adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 628.048¹⁴.

Assim, verifica-se que não há a necessidade da delação ocorrer de maneira espontânea, mas sim que resulte da mera voluntariedade do colaborador, a partir de critérios estratégicos de defesa.

Outro requisito exigido pela lei para a validade do acordo de delação premiada é a efetividade da colaboração, pois é necessário que o delator contribua ativamente para as investigações auxiliando na conquista de resultados positivos, de acordo com o artigo 4º da Lei 12.850/2013: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Em outras palavras, o colaborador deve auxiliar a autoridade policial e o Ministério Público a descobrirem informações que, pela mera atuação ordinária das autoridades públicas, não seriam desvendadas.

Sobre a natureza jurídica do instituto, a delação premiada não pode ser considerada fonte de prova, pois isso seria o próprio delator, já que a partir dele pode se dar origem a uma nova investigação¹⁵. A colaboração premiada também não é meio de prova, eis que “compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo¹⁶”.

¹⁴ STJ, REsp 628.048/SP, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24.03.2009.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 401.

¹⁶ Ibid., p. 407.

O mais adequado é o de classificá-la como meio de obtenção de prova, consistente no “mecanismo processual que permite o acesso à fonte de prova ou meio de prova”¹⁷, logo “enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”¹⁸.

Por fim, o artigo 3º, inciso I da Lei 12.850/13 e o voto do Ministro Dias Toffoli no *habeas corpus* 127.483/PR¹⁹ determinam que a delação premiada é um meio de obtenção de prova. Na mesma linha, o ministro da Corte Suprema ainda complementa que também é negócio jurídico processual e que enquanto o acordo de delação é meio de obtenção de prova, os depoimentos obtidos do delator são meio de prova e só serão hábeis ao convencimento do juiz se corroborados por outros meios idôneos de prova.

2 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O sistema de valoração de prova penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o livre convencimento motivado, que, segundo Santos²⁰, consiste na avaliação dos elementos presentes no processo com base em critérios legais já previamente determinados e com a imprescindibilidade de fundamentação idônea, conforme estabelece o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

¹⁷ ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 101/2013, p. 203-227, mar./abr. 2013.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁹ HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

²⁰ SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Princípio acusatório, verdade real e livre convencimento motivado. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 27, n. 105, p. 239-252, jan./mar. 2019.

Conforme Nogueira²¹, a liberdade de convicção tem se destacado sobre a justificação probatória dos fatos. Tem-se então utilizado o método de valoração racional da prova na prática, que possui critérios mais seguros e menos subjetivos para auxiliar o julgador, o que se diferencia apenas pela transparência às partes acerca do *quantum* de prova suficiente para cada decisão, oferecendo maior segurança jurídica.

O Código de Processo Penal reproduz o livre convencimento motivado no artigo 155, destacando apenas, em termos de critério restritivo, a impossibilidade de fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial.

Especificamente em relação à colaboração premiada, desde o advento da Lei 12.850/2013, o legislador também estipulou critério limitador do livre convencimento motivado, ao fixar que no art. 4º, §16, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Tal posição é natural, na medida em que o colaborador deve ser avaliado com cautela, tendo em vista que sua colaboração ocorre apenas em razão dos prêmios concedidos pelo Poder Judiciário, de modo que suas declarações, necessariamente, precisam ser confirmadas por outras provas. De maneira sucinta, o que se tenta demonstrar é a imprescindibilidade de corroboração das provas oriundas do acordo celebrado, sendo indispensável sua confirmação por elementos probatórios independentes²², sobretudo porque o colaborador possui evidente interesse na

²¹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. Evolução Histórica dos Sistemas de Valoração da Prova Penal: Continuamos Evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, p. 307-352, jun. 2019.

²² FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fábio Ramazzini. (Orgs.). 1. Ed. **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 97.

condenação do delatado, especialmente pelos prêmios decorrentes da admissão da eficácia de suas declarações.²³

Na sequência, após a promulgação da Lei nº. 13.964/2019, comumente intitulada de “Pacote Anticrime”, o art. 4º, § 16º, foi modificado para incluir que nem mesmo medidas cautelares reais ou pessoais ou, ainda, o recebimento da denúncia ou queixa-crime poderiam se fundamentar exclusivamente nas declarações do colaborador.

A alteração legislativa ocorreu em face do próprio avanço dos Tribunais brasileiros quanto ao tema, os quais passaram a interpretar que nem mesmo tais decisões interlocutórias deveriam se basear apenas nas palavras do delator.

A partir do avanço legislativo supracitado, houve um reforço natural ao princípio constitucional de presunção de inocência, porque com a inserção do referido dispositivo legal, a dúvida razoável causada pela delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado e também decisões interlocutórias tão gravosas. Ou seja, as meras declarações desvinculadas de outras provas para demonstrar a veracidade da versão dada - sem que seu conteúdo seja corroborado por demais elementos probatórios -, não possuem valor probatório para sustentar tais espécies de decisão.

Desse modo, o sistema de valoração da prova do livre convencimento motivado, ainda que utilizado no sistema processual penal brasileiro, em se tratando de colaboração premiada, recebe uma clara restrição ante a característica do instituto da delação, que merece reservas por parte do julgador ante ao evidente interesse do colaborador – que não é alguém desinteressado - no recebimento dos prêmios legais.

Ao tratar do novo artigo 4º, §16º, da Lei 12850/2013, Badaró²⁴ afirma que a nova regra se aplica a todo regime jurídico que preveja a delação premiada, porque

²³ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 45.

²⁴ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**: revista jurídica, Brasília, v. 19, n. 443, fev. 2015, p. 26-29.

implica em uma limitação ao livre convencimento como técnica de prova legal negativa.

Portanto, no caso da colaboração premiada, o livre convencimento motivado é mitigado pela necessidade de corroboração das declarações do delator.

3 DA NECESSIDADE DA CORROBORAÇÃO

O juiz não participará das negociações realizadas entre autoridade policial, Ministério Público, investigado e defensor, tendo em vista que sua responsabilidade é apenas de homologar a proposta de acordo, depois do recebimento do termo, das declarações e de cópia da investigação, podendo, inclusive, ouvir o colaborador. O objetivo, nesta etapa processual, é o de verificar a regularidade, legalidade, voluntariedade e adequação dos benefícios e resultados.

A função do julgador recai essencialmente sobre o controle dos aspectos formais da colaboração premiada, ou seja, ficará restrito a verificação de que “se os termos do acordo seguem os preceitos legais, se os benefícios oferecidos são possíveis e a ausência de impedimentos normativos para o ato”.²⁵

No entanto, no momento da sentença, caberá ao magistrado avaliar as declarações do colaborador, além de examinar se existem provas que corroborem a versão dada pelo delator. Diante disso, Badaró²⁶ esclarece que o § 16 do art. 4º não visa determinar qual ou quantos meios de provas são necessários para considerar a veracidade de um fato, mas, sim, determinar que a delação premiada, por si só, é insuficiente. É certo também que o legislador não definiu o que é a prova de

²⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Tereza A.; Pierpaolo C. (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2018. p. 186.

²⁶ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**: revista jurídica, Brasília, v. 19, n. 443, fev. 2015, p. 26-29.

corroboração, mas ao menos fixou que as declarações do colaborador são insuficientes para se superar a presunção de inocência.

Em outras palavras, a regra de corroboração exige que o conteúdo da delação premiada seja confirmado por outras provas produzidas no curso do processo penal. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *conditio sine qua non* para o uso das declarações do colaborador como fundamento de medidas cautelares pessoais ou reais, recebimento de denúncia ou queixa-crime e condenação.

Mas no caso de recebimento de denúncia ser baseado somente na delação premiada ainda há divergências, ao menos até o advento da Lei Anticrime. Segundo Luis Henrique Machado²⁷, os ministros Fachin, Celso de Mello e Marco Aurélio têm decidido que a delação pode ser suficiente para a instauração de ação penal, por outro lado Toffoli entende que é necessária a demonstração de elementos corroborativos independentes, pois a delação por si só não possui densidade o bastante para que a denúncia seja recebida.

Assim, vale mencionar que as provas produzidas pelo delator não possuem o condão de ratificar o conteúdo de suas declarações, ou seja, ainda que forneça agendas particulares ou planilha de contabilidade paralela, na linha do entendimento perfilhado pela Corte Suprema, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o valor probatório de corroborar, por si só, o depoimento, ainda que para fins de recebimento da denúncia.²⁸

²⁷ MACHADO, Luis Henrique. **Prova que corrobora delação é imprescindível para denúncia ser recebida**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-02/machado-prova-corrobora-delacao-imprescindivel-denuncia>. Acesso em: 03 ago. 2021.

²⁸ STF, Inq 3994, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 18.12.2017

Neste norte, a partir das premissas verificadas acima, as provas derivadas do acordo de delação premiada possuem valor probatório, deveras, relativo²⁹, sobretudo em razão do interesse – pessoal – do colaborador ante os sedutores prêmios oferecidos, cenário que, por si só, acarreta um caráter meramente indiciário, isto é, devem ser confrontadas com outros elementos encartados à investigação ou instrução processual³⁰ para, somente então, serem aptas a embasar decisão judicial ou o oferecimento da exordial acusatória, sob pena de premiar a versão isolada do delator como objeto probatório suficiente de justa causa.³¹

Em síntese, de acordo com Bottino³², é permitido que as declarações dos delatores somente fundamentem uma decisão judicial quando a acusação produzir outras provas por meios próprios de investigação e de forma e existência independente, como provas periciais, documentais ou até mesmo testemunhais que confirmem as informações da colaboração premiada.

Com efeito, em que pese o acordo realizado entre o Ministério Público e o colaborador seja considerado um meio de prova, a manutenção do devido processo legal, mais precisamente do princípio da inocência, permanece inerente ao delatado, de forma a limitar a atuação do magistrado neste primeiro momento, não a mera certeza subjetiva do julgador suficiente para dissipar a presunção de inocência do acusado.

²⁹ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p 224.

³⁰ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio. O recebimento da denúncia e a colaboração premiada na visão dos tribunais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/opinio-recebimento-denuncia-delacao-visao-tribunais>. Acesso em: 03 ago. 2021.

³¹ BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 246-247, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>. Acesso em: 23.abril.2021.

³² BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivo à Cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lavo Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 122/2016, p. 359-390, set.-out. 2016.

Precisamente no tocante ao famigerado elemento da justa causa, em se tratando da ótica do instituto da delação premiada, é de suma relevância frisar que as Cortes Superiores brasileiras³³, em consonância ao entendimento doutrinário³⁴, já estabeleceram sobre a inadmissibilidade de utilização de anotações em caderno, planilhas, entre outras coisas, entregues pelo delator como elemento apto a corroborar as informações prestadas. De acordo com Pereira³⁵, em linhas gerais, não se olvida o entendimento de que declaração incriminatória é prova constitucionalmente legítima a ser utilizada para imputação no processo penal, contudo, se isolada, é inapta para se constituir como único elemento acusatório para desencadear o início do doloroso processo penal.

Assim, pode-se dizer que é improvável, ou até mesmo inadmissível, que um meio de prova isolado, no caso a delação premiada, possa permitir uma conclusão segura e indubitosa sobre a culpabilidade do acusado. Sob o mesmo enfoque, o entendimento doutrinário majoritário refere que não há possibilidade de se embasar uma condenação em meio probatório único despojado de qualquer outro elemento de prova, ou ao menos indício que permita uma aferição conjunta dos elementos probantes e a conclusão pela culpabilidade, ainda que se esteja diante de confissão detalhada e coerente.

As declarações do delator não podem ser elemento exclusivo para o embasamento da condenação do delatado, haja vista a reduzida confiabilidade nas

³³ “Ocorre que uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento de denúncia. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação” (STF, 2ª Turma, Inq. 3.994, Rel. para Acórdão Min. Dias Toffoli).

³⁴ Cf. SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio. O recebimento da denúncia e a colaboração premiada na visão dos tribunais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/opiniao-recebimento-denuncia-delacao-visao-tribunais>. Acesso: 03 ago. 2021.

³⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PROCESSUAL (DELAÇÃO PREMIADA). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 77, p. 175-201, mar/abr 2009.

declarações prestadas, bem como a necessidade de uma rígida e objetiva imposição de corroboração por elementos probatórios distintos e independentes.

Em outras palavras, verifica-se que a fragilidade sobre a confiabilidade das declarações do réu colaborador encontra-se no “ânimo de autoexculpação” ou de “heteroinculpação”³⁶, isto é, a objetivação de, ao menos, “reduzir a eventual sanção criminal a ser imposta em razão da sua responsabilidade nos fatos investigados, atribuindo acusações aos demais imputados”³⁷.

Nada obstante, a possibilidade da colaboração premiada poder ocorrer nos diversos momentos da persecução penal, ou seja, tanto antes da instauração do inquérito policial, posteriormente ao oferecimento da denúncia ou, até mesmo, na fase de execução penal. A partir da lógica da oralidade e publicidade seguida pelo sistema acusatório, somente poderão ser valoradas as provas produzidas durante a fase processual da persecução, mormente em razão do princípio da ampla defesa e contraditório, garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal.

4 ANÁLISE DAS CORROBORAÇÕES DOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA

Um dos acordos de delação premiada que mais resultou em oferecimento de outras denúncias foi o do Joesley Batista. Em busca de perdão judicial, o empresário buscou oferecer o máximo de informação possível e prová-las³⁸. O ex-presidente

³⁶ NIEVA FENOILL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 244.

³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 2ª ed. 2018. p. 251;

³⁸MPF; PGR. **Termo de Pré-Acordo de Colaboração Premiada**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/stf/Inq4483/INQ_4483_PenDrive_Fl._1.787/DOC%2003%20-%20Acordo%20de%20Colaboracao/3_1%20Pre-Acordo%20de%20Colabora%C3%A7%C3%A3o%20Joesley%20Mendon%C3%A7a%20Batista.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

Michel Temer foi um dos delatados, Joesley contou desde como se conheceram até o último diálogo, que inclusive foi gravado clandestinamente³⁹, ensejando no oferecimento de mais uma denúncia contra o político.

Outro delatado e gravado foi Aécio Neves, na denúncia foi acusado de pedir R\$ 2 milhões de reais a Joesley⁴⁰. Com base nessas delações corroboradas, pode-se concluir que gravações são aceitas como corroboração, inclusive as clandestinas como disseram advogados consultados pela ConJur⁴¹ ao confirmar que hoje o STF aceita a gravação clandestina para ser usada como defesa do próprio interlocutor, mas não permite armadilhas preparadas para flagrar o crime sendo cometido por um dos interlocutores, mas eles acreditam que a gravação do Temer foi forçada para o peemedebista cometer um crime. Porém, o ministro Luiz Edson Fachin entendeu até a gravação do Temer legal e autorizou a instauração do inquérito com base na delação de Joesley e na gravação como corroboração⁴².

No final de 2018, foi descoberto que Joesley havia mentido e ocultado informações em sua delação premiada, o que resultou na deflagração da Operação Capitu. Como consequência, tudo que foi relatado por ele não pode ser considerado

³⁹ LANDIM, Raquel. **Como Joesley decidiu fazer a delação que quase derrubou Temer**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/05/como-joesley-decidiu-fazer-a-delacao-que-quase-derrubou-temer.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁴⁰ Revista Consultor Jurídico. **Juiz recebe denúncia e Aécio Neves se torna réu por corrupção passiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-05/juiz-recebe-denuncia-aecio-neves-torna-reu-corrupcao>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁴¹ CANÁRIO, Pedro. **Gravação de Temer sem autorização do STF testará jurisprudência da corte**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-20/gravacao-temer-autorizacao-testara-jurisprudencia-corte>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁴² G1. **Gravação de Joesley com Temer é legal, diz Fachin; para presidente, é ilícita**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/gravacao-de-joesley-com-temer-e-legal-diz-fachin-presidente-diz-ser-ilicita.ghtml>. Acesso em: 01 dez. 2019.

verídico, pois sua intenção era desviar a Polícia da linha de investigação correta. Além disso, ele foi preso⁴³.

O ex-diretor da Petrobras Paulo Costa foi o primeiro a delatar a lava-jato e para provar seus depoimentos utilizou-se de documentos apreendidos pela Polícia Federal na Operação, desde um contrato entre a Petrobras e a Odebrecht que prova o envolvimento do executivo Rogério Santos até extratos bancários da OAS no PKB (banco suíço) de uma conta administrada pelo Youssef e pelo Paulo Costa e anotações de José Luiz Pires, responsável pelos clientes brasileiros da PKB⁴⁴. Outras provas que corroboraram a delação do Paulo Costa foram os rascunhos de contratos entre as empreiteiras e o núcleo operacional do esquema que a força-tarefa teve acesso e as auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União nos contratos da Abreu e Lima e do Comperj que comprovou o superfaturamento, em alguns casos, de até 1278%⁴⁵.

Do mesmo modo, o doleiro e “eterno colaborador” Alberto Youssef, em seus depoimentos prestados informou que a construtora Camargo Correia realizou pagamentos à ele e suas empresas, de modo a guardar os supostos comprovantes, os quais, segundo o próprio colaborador, guardou em sua posse e entregou ao Ministério Público quando da realização de suas declarações⁴⁶.

⁴³ VEJA. **Delegado afirma que Joesley ‘mentiu e ocultou’ fatos em delação**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/delegado-afirma-que-joesley-mentiu-e-ocultou-fatos-em-delacao/>. Acesso: 03 ago. 2021.

⁴⁴ ESCOSTEGUY, Diego; ROCHA, Marcelo; COUTINHO, Filipe; TAVARES, Flávia. **Na delação premiada, Paulo Roberto Costa revela que os contratos da Petrobras eram superfaturados entre 18% e 20%**. Disponível: <https://epoca.globo.com/tempo/eleicoes/noticia/2014/10/na-delacao-premiada-paulo-roberto-costa-revela-que-os-bcontratos-da-petrobrasb-eram-superfaturados-entre-18-e-20.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ ESCOSTEGUY, Diego; ROCHA, Marcelo; TAVARES, Flávia; COUTINHO, Filipe; LOYOLA, Leandro; RAMOS, Murilo. **O que Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef revelaram à Justiça**. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/10/o-que-bpaulo-roberto-costab-e-balberto-youssefb-revelaram-justica.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

Outro executivo que usufruiu da delação premiada foi Augusto Mendonça, da Toyo Setal, que de acordo com o atual Ministro da Justiça Sérgio Moro prestou informações e forneceu provas importantes para o Judiciário⁴⁷. O empresário delatou o Cartel de empreiteiras e para provar isso ele concedeu anotações manuscritas sobre as decisões tomadas na reunião pelos próprios participantes, já que não havia uma ata formal, e o regulamento que eles criaram intitulado “Campeonato Esportivo”.

Para provar as emissões de notas fiscais frias e lavagem de dinheiro, Mendonça apresentou contratos com a Editora Gráfica Atitude LTDA. O próprio MPF afirma que tanto o Augusto Mendonça quanto Julio Camargo, ex-consultor da Toyo Setal, indicaram contas bancárias utilizadas nas transações e suas datas, especificaram locais de encontros, descreveram os meios utilizados, os telefones de contatos e indicaram demais documentos, alguns fictícios, empregados para acobertar os crimes⁴⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, a colaboração premiada não é um “mero contrato” a ser homologado pelo julgador, vez que, certamente, sofrerá dupla análise, primeiramente de seus requisitos e, em segundo lugar, pela sua efetividade. De mesmo modo, a simples delação, sem outras provas independentes e corroborativas, não deve, em

⁴⁷ GENTILE, Rogério. **Delator da Lava Jato vira terror da vizinhança após festa em sua cobertura em SP**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/delator-da-lava-jato-vira-terror-da-vizinhanca-apos-festas-em-sua-cobertura-em-sp.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁴⁸ SILVA, Maurício Faria da; LACERDA, Wagner Carvalho de. **Alegações Finais**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/05/alegacoes-finais-mendonca.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

nenhuma oportunidade, ser único objeto para o oferecimento da denúncia ou, até mesmo, para a instauração de um inquérito policial.

Isso porque a valoração dos elementos probatórios deve ocorrer de maneira a seguir o devido processo legal, sendo imprescindível a ampla discussão desses temas em momento oportuno e futuro no processo, tanto pelas partes ou pelo próprio julgador.

Ainda, por derradeiro, nota-se que os objetos a serem sopesados devem ser examinados empiricamente e de forma singular, haja vista que a simples entrega de anotações por parte do delator ou corroboração cruzada não são elementos suficientes para a futura persecução penal, sendo, contudo, admitidas gravações, até mesmo irregulares, desde que não se caracterize o denominado “flagrante preparado”. Outras provas como testemunhais, periciais e documentais também são válidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, **Consulex**: revista jurídica, Brasília, v. 19, n. 443, fev. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 246-247, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>. Acesso em: 23.abril.2021.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito, doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo C. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Tereza A.; Pierpaolo C. (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2018.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivo à Cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lavo Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 122/2016, p. 359-390, set.-out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 127.483 PR. Erton Medeiros Fonseca e José Luiz Oliveira Lima e outro(A/S). Relator: Ministro Dias Toffoli. 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 628.048 SP. Relator: Arnaldo Esteves Lima. 24 mar. 2009.

CANÁRIO, Pedro. **Gravação de Temer sem autorização do STF testará jurisprudência da corte**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-20/gravacao-temer-autorizacao-testara-jurisprudencia-corte>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Rodrigo. A Sindicabilidade do Acordo de Delação Premiada. In: MOURA, Maria Tereza A.; Pierpaolo C. (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESCOSTEGUY, Diego; ROCHA, Marcelo; COUTINHO, Filipe; TAVARES, Flávia. **Na delação premiada, Paulo Roberto Costa revela que os contratos da Petrobras eram superfaturados entre 18% e 20%**. Disponível: <https://epoca.globo.com/tempo/eleicoes/noticia/2014/10/na-delacao-premiada-paulo-roberto-costa-revela-que-os-bcontratos-da-petrobrasb-eram-superfaturados-entre-18-e-20.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

ESCOSTEGUY, Diego; ROCHA, Marcelo; TAVARES, Flávia; COUTINHO, Filipe; LOYOLA, Leandro; RAMOS, Murilo. **O que Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef revelaram à Justiça**. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/10/o-que-bpaulo-roberto-costab-e-balberto-youssefb-revelaram-justica.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 101/2013, p. 203-227, mar./abr. 2013.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fábio Ramazzini. (Orgs.). 1. Ed. **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021.

G1. **Gravação de Joesley com Temer é legal, diz Fachin; para presidente, é ilícita**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/gravacao-de-joesley-com-temer-e-legal-diz-fachin-presidente-diz-ser-ilicita.ghtml>. Acesso em: 03 ago. 2021.

GENTILE, Rogério. **Delator da Lava Jato vira terror da vizinhança após festa em sua cobertura em SP**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/delator-da-lava-jato-vira-terror-da-vizinhanca-apos-festas-em-sua-cobertura-em-sp.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2021.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 03 ago. 2021.

LANDIM, Raquel. **Como Joesley decidiu fazer a delação que quase derrubou Temer**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/05/como-joesley-decidiu-fazer-a-delacao-que-quase-derrubou-temer.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MACHADO, Luis Henrique. **Prova que corrobora delação é imprescindível para denúncia ser recebida**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-02/machado-prova-corrobora-delacao-imprescindivel-denuncia>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MPF; PGR. **Termo de Pré-Acordo de Colaboração Premiada**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/stf/Inq4483/INQ_4483_PenDrive_Fl._1.787/DOC%2003%20-%20Acordo%20de%20Colaboracao/3_1%20Pre-Acordo%20de%20Colabora%C3%A7%C3%A3o%20Joesley%20Mendon%C3%A7a%20Batista.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

NIEVA FENOILL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2010.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. Evolução Histórica dos Sistemas de Valoração da Prova Penal: Continuamos Evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, p. 307-352, jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 77, p. 175-201, mar/abr 2009.

Revista Consultor Jurídico. **Juiz recebe denúncia e Aécio Neves se torna réu por corrupção passiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-05/juiz-recebe-denuncia-aecio-neves-torna-reu-corrupcao>. Acesso em: 03 ago. 2021.

ROSA, Luísa Walter da. **Colaboração Premiada**: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. Florianópolis: EMais, 2018.

SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Princípio acusatório, verdade real e livre convencimento motivado. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 27, n. 105, p. 239-252, jan./mar. 2019.

SILVA, Maurício Faria da; LACERDA, Wagner Carvalho de. **Alegações Finais**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/05/alegacoes-finais-mendonca.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio. **O recebimento da denúncia e a colaboração premiada na visão dos tribunais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/opinio-recebimento-denuncia-delacao-visao-tribunais>. Acesso em: 03 ago. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VEJA. **Delegado afirma que Joesley ‘mentiu e ocultou’ fatos em delação**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/delegado-afirma-que-joesley-mentiu-e-ocultou-fatos-em-delacao/>. Acesso: 03 ago. 2021.

**A HERMENÊUTICA À LUZ DA EVOLUÇÃO SÓCIOFILOSÓFICA DO
DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS:**

PRECEDENTES E O DIREITO COMPARADO

*HERMENEUTICS IN THE LIGHT OF SOCIO-PHILOSOPHICAL
EVOLUTION OF CONSTITUTIONAL NORMS AND THE MONEY
LAUNDERING: PRECEDENTS AND THE COMPARATIVE LAW*

Bernardo Luiz MIGDALSKI¹

Daniel LAUFER²

Maria Francisca ACCIOLY³

A discricionariedade, como o vazio em um donut, não existe, a não ser como uma área deixada aberta, por um cinturão de restrição circundante. É, portanto, um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: "Discricionariedade sob quais padrões?" ou "Discricionariedade quanto a qual autoridade?"⁴

RESUMO

¹ Acadêmico de Direito na Faculdade de Direito de Curitiba. bernardo@acciolylaufer.com.br

² Advogado inscrito na OAB/PR sob n. 32.484, Doutor em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito pela PUC-PR e Bacharel em Direito pela PUC-PR, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). daniel@acciolylaufer.com.br.

³ Advogada inscrita na OAB/PR sob n. 44.119, Mestre em Direito pela UFPR, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela PUC-SP e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, professora de cursos de pós-graduação em Direito, membro da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABACRIMI) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). mariafrancisca@acciolylaufer.com.br.

⁴ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. United States of America: Harvard University Press, 1978. p. 31, tradução nossa.

Desde a redemocratização, o constitucionalismo ocupa um espaço central no palco do ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito. Nada menos do que o esperado: a judicialização é vista como um fenômeno *hours concur* em todas as manifestações da *sphère publique*. Neste contexto, sob o olhar dos novos parâmetros principiológicos e renovados valores sóciofilosóficos, consignam-se as teses constitucionalistas de H.L.A. Hart, as críticas antipositivistas de Dworkin, além de outros juristas fundamentais (e.g.: Alexy, Savigny), a fim de que se apresente um paralelo entre a valoração dos precedentes no estabelecimento de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal e o movimento do empirismo jurídico, uma onda experimentalista, emprestada do Common Law, que refresca o ordenamento criminal codificado brasileiro – sem qualquer prejuízo ao Princípio da Legalidade. Ao final, para bem ilustrar o poder do Direito Sumular, a par do poder hermenêutico, será abordada a posição jurídica brasileira e alemã sobre o dolo no crime de lavagem de dinheiro.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; Empirismo jurídico; Hermenêutica; Lavagem de Dinheiro.

ABSTRACT

Since the re-democratization, constitutionalism has played a central role on the stage of the Brazilian legal system and the Rule of Law. Nothing less than expected: judicialization is seen as *hours concur* phenomenon in all manifestations of the *sphère publique*. In this context, under the new principiological parameters and renewed socio-philosophical values, the constitutionalist theses of H.L.A. Hart, Dworkin's anti-positivist criticisms, as well as other fundamental jurists (e.g.: Alexy, Savigny) will be observed, in order to understand a parallel between the valuation of precedents in the establishment of binding precedents by the Supreme Federal Court, and the movement of legal empiricism, an experimentalist wave, borrowed from Common Law,

that refreshes Brazilian codified criminal order - without any damage to the *Principle of Legality*. In the end, to elucidate the power of Sumular Law, escorted by the hermeneutic power, the Brazilian and German legal doctrines on the crime of money laundering will be analyzed.

KEYWORDS: Hermeneutics; Judicial decisions; Legal empiricism; Money laundering.

INTRODUÇÃO

The dawn of the new millennium trouxe uma renovação e uma ampliação ao ápice da completude constitucionalista, ausente qualquer prejuízo de todo o engrandecimento socio-filosófico originado na *volta aos valores* – no arcabouço da supremacia da lei e da ruína dos alicerces que, até então, davam conta de sustentar o positivismo jurídico⁵ em sua moldura kelseniana (KELSEN, 1979, p. 466-469) –, sem o abandono do floreado idealismo resgatado pela Magna Carta inglesa de 1215⁶. A *contrario sensu*, tal marco histórico permanece como um ponto pujante no ordenamento jurídico pátrio, tendo influenciado de forma direta ou indireta todos os afluentes jurídicos que conduziram as águas das ciências jurídicas ao longo dos séculos em diferentes civilizações (desde o formalismo ao pós-positivismo), contextos

⁵ Em momento tão oportuno, é imprescindível relembrar as valiosíssimas contribuições de H. L. A. Hart, responsável por afastar o positivismo jurídico do puro mecanicismo, aproximando-o da hermenêutica nos hard cases, que necessitavam da discricionariedade do julgador (frise-se a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade neste quesito, em que pese a aproximação de ambos na prática jurídica). Seus ensinamentos também serão abordados, a frente, em discussão sobre o papel do juiz na interpretação *criativa*. In: HART. *The concept of law*, 1988. (v.g.: LANGER, Maximo. *Prosecutors and Democracy: A Cross-National Study*. London: Cambridge University Press, 2018).

⁶ “No freeman is to be taken or imprisoned or disseized of his free tenement or of his liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go against such a man or send against him save by lawful judgement of his peers or by the law of the land. To no-one will we sell or deny of delay right or justice”. In: BLACKMAN, Josh. The “Law of the Land” Clause of Magna Carta, the Supremacy Clause, and Judicial Review. Crossposted: Law & Liberty, Feb. 18, 2014. Disponível em: <<https://lawliberty.org/the-law-of-the-land-clause-of-magna-carta-the-supremacy-clause-and-judicial-review/>>.

pontuais, porém riquíssimos em empirismo e experimentalismo determinantes para o ordenamento brasileiro.

Os aspectos introdutórios deste brevíssimo ensaio desaguam no hermeneuta e coincidem com o nascimento do Direito. Acompanhando François GénY, postula-se uma nova relevância dos elementos empíricos na busca da “*realização dos fins do direito*”, aliado ao estreitamento da tênue divisão entre o Direito e a Realidade, afastando-se do *fetichismo legal*, do *dedutivismo* e, sobretudo, valorizando a *construção investigativa* (GÉNY, 1996).

Será realizada, ainda, uma estrita análise das Diretivas do Parlamento Europeu e do vetusto *Strafgesetzbuch* alemão, à luz do exercício hermenêutico na formação jurisprudencial brasileira no que concerne ao dolo no delito de branqueamento de capitais (com metodologia indutiva), com enfoque especial na incidência da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal no vislumbre do crime antecedente – imprescindível para a caracterização do tipo em comento.

1 A HERMENÊUTICA COMO INTERPRETAÇÃO SÓCIOFILOSÓFICA

A alvorada deste brevíssimo ensaio se confunde com o nascimento do Direito: encontrávamo-nos em um período sombrio para a iluminação das mãos que redigiam sentenças, comandadas pela construção jusnaturalista aristotélica. A busca pela inteligência dos alicerces que sustentam o entendimento da justeza no *jus positum* – como é denominado o direito aplicado aos homens, àqueles que são subjugados às próprias leis no mundo sensível, material – permeia plenamente as sábias colocações de Grotius e Pufendorf: o primeiro, parte eminentemente do princípio denominado verdade evidente, onde o ser humano é uma criatura sociável e racional; o segundo, partindo do mesmo quadro analítico que o anterior, defende uma perspectiva mais condizente com o teor atual do Direito Natural – o pouco que restou

dele hodiernamente, enfraquecido pelas fortes e subsequentes incursões do juspositivismo nos meandros naturalistas, permanece exercendo forte influência no âmbito da Filosofia do Direito contemporânea – concretizando, sobre a verdade evidente, a suma essência em moralidade, constituída dos seres morais ao impor normas para garantir segurança a direitos e cumprimento de obrigações (BIGNOTTO *et al*, 2013, p. 37-45).

Dessarte, faz-se necessário dedicar uma atenção minuciosa à contribuição da justiça social de São Thomás de Aquino à elevação do jusnaturalismo – a um patamar próximo da *metalegis* – que, a partir da análise aristotélica, afirma que a finalidade da justiça consiste na determinação de “*uma igualdade fundamental nas relações entre os homens, e exigir que essa igualdade seja restabelecida, quando violada*” (AQUINO, XXXX, p. 51-513). Tanto no âmbito da justiça comutativa como no âmbito da distributiva, a igualdade deveria reger os ritos de imposição normativa, fundamentalmente pautada na moral e no respeito à personalidade e à dignidade de cada homem (WOLKMER, 2019, p. 107).

Pelo amor à interdisciplinaridade, é possível inclusive sustentar uma forte relação entre o jusnaturalismo humanista racionalista e o emergir do iluminismo no Século XVIII, responsável por mitigar substancialmente o caráter inquisitorial do Direito Penal e Processual Penal – ligado às tradições clericais e à estrutura, já ultrapassada, do absolutismo despótico. Contra a intolerância e o absolutismo, portanto, resplandece o iluminismo e, em concomitância, o *jusracionalismo* que, conquanto tenha instituído um período de negação ao processo, foi fortalecido pelas diretrizes fundantes do humanismo e do Direito Natural.

A partir disto, em síntese, poder-se-ia dizer o seguinte: no novo módulo interpretativo constitucional que se desvenda e se constrói, persistem as considerações de Robert Alexy. Os conflitos normativos, a excepcionalidade manifesta de *hard cases*, a valoração cultural e a demanda emanada de casos

especiais – que exigem decisões contrárias aos dispositivos normativos (ALEXY, 2001, p. 17) – são exemplos flagrantes de que, diferentemente do que era colocado a *posteriori* pelas “ciências” jurídicas do início do século XX, a matriz hermenêutica não oferece *per se* uma fundação integral e emana insuficiência quando colocada sob a ótica da leitura moral da Constituição defendida por Carl Friedrich von Savigny⁷ – com uma dinamicidade quase que avessa à austera e rígida concepção formalista, quando contraposta às metáforas que enaltecem a atualização histórica que enriquece as “ciências” jurídicas com maleabilidade e liberdade (SAVIGNY, 1840, p. 34), que motiva o decisor a se questionar quanto ao pertencimento de suas deliberações a uma matriz de maiores dimensões – igualmente postulada por Ronald Dworkin, defensor da submissão de deliberações à uma teia normativa “*integrada e orgânica*” (DWORKIN, 1998). A abordagem de tais observações sobre o constitucionalismo ensejam a construção de um paralelo com a remodelação kantiana de uma norma que pode ser maculada por defeitos morais, sem que reste prejudicada, contudo, sua validade – em uma análise rica, Stobbe e Trevisan partem da posição do próprio Alexy para afirmar que a perspectiva deontológica de Kant “*parece falar a favor do não-positivismo, ou, mais especificamente, de um não-positivismo superinclusivo*” (STOBBE & TREVISAN, 2018, p. 354-376).

Cumprе salientar que a postulação doutrinária do positivismo jurídico encontra seus fundamentos em alicerces acadêmicos concretizados ao longo dos últimos séculos e se resume em uma das mais consistentes teorizações do poder estatal: vislumbra-se, neste quesito, uma redução do Direito ao mandato coativo do Estado. O humanismo teocêntrico dá lugar ao humanismo antropocêntrico, uma vez que o Direito Natural é renegado pelos positivistas, como bem pontua Kaufmann: “*o nominalismo foi sempre um precursor e companheiro do positivismo, a doutrina da*

⁷ Hoje plasmada na incontroversa e mandamental permeabilidade da legislação infraconstitucional pela Constituição da República.

soberania exclusiva das leis positivas” (KAUFMANN & HASSEMER, 2002, p. 65). É incontestável que a codificação positivista no século XIX auxiliou e contribuiu fortemente para uma dogmatização do racionalismo formal moderno. A partir daí, surgem posições jusfilosóficas responsáveis por questionar os estatutos legalistas, interrompendo a grave legitimação da cultura liberal-individualista.

Nesta lógica, Arno Dal Ri Jr. estabelece que “*a crítica à ditadura da lei, a exaltação das estruturas antilegalistas e do uso da jurisprudência são fontes de humanização da aplicação da esfera jurídica*” (DAL RI JÚNIOR, 2000, p. 133-134). Os fundamentos norteadores do positivismo jurídico foram redigidos, sobretudo, por H. L. A. Hart e Hans Kelsen, atribuindo ao Direito origem e fim puramente humanos, constituindo espírito diametralmente oposto aos denominados direitos naturais. Dentro do arcabouço positivista, deve-se ressaltar a categórica rejeição ao estatismo que, de vez em nunca, o acompanha. Desse modo, os aspectos legalistas podem ser recepcionados até o ponto em que não mais se confundam com o estatismo⁸. Em suma, o positivismo jurídico possibilita uma intensificação da, até então, tênue linha que distinguia o direito ideal e o direito real, ou, entre o direito como é e como deveria ser (BOBBIO, 1984, p. 105-106).

No Brasil, contudo, a partir do *giro antipositivista*⁹, inaugurou-se a interpretação evolutiva constitucional, que enxerga, em outro ângulo, a importância

⁸ Adentrando em uma análise do positivismo, sob a lente angular da *juscontemporaneidade*, deve-se ressaltar a categórica rejeição ao estatismo que, de vez em nunca, acompanhava os compêndios kelsenianos que forjaram a sua doutrina.

⁹ O *giro antipositivista* consiste em termo cunhado por Trivisonno, em referência ao abandono do positivismo na teoria de Gustav Radbruch no pós-Guerra. In.: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Gustav Radbruch's supposed turn against positivism: a matter of balancing. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 57-73, jul./set. 2018.

histórica na valoração cultural como o fundamento principal da maleabilidade constitucional – dotando a Carta Magna de vida, que se extingue apenas quando o decisor deixar de atualizar os precedentes e as normas às evoluções naturais histórico-sociais (STRAUSS, 1997).

Neste mesmo contexto, ampliam-se os horizontes com o advento da Teoria Crítica. Luís Roberto Barroso, em palestra, anuncia a renovação do Direito Constitucional como um verdadeiro *Constitutional millenial*, sem deixar de referenciar as raízes do Direito. A teoria crítica, por outro lado, é abordada em uma exploração quase indigna de sua natureza principiológica: o antipositivismo (ALEXY, 2001, p. 17) segue em plena consonância com a teoria crítica nas ciências jurídicas, em especial, pela consistente influência de Horkheimer, Adorno e a revalorização dos estudos de Carl Schmitt na formação de expoentes do criticismo jurídico (MELO, 2013), como Franz Neumann e Axel Honneth – este último, encarregado de resgatar a primazia pela *gramática moral do reconhecimento* (HONNETH, 2003), advogando pela ala procedimental “reconstrutiva” de Hegel.

Partindo dos *Critical Legal Studies* estadunidenses, a Teoria Crítica brasileira atravessa o Oceano Atlântico até a *Critique du Droit* francesa e a Escola de Frankfurt, estruturada pelos autores supra – em busca de sua pedra fundamental. Barroso ressalta as imensas contribuições da Teoria Crítica ao ordenamento pátrio, mas também abre uma ressalva: “*não foi um sucesso de público*” (BARROSO, 2001, p. 23). É inadmissível – apesar de inevitável – que o Direito Constitucional, ao ocupar uma posição central no *Rule of Law*, tome os mesmos caminhos do Direito Administrativo nos fins do século XX e sofra as mazelas da “*sociedade do espetáculo*” de Guy Debord (DEBORD, 1992).

Ademais, a Teoria Crítica encontra o seu berço de desenvolvimento ideal na redemocratização brasileira, momento em que os projéteis de censura institucionalizada ditatorial não eram mais disparados, possibilitando um desabrochar

de uma nova vertente intergeracional, descompromissada com o *status quo* e livre da enferrujado dogmatismo¹⁰ positivista – afinal, a Teoria Crítica explora a pretensão jurídica e permite que a filosofia e a sociologia do Direito se debrucem¹¹, com licença, sobre “*regras jurídicas em vigor*” (AZEVEDO, 1989, p. 26-28) –, ao questionar o cerne das Ciências Jurídicas e explorar a pretensão do constitucionalismo.

Espelha-se o Direito Pátrio no Direito Norte-Americano¹² – nada obstante o abismo entre o *civil* e o *common law* – no caso da ADO 26 no caso *Brown Vs. Board of Education*, e nesse quesito, ressalta-se a contribuição de S. Exa. Min. Celso de Mello, relator da ADO 26: “*a interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa*” (AI 266.576-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO), na ocasião em que se decidiu pela interpretação conforme a Carta Magna de dispositivo infraconstitucional (completamente pertinente, julga-se, uma vez que Barroso trata da “*filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional*”).

Deve-se, de uma vez por todas, afastar a personificação do juiz mecânico concebida por *Gnaeus Flavius*: o juiz mecanicista, que se assemelha a uma máquina

¹⁰ Ao contrário do dogmatismo, a dogmática é parte do instrumental do jurista, como bem lembra Jacinto Coutinho (v.g.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

¹¹ Neste contexto, é importante ressaltar o encaixe da Teoria Crítica habermassiana a uma ampliação do contexto da *sphère publique*, uma vez que o público se distancia de atividades com resultados *non-reflexive*, o que viabiliza a construção de relações “*puramente humanas*” de um indivíduo para outro. v.g.: ARENDT, H. The Human Condition. Chicago: Chicago University Press, 1959; HABERMAS, J. “Neues Vorwort”. Strukturwandel der Öffentlichkeit. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990; AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – vol.47 no.4 Rio de Janeiro, 2004.

¹² Sobre o assunto, a renovação do Código de Processo Civil em 2015 tornou patente a relação simbiótica entre o *Civil Law* e o *Common Law*: enquanto o Reino Unido passa a aprovar novos *Statutes* (atos do parlamento, propostos pela Câmara dos Lordes ou dos Comuns), o ordenamento brasileiro recepciona a força do precedente e a jurisprudencialização da decisão judicial, abandonando a Cultura do Código (*Ferraz Junior*) que assombra os Magistrados e que, verdadeiramente, não mais deve subsistir se considerada a *linguistic turn* operada com a ontologia heideggeriana, tornada em hermenêutica filosófica por Gadamer.

automática, em que basta se introduzir uma moeda para que, o outro lado, seja emitido um extrato com a resposta (CALAMANDREI, 1950, p. 25).

Conclui-se que, na interpretação constitucional, o debate fala por si mesmo (*res ipsa loquitur*): o caminho em direção a um assentamento doutrinário e jurisprudencial é longo, mas passa, invariavelmente, pelo idealismo do vigésimo primeiro século (influenciado por Alexy, Dworkin, Savigny e Strauss), encarregado de afrouxar amarras que prendam o exercício do hermeneuta ao formalismo.

2 O EMPIRISMO JUDICIAL REFLETIDO EM PRECEDENTES

Luís Roberto Barroso palestrou, em 2001, sobre os “*Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*”. Diante dos pontos abordados, depreende-se que, unindo as interpretações supramencionadas a uma posição que associa o Direito Constitucional ao experimentalismo, as “ciências” jurídicas devem caminhar na jornada traçada por Thomas Ulen (ULEN, 2002, p. 876)¹³, que disserta em consonância com o Ministro, afirmando que “*a lei, como qualquer outra disciplina, está continuamente passando por mudanças e o efeito cumulativo dessas muitas pequenas mudanças pode não ser evidente até que um grande número delas tenha ocorrido*”, valorando com grande consideração as colocações de Richard A. Posner (POSNER, 1995). Os estudos de Ulen exploram a possibilidade de a lógica argumentativa não dar conta de exprimir o mundo em sua infinita diversidade, o que viabiliza a demanda de uma confirmação experimental dos axiomas que motivam as argumentações.

¹³ ULEN, Thomas. A nobel prize in legal science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law. Illinois: UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW, 2003. Vol. 2002, p. 876, tradução nossa: “*the law, like any other discipline, is continuously undergoing change and that the cumulative effect of those many small changes may not be evident until a large number of them have taken place*”

As obras de Gilles Deleuze são responsáveis por agregar ao experimentalismo uma forte conexão com o direito, especialmente quando o autor, ao analisar a doutrina de David Hume, afirma que: *“A jurisprudência é a filosofia do direito, e procede por singularidade, por prolongamento de singularidades”* (ressalte-se que as colocações humeanas foram responsáveis pelo *Go point* no indutivismo, ao pontuar a falha posteriormente corrigida por Karl Popper, transformando o empirismo na matriz científica hodierna). Neste diapasão, o filósofo estabelece uma tríade ontológica na reforma do realismo jurídico, com a apresentação de um novo modelo que leva em consideração a seguinte colocação, extraída de sua obra: *“quando transferimos o passado ao futuro, o conhecido ao desconhecido, cada experiência passada tem o mesmo peso, e somente um número maior de experiências é que pode levar a balança a pender para um lado”* (DELEUZE, 2012, p. 72) (visão que se amolda perfeitamente à comparação entre *precedentes judiciais* e *jurisprudência*: o primeiro, quando reafirmado múltiplas vezes em casos concretos semelhantes, transforma-se no segundo).

Aproximar o empirismo da convivência com o pragmatismo judicial: Fux e Bodart assumem o risco de estabelecer um nexó prático entre as duas vertentes jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro – com a reforma da relação entre análises econômicas de custo-benefício, seguindo uma corrente metodológica congruente com os demais autores (FUX & BODART, 2021).

Dentro do âmbito das análises econômicas no processo e nas construções acadêmicas, têm-se que a análise quantitativa de resultados e precedentes em estudos legais fortalecem ainda mais as teses apresentadas, sendo que uma pesquisa estatística de tendências nos estudos jurídicos, coordenado por Robert Ellickson (ELLICKSON, 1989, p. 323-336), encontrou resultados que evidenciam tais apontamentos. Hodiernamente, constata-se um aumento na publicação de trabalhos empíricos por juristas constitucionalistas, o que evidencia o fenômeno da cientifização

das “ciências” jurídicas. Abaixo, segue o índice de frequência do uso de referências ao longo das duas últimas décadas do Século XX nas revistas jurídicas estadunidenses (extraído por Robert Ellickson e sintetizado em um *index* de 15 abordagens intelectuais):

TRENDS IN REFERENCES TO SELECTED APPROACHES: LEADING LAW JOURNALS, 1982-96						
	<i>Index of Frequency of References, 1994-96 = 100</i>					<i>Average of Actual Counts of Documents Referring to Proxies for Approach, 1994-96</i>
	1982-84	1985-87	1988-90	1991-93	1994-96	
<i>Old doctrine</i>	138	118	106	97	100	66
<i>New doctrine</i>	48	68	53	91	100	37
<i>Doctrine generally</i>	103	98	106	96	100	701
<i>Law and Economics</i>	70	87	81	95	100	91
<i>Critical Legal Studies</i>	67	79	157	115	100	82
<i>Critical Race Theory</i>	0	0	10	70	100	31
<i>Postmodernism</i>	16	32	83	99	100	80
<i>Feminist jurisprudence</i>	16	33	77	105	100	81
<i>Empirical</i>	71	75	80	92	100	152
<i>Social norms</i>	53	53	74	81	100	72
<i>Sociology</i>	74	81	86	93	100	190
<i>History</i>	88	82	91	90	100	146
<i>Psychology</i>	40	48	85	83	100	106
<i>Philosophy</i>	78	88	108	92	100	91
<i>Civic republicanism</i>	2	6	63	72	100	51

Dessa forma, os padrões observáveis supramencionados corroboram com as pontuações apresentadas: a renovação contemporânea ocorre concomitantemente à

ligação umbilical entre as análises estatística (*statistic!*) e quantitativa (*quantitat!*) com o Direito¹⁴.

O produto destes três fatores pode ser observado em casos concretos, julgados no âmbito da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em especial, vê-se a Correição Parcial n. 5019555-75.2014.404.0000/RS, provida à unanimidade pelo colegiado, nos termos do Voto proferido pela Eminente Des. Claudia Cristina Cristofani, Relatora do feito¹⁵. Na ocasião, vis-à-vis o *hard case* (naturalmente peculiar, considerando a vagueza normativa), construiu-se o conteúdo normativo desenvolvido sobre o estudo *doutrinário*, *jurisprudencial* e do *direito comparado*. Aliando a mais pura aplicação da Análise Econômica do Direito (sopesando os direitos constitucionais conflitantes e dirimindo os efeitos da colisão, à luz da assimetria normativa ínsita ao processo judicial) à análise vertical operada no Direito Comparado (do sacrifício de valores incalculáveis contrapostos), alicerçada nas considerações doutrinárias e, em certa medida, em sua própria dissertação de Mestrado Acadêmico¹⁶, observou-se no caso sob análise a materialização das concepções vitais constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da entrega de prestação jurisdicional efetiva (artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII da Constituição da República).

Paralelamente à gradual elevação no grau de teorização nuclear e argumentativa, o empirismo se faz cada vez mais presente nos debates do

¹⁴ A submissão dos estudos empíricos à permeabilidade da decisão judicial foi aprofundada por Robert Cooter In COOTER, Robert. *Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics*. UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 1475, 2011.

¹⁵ TRF-4 – COR 5019555-75.2014.4.04.0000, Relatora Desembargadora Cláudia Cristina Cristofani. Julgada em 07/10/2014, SÉTIMA TURMA.

¹⁶ CRISTOFANI, Cláudia Cristina. *Aspectos Econômicos da Precisão da Decisão Judicial*. Universidade de Lisboa: Lisboa, 2015. p. 27-132.

constitucionalismo contemporâneo, harmonizado com as teorias de Alexy, aspectos de Ronald Dworkin e a interpretação evolutiva do Direito – motivada por Strauss –, elementos que atuam como questões de fundo à elevação centralizadora da constituição no debate de Luís Roberto Barroso.

3 AS SÚMULAS VINCULANTES E A HERMENÊUTICA

Inauguradas em nosso ordenamento pela quadragésima quinta Emenda à Constituição, as Súmulas Vinculantes encontram respaldo no artigo 103-A da Constituição da República – responsável por tratar: (i) da competência (exclusiva do *Supremo Tribunal Federal*); (ii) do *quórum* mínimo exigido em plenário para a aprovação (*dois terços dos seus membros*); (iii) da condição a entrada em vigor (*a partir de sua publicação na imprensa oficial*), em consonância com o princípio da publicidade, como disposto no artigo 5º, inciso LX da Constituição da República; e por fim, (iv) da anterioridade de “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”. Este último assunto evidencia o resgate à balança de experiências formulada por Deleuze, que deve pender para algum lado, seja ele qual for.

Com a emenda, as Súmulas Vinculantes foram estabelecidas e, naturalmente, *primo ictu oculi*, causaram apreensão em operadores do direito pelo possível desvio da função legislativa, que passaria do Congresso Nacional ao Supremo Tribunal Federal. Essa colocação não procede. De um lado, porque o instituto é visto, por parte da doutrina, como uma singela aproximação ao Common Law (já denunciada no item 1 *supra*), com uma elevação dos precedentes repetitivos ao mais alto patamar, tendo em vista que tais institutos são dotados de “*efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”, contudo, mantendo a lei em seu prestígio, como

primazia do ordenamento criminal. Neste mesmo sentido, entende Mariângela de Magalhães Gomes:

No entanto, muito mais do que vincular todas as possíveis interpretações jurídicas àquela determinada pelo Tribunal Constitucional como a mais acertada, o instituto das súmulas vinculantes trouxe ao ordenamento jurídico nacional uma nova forma de pensar o direito, que se dá por meio dos precedentes judiciais (GOMES, 2009).

O Relator do HC 42.958-SP, Min. Prado Kelly, empenha um esclarecimento sobre a natureza da Súmula Vinculante, responsável por, em suas palavras, instalar a *“conveniência de evitar, quando possível, a versatilidade nos julgados, e de restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica, sem se incorrer, todavia, nos perigos da estratificação abusiva, nem da coerção reprovável”* (RTJ 37/159).

Neste ponto, enriquecedora ao debate é a tese proposta pela Min. Ellen Gracie Northfleet, apresentada à comunidade jurídica em palestra concernente à força vinculante do precedente judicial – sugerindo que o Brasil ostenta uma *experiência com a doutrina de precedentes*. Em uma palestra proferida em Baltimore, organizada pela Ministra e Peter J. Messite, ela foi além, afirmando que, ao julgar um novo mérito, uma das mais comuns – e saudáveis – atitudes dos magistrados consiste na busca por um norte em precedentes ou na jurisprudência já assentada dos tribunais hierarquicamente superiores. Segue complementando que:

Tal exercício, conjugado com a análise detalhada dos fatos da causa, da legislação aplicável e dos subsídios oferecidos pela produção doutrinária, conduz à prolação de sentenças densas de conteúdo, em que a decisão do litígio encontra embasamento seguro e as probabilidades de reforma se reduzem consideravelmente (NORTHFLEET, 1998).

Agrega-se às discussões sobre o empirismo a celeuma concernente às engrenagens da interpretação constitucional que dão origem, em primeiro lugar, aos precedentes que formulam, em prospecção, o teor da Súmula Vinculante – exemplo maior do experimentalismo como parte essencial do Direito Constitucional Contemporâneo¹⁷. Ainda, com o intuito de transmitir a devida compreensão absoluta da extensão valorativa dos precedentes e seu valor empírico intrínseco, mister a elucidação de como é engrenado o método interpretativo constitucional e como o funcionamento destas engrenagens interfere no ordenamento jurídico.

Como disposto no art. 103-A, as SV's exercerão poder vinculante *“em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”*. Disso, extrai-se que sua incidência é irrestrita. A fiscalização de sua aplicação, contudo, se dá por meio do olhar atento às decisões judiciais e atos do executivo. Caso haja qualquer tipo de inconsistência ou desrespeito ao precedente sumulado, uma reclamação deve ser ajuizada no Supremo Tribunal Federal, nos termos do §2º do artigo 103-A.

Uma das nascentes destes precedentes pode ser identificada no papel de criador que o decisor possui. Observa-se, no legislador, uma tentativa de condicionar a aprovação de súmulas, dotadas de integral poder vinculante, a uma fundação afastada ao máximo de interpretações *criativas* – sem, contudo, vedar a criatividade

¹⁷ Hodiernamente tem-se, inclusive, a suposta pendência da questão do paradoxo dos precedentes vinculantes: afinal, a doutrina dos precedentes cria polêmicas no âmbito jurisprudencial e nas províncias da própria lógica, vez que aos magistrados de primeiro grau incumbe-se a função de interpretar e formular uma *ratio decidendi*, sendo facultada inclusive a discordância com o precedente vinculante, pois como Dworkin bem asseverou, em certos casos o decisor pode não se sentir atraído pela *força gravitacional* dos precedentes, desgarrando-se da *ratio* antecedente. In: GOLDSTEIN, Laurence. Some Problems about Precedent. The Cambridge Law Journal, vol. 43, no. 1, 1984, pp. 88–107. JSTOR, www.jstor.org/stable/4506607. Acesso em 28 de Junho de 2021.

ou tolher a “*criatividade da função jurisdicional*”¹⁸ inerente à magistratura. No tocante a essa categoria interpretativa, cumpre ressaltar o que dissertam Cappelletti e Barwick: o primeiro percebe uma visão delimitada do espaço criativo na magistratura, porém ampla, em sua integralidade; no oposto, o *Chief Justice* da Suprema Corte australiana, Sir Garfield Barwick, percebe a função legislativa do juiz sem qualquer obstáculo, ao delinear um horizonte livre para a atividade criativa de juízes, que devem exercer poder completo sobre a “*Judiciary Law*” (BARWICK, 1980, p. 239-253).

Em continuidade, paralelas a Barwick, seguem as disposições de H. L. A. Hart, responsável por introduzir a figura do juiz dotado de plena criatividade interpretativa e poder decisório pleno, em ocasiões que indicam omissões legais, ou em momentos que a lei não se mostra suficiente para suprir as necessidades peculiares de um *hard case*. O magistrado toma o holofote, livre para decidir tomando sua própria consciência como matriz decisória, situação que resulta em uma discricionariedade sem fronteiras – como já sustentado, uma argumentação de Hart neste sentido o afasta do positivismo mecanicista, contudo, o mantém distante de teses pós-positivistas, uma vez que o decisor não precisa se ancorar em parâmetros morais, princípios – além da inexistência de fator vinculante em decisões anteriores.

Dworkin entende as posições hartianas (RODRIGUEZ, 1997, p. 32-33), mas propõe um contraponto – que torna sua tese aplicável a sistemas de leis codificadas: o Juiz Hércules – uma figuração do magistrado ideal. Hercules, na tese dworkiana, quando instado a julgar um *hard case*, deve se questionar, assim como o autor na citação preambular deste artigo: o porquê de a constituição possuir poder para criar e destruir direitos. Questionar-se sobre o esquema principiológico firmado e construir uma teoria constitucional: essa é a função principal de Hercules, em especial, quando

¹⁸ Cappelletti entende que o papel do juiz na criação de leis é demasiado limitado (tanto por elementos processuais como substanciais). In: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

convocado a decidir casos em que as palavras de previsões originárias nos emendamentos magnos podem suportar dois entendimentos. Quando as normas não bastam *in concreto*, o juiz Hercules deve buscar, em seu âmago, sua essência moral envolta pelos princípios e valores constitucionais – por isso, considera-se que a discricionariedade deve ser mínima no decisor dworkiano, ao contrário do que definiam os positivistas.

Por meio do precedente *Everson V. Board of Education*¹⁹ Ronald Dworkin passa a elucidar sua tese de fundamentação. *In casu*, uma lei de Nova Jersey coordenou que os conselhos escolares reembolsassem os investimentos em transporte de ida e volta para as escolas – públicas ou particulares. Das instituições particulares que seriam favorecidas pela restituição, 96% eram católicas paroquiais. Tal contexto motivou Arch R. Everson – de Ewing Township – a ajuizar uma ação, suscitando que a lei violava a constituição do estado de Nova Jersey e a Primeira Emenda. Derrotado na Suprema Corte de Nova Jersey, mas irresignado, Everson apelou à SCOTUS – mantendo, em sua causa, apenas a violação da lei estadual a Primeira Emenda²⁰. A Suprema Corte formou uma maioria, conduzida pelo Juiz Hugo Black, em favor do Board of Education. O Juiz Black, redator da opinião majoritária, afirmou que o Estatuto não financiou as escolas paroquiais, nem as patrocinou de qualquer modo. O *fim último* da legislação era prover um auxílio aos pais, de todas as religiões, a levarem seus filhos à escola.

Destarte, em seu ver, esta é a forma que a arguição de Hercules deve desenvolver:

¹⁹ *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*. (n.d.). Oyez. Retrieved March 25, 2021, from <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/330us1>>.

²⁰ A Primeira Emenda tem duas previsões concernentes à religião: a *Free Exercise Clause* e a *Establishment Clause*. De acordo com o apelante, o Estatuto de Nova Jersey viola a *Establishment Clause*.

A Constituição estabelece um esquema político geral que é suficientemente justo para ser considerado como determinado por razões de *fairness*. Os cidadãos se beneficiam de viver em uma sociedade cujas instituições são organizadas e governadas de acordo com esse esquema, e eles devem assumir os encargos também, ao menos até que um novo esquema seja colocado em vigor, seja por meio de emendas discretas ou por uma revolução geral.²¹

À primeira vista, vislumbra-se uma constituição que assiste às duas partes. Neste momento entra a funcionalidade do Hercules, que profere um julgamento sem qualquer fundo utilitarista – pelo contrário: mesmo que sua decisão apele à uma matriz economicista, argumenta-se que ele se baseia em sua teoria de direitos individuais, e “*não na análise econômica, para justificar as decisões*”²².

Como este ensaio se debruça sobre a influência da interpretação constitucional na aprovação, *em proposta de ofício ou provocação*, de Súmulas Vinculantes com teor eminentemente penal pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário trazer à baila considerações sobre a interpretação de um juiz no Direito Processual Penal.

²¹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. United States of America: Harvard University Press, 1978. p. 109, tradução nossa: “*The Constitution sets out a general political scheme that is sufficiently just to be taken as settled for reasons of fairness. Citizens take the benefit of living in a society whose institutions are arranged and governed in accordance with that scheme, and they must take the burdens as well, at least until a new scheme is put into force either by discrete amendment or general revolution*”.

²² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 1978. p. 98, tradução nossa: “*Even if we concede that a judge’s theory of rights is determined by some instinctive sense of economic value, rather than the other way about, we may still argue that he relies on that theory, and not economic analysis, to justify decisions in hard cases*”.

Sob o olhar de Coutinho, o novo juiz pode até “*decidir da forma que quiser*”, por meio de sentenças balizadas em conceitos “*substancialmente vagos*”, como a segurança jurídica e a verdade, acompanhado da discricionariedade que lhe cabe. Tais conceitos, contudo, não devem ser tomados como “*perenes e intocáveis*”, pois, sumariamente, devem ser dilatados e reforçados, diante das “*necessidades reais da vida*” (COELHO, 1981, p. 318), e não podem agir como “*justificação descentrada*” (COUTINHO, 2001), o que segue em plena consonância com o que Claus Roxin defende ao propor um amplo aparato metodológico e hermenêutico que pudesse suprir as respostas *dogmaticamente erradas* (ROXIN, p. 247-248) dadas pelo legislador aos conflitos trazidos pelo contexto de Política Criminal. Como bem sintetizado por Eugênio Pacelli:

As inúmeras inconsistências legislativas nacionais, particularmente no âmbito das incriminações, podem e devem ser corrigidas por meio de uma interpretação sistematizante – quando se referirá ao próprio sistema, buscando nele a justificativa para a corrigenda – e também limitadora da punibilidade, já agora no campo de uma hermenêutica própria ao Estado de Direito, no marco de um modelo garantista de proteção das liberdades públicas (PACELLI, 2011).

Isto demandaria, portanto, uma interpretação sistematizante, que passará a envolver a hermenêutica quando limitar a punibilidade, sem que isto implique a dilatação de funções do aplicador. O espaço do legislador se mantém intacto, respeitado até mesmo nas situações que clamam por uma revisão ou mudança de entendimento, a fim de evitar um flagrante desvio legislativo da norma fundamental, balizadora do arbítrio interpretativo.

4 A LAVAGEM DE CAPITAIS

Não há uma fórmula que defina a lavagem de capitais: pode ocorrer no âmbito nacional ou transnacional; com atuação no mercado imobiliário, nos jogos de azar ou em empresas de boa reputação com gestão temerária. É chamada de lavagem de capitais por abranger uma gama de transações que não envolvem, necessariamente, dinheiro.

Em síntese, de acordo com Riley, a lavagem deve envolver três V's: Movimentar somas voluptuosas (volume), disfarçando os valores e explorando as vias privadas e protegidas (velocidade), fora das lentes angulares das forças de segurança (via) (RILEY, 2020). O segredo para manter a discrição nas operações com dinheiro ilícito reside, justamente, na transformação de dinheiro em *valor* (value). A superficialidade comanda estas transformações: o objetivo é dar a impressão de que os valores têm origem lícita. Portanto, a detecção da lavagem de valores – envolvendo imóveis, serviços, metais preciosos e até mesmo força de trabalho – é de alta complexidade.

Destarte, nos últimos 30 anos o combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado tomou um protagonismo inédito. Lamentavelmente, apesar das múltiplas frentes de combate, a Justiça, as forças de segurança e os observatórios internacionais digladiam com inimigos da economia popular e da administração pública cada vez mais fortalecidos com o inchaço de organizações criminosas transfronteiriças (quase *transnacionais*²³) e a mitigação de políticas de transparência (durante, por exemplo, a pandemia do Covid-19).

²³ A concepção de transnacionalização da criminalidade organizada sintoniza-se com os critérios propostos por Husek para a identificação de empresa transnacional: “as capazes de influenciar na economia de diversos países ou as sociedades comerciais cujo poder está disperso nas subsidiárias, ou, ainda, aquelas que atuam no estrangeiro por meio de subsidiárias ou filiais –, bem como se apontam

Com a tomada de medidas mais restritivas de quarentena e isolamento social ao longo dos anos de 2020 e 2021, diversas empresas viram suas receitas despencarem – em especial, as de atuação voltada ao setor de serviços, transformadas em ponto atrativo ao dinheiro ilícito. Assim, a criminalidade de colarinho branco²⁴ expande suas práticas às micro e pequenas empresas e a vigilância das autoridades não acompanhou essa expansão. Na Alemanha, o fenômeno foi liderado pela “*Clankriminalität*” (GOERTZ, 2020), o crime organizado por clãs familiares. Os membros destes clãs estão envolvidos, usualmente, com graves crimes violentos e violações à Lei de Drogas alemã (BTMG).

Dentro destes clãs, é dada vigência aos próprios códigos de ética, além da imposição de padrões sociais, o que viabiliza uma preservação da confiança de seus membros. No Brasil, esta função é exercida pelas milícias: aproveitando-se do *apartheid* social (ANJOS, 2002, p. 73) instalado nas grandes metrópoles, estruturam uma organização criminosa multifacetada (profissional, empresarial e estatal). Ou seja, a imensa variedade de esquemas que permitem a lavagem de dinheiro é o fato que torna tão complexo o rastreamento da ilicitude até o agente responsável pela lavagem.

características – grande empresa e enorme potencial financeiro ou administração internacionalizada, ou, ainda, unidade econômica e diversidade jurídica”. HUSEK, Carlos Alberto. Curso de Direito internacional público, p. 227. In ANJOS, Priscila Caneparo dos. Organizações Internacionais e Direitos Humanos – Uma análise dos Casos Brasileiros na Organização dos Estados Americanos. São Paulo: PUC-SP, 2011.

²⁴ A *White-collar criminality* foi abordada por Edwin H. Sutherland em 1940, em ensaio publicado na *American Sociological Review*, em que se explorou a violação de confiança delegada ou implícita, reduzida pelo autor a duas categorias: “*misrepresentation of asset values and duplicity in the manipulation of power*” – ou seja, fraude e o *double cross*. In SUTHERLAND, Edwin H. *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1 (Feb. 1940), p. 1-12.

5 A MODULAÇÃO DO DOLO NA LAVAGEM DE DINHEIRO E O DIREITO COMPARADO

No Direito Penal, o dolo e a culpa passam a integrar a tipicidade a partir das premissas do finalismo de Welzel (seguido de Maurach). Pode-se dizer que um longínquo caminho foi percorrido até que os elementos subjetivos alcançassem uma posição nuclear no primeiro braço da Teoria do Delito: no século XX, os juristas que participaram do anteprojeto da redação do Código Penal de 1940 acompanharam as novas posições europeias concernentes ao delito e reagiram a elas com inflexão e resistência, uma vez que as postulações welzelianas entravam em conflito imediato com o direito penal causalista brasileiro (fundado em Von Liszt)²⁵.

A partir de certas inconsistências na teoria que atribuía, ontologicamente, à ação uma definição de *agir finalisticamente orientado*, surgiu o funcionalismo. Neste passo, Claus Roxin segue Welzel ao posicionar o dolo como elemento subjetivo do tipo penal, o que fundamenta essencialmente a exposição de motivos a seguir.

Sabe-se que para além do Atlântico há um fascinante berço de dogmática jurídica. Logo, é importante lançar um olhar mais atento à estrutura jurídico-penal que sustenta a tipificação dos delitos. Mais à frente, os precedentes judiciais relacionados à lavagem de capitais serão abordados ponderando as perspectivas e práticas europeias no combate ao referido delito. Tal raciocínio será seguido por uma breve – porém essencial – exploração das formas com que a jurisprudência, a legislação e o exercício da hermenêutica se adequam ao contexto contemporâneo, nada obstante

²⁵ Prova disto é a ferrenha crítica do saudoso Min. Nelson Hungria, proferida enquanto estabelecia uma comparação entre o opúsculo de von Ihering e a teoria de Welzel: a primeira seria uma construção genial, enquanto a segunda seria uma “*emissão infecunda de exasperada dogmática*”. In HUNGRIA, Nelson. A teoria da Ação Finalística no Direito Penal. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1748297/Nelson_Hungria_1.pdf>.

de uma incursão nos elementos subjetivos do delito – envolvidos nas recentes discussões que permeiam o empirismo jurídico e acadêmico.

6 PRECEDENTES NO DIREITO COMPARADO

As previsões legais nos países membros da União Europeia concernentes à lavagem de dinheiro advêm de décadas de avanços em passos lentos e graduais do Parlamento Europeu, por meio da promulgação de Diretivas (dentre elas, citam-se: ED 91/308/EEC; ED 2001/97/EC; ED 2005/60/EC; ED 2015/849) que culminaram com o estabelecimento da *Geldwäschegesetz* de 23 de Junho de 2017 (Money Laundering Act, ou Lei de Lavagem de Dinheiro²⁶).

Posteriormente, a Diretiva 2018/1673 – relativa ao combate ao branqueamento de capitais pelo Direito Penal – assevera a importância de um combate unidirecional, com uma convergência de esforços internacionais que possibilitem a efetiva luta contra o branqueamento de capitais, reassegurando as posições construídas pelo Parlamento no texto da Diretiva 2017/1371 – sobre a fraude como uma ameaça aos interesses financeiros da União²⁷. As Diretivas do Parlamento Europeu se enquadram no que Accioly denomina de *cooperação jurídica internacional* (ACCIOLY, 2014, p. 134), uma vez que envolvem a articulação de autoridades

²⁶ BAFIN (Federal Financial Supervisory Authority). Law & Regulation (*Geldwäschegesetz – GwG*). Disponível em: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Aufsichtsrecht/Gesetz/GwG_en.html. Acesso em: Jun, 2021.

²⁷ Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug (ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29).

administrativas e jurisdicionais de múltiplas nacionalidades no alcance de um objetivo, sob a luz do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (do qual o Brasil se tornou signatário por meio do Decreto n. 592/1992). Citam-se as diretivas europeias sem embargo dos relevantíssimos avanços perpetrados no sistema financeiro nacional pelo regime *antilavagem* empreendido pelo Sistema de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (PCLD), responsável por incorporar os princípios erigidos por organismos internacionais aos mecanismos de *hard law*, a exemplo das Convenções de Viena, Palermo e Mérida²⁸.

A ponte entre as Diretivas do Parlamento Europeu ao PCLD é arquitetada, substancialmente, pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI)²⁹. Apesar de suas avaliações mútuas e recomendações consistirem em comandos *soft law*, o acompanhamento do progresso dos países membros estimula um combate mais incisivo à lavagem de dinheiro e outras atividades de alta periculosidade à incolumidade do sistema financeiro internacional.

Neste ângulo, o aspecto que mais interessa a este ensaio nas abordagens recentes do PE consiste na exigência de dolo – como bem estabelecido na Diretiva: *“Ziel dieser Richtlinie ist, Geldwäsche unter Strafe zu stellen, wenn sie vorsätzlich und mit dem Wissen begangen wird, dass die Vermögensgegenstände aus einer*

²⁸ Decretos nº. 154, de 26/06/1991, nº 5.015, de 12/03/2004 e nº 5.687, de 31/01/2006, respectivamente.

²⁹ Inclusive, a Diretiva 2018/1673 afirma que a *“ação da União deverá continuar a ter particularmente em conta as recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI)”*.

kriminellen Tätigkeit stammen”³⁰ – além da admissão da punição da mera tentativa da conduta criminosa de lavagem de capitais³¹.

Nota-se que os precedentes de tribunais superiores brasileiros se espelham nas recomendações supramencionadas do referido Parlamento, tendo em vista que o elemento subjetivo perfaz a lavagem de dinheiro: em acórdão de lavra da Min. Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça, enuncia-se que “*o crime de lavagem de dinheiro tipifica-se desde que o agente **saiba que o montante pecuniário auferido, por meio de dissimulação, é produto de crime antecedente***” (STJ - HC: 309949 DF 2014/0309753-9, Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 03/03/2015, Sexta Turma, publicado em 09/03/2015).

No Pretório Excelso, o sentido dos julgados seguiu o mesmo. Em 2018, em acórdão redigido pelo Min. Edson Fachin nos autos de Inquérito 4633 DF, foi disposto que “*embora a movimentação ou transferência de valores provenientes de delito anterior seja conduta equiparada ao delito de lavagem de dinheiro, nos termos do art. 1º, § 1º, II, da Lei n. 9.613/1998, a sua configuração **exige o dolo direto de afastá-los de sua origem***” (STF – Inq 4633 DF 0011822-04.2017.1.00.0000, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 08/05/2018, Segunda Turma). Ainda, o Ministro decidiu em mesmo sentido em 2020, na absolvição de denunciado na Ação Penal 0016469-08.2018.1.00.0000:

9. Verificada a autonomia entre o ato de recebimento de vantagem indevida oriunda do delito de corrupção passiva e a posterior ação para ocultar ou dissimular a sua origem, possível é a configuração do crime de lavagem de

³⁰ “A presente diretiva tem como objetivo criminalizar o branqueamento de capitais quando este é praticado intencionalmente e com conhecimento de que os bens provinham de uma atividade criminosa”. DIRETIVA (UE) 2018/1673 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de outubro de 2018. Jornal Oficial da União Europeia. p. 24. Tradução nossa.

³¹ A forma tentada do crime de Lavagem de Capitais é disposta no § 261, (3): “*Der Versuch ist strafbar*”.

capitais. O conjunto probatório revela que os denunciados providenciaram a remoção do dinheiro acumulado no apartamento de familiar para o imóvel que lhes foi emprestado e onde foi localizado pela autoridade policial, o que, isoladamente, configura, sem equivocidade, a ocultação da localização e da propriedade desses valores ilícitos, mormente porque também caracterizado o dolo de reinserção do capital espúrio no mercado financeiro como ativos legais. Ausência de provas do dolo por parte de um dos denunciados. Absolvição que se impõe (STF – AP 1030 DF 0016469-08.2018.1.00.0000, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 22/10/2019, Segunda Turma, publicado em 13/02/2020).

Na redação do acórdão, o Ministro ressaltou a independência das esferas do *iter criminis*, entre os delitos anteriores e a lavagem de capitais propriamente dita (*in casu*, afastou-se o delito de corrupção passiva), excetuando-se, por óbvio, a autolavagem³². O entendimento foi, então, reproduzido no Tribunal da Cidadania, em julgado proferido pelo Min. Nefi Cordeiro: “o crime de lavagem de dinheiro não exige que o réu seja autor do crime antecedente” (STJ – RHC 39.470/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014), posteriormente reafirmado em (i) Recurso ordinário em *Habeas Corpus* relatado pelo Min. Joel Ilan Paciornik (STJ – RHC: 111056/MG, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 01/10/2019, T5 - Quinta Turma, publicado em 08/10/2019) e em (ii) Agravo Regimental no Agravo em REsp 671.607/ES, relatado pelo Min. Jorge Mussi (STJ – AgRg no AREsp 671.607/ES, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, publicado em 18/10/2018).

³² A autolavagem ocorre, segundo a e. Des. Claudia Cristofani, quando os réus processados pelo crime antecedente são também os autores da purificação dos valores ilícitos. Ressalva-se, contudo, que a prática somente se configura perante arcabouço probatório capaz “de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente”. v.g. TRF-4 – ACR 50748319720154047100 RS, Rel. Des. Cláudia Cristina Cristofani, julgado em 10/11/2020; STF – AP 694, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, publicado em 31/8/2017.

A “*ciência inequívoca*” da proveniência ilícita dos valores branqueados ou do contexto de ilicitude em que se insere o agente é indispensável para a configuração da lavagem de dinheiro, uma vez que a mera utilização de valores sem o dolo de incorrer no tipo penal consistiria em descompasso com a imputação objetiva, que rege o ordenamento criminal brasileiro, como bem colocado pela Min. Rosa Weber, ao afirmar que não se placita condenação em que se presume a cognição da origem ilícita de valores *supostamente* lavados (STF – AP 694 MT - MATO GROSSO 9965667-40.2012.1.00.0000, Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 02/05/2017, Primeira Turma).

Assim, o Min. Sebastião Reis Junior bem definiu a autonomia entre o crime antecedente e o crime de lavagem dos capitais ilícitos, bastando ao agente que tenha “ciência da origem ilícita dos bens e concorra para sua ocultação ou dissimulação” (STJ - REsp: 1488028 SC 2014/0256258-1, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 06/10/2016, T6 - Sexta Turma, publicado em 25/10/2016), sendo este entendimento pacificado na Corte Cidadã, reafirmado no (i) Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 56610-BA, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, julgado em 07/12/2017 e no (ii) RHC 111056/MG, de relatoria do Min Joel Ilan Paciornik, julgado em 01/10/2019.

Para mais, como bem asseverado pela Des. Priscilla Placha Sá, fundamentada em precedentes recentes dos tribunais superiores, em julgado de 2020 – proferido no Tribunal de Justiça do Estado Paraná – a “*imputação do delito de lavagem de dinheiro pressupõe, assim, que o órgão acusatório indique de forma expressa as circunstâncias objetivas que fundamentam a configuração dos componentes do elemento subjetivo da conduta*”, sendo imprescindível a exposição, pelo órgão acusatório, de arcabouço probante que indique a plena ciência, por parte do agente acusado, no tocante à origem ilícita dos capitais e à conduta direcionada imediatamente ao “*encobrimento de tal origem espúria*” (TJ-PR – HC 0033752-

44.2020.8.16.0000 PR (Acórdão), Relatora Desembargadora Priscilla Placha Sá, julgado em 09/10/2020, 2ª Câmara Criminal, publicado em 13/10/2020).

Presumir a ciência do agente quanto à ilicitude dos valores supostamente lavados seria uma *contraditio in adjecto*, além de seguir manifestamente na contramão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³³ e do Supremo Tribunal Federal³⁴. Portanto, **inexiste crime de lavagem culposo**.

Nesta lógica, exigir plena ciência de que o dinheiro foi, uma vez, contaminado com atividade criminosa antecedente consiste na posição interpretativa mais correta, ao passo que incumbe ao acusador um incontestável fardo probatório. Sem o amparo de evidências forenses, como interceptações telefônicas, quebra de sigilo de dados ou correspondência, o órgão acusatório pode encontrar dificuldades para superar o estado de inocência do investigado.

Em paralelo, cumpre pontuar que incide sobre a lavagem de capitais inteligência da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, que ostenta a seguinte dicção: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º incisos I a IV da lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

Lado outro, a despeito da independência entre a lavagem de dinheiro e o delito antecedente, assaz sintomático pontuar que na instauração de persecução penal fulcrada na Lei 9613/1998 por fortes alicerces do *opinio delicti* acusatório, não subsiste a instrução deflagrada sobre lavagem de valores oriundos de *suposta* sonegação

³³ Como bem aduz o Min. Reynaldo Soares da Fonseca: “a presunção de que o agente tenha ciência da origem ilícita do objeto não subsume a conduta à norma penal do artigo 1º, §4º da Lei 9613/98”. In STJ – REsp: 1786914/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, publicado em DJ 28/05/2020.

³⁴ Em julgamento da AP 470 o Plenário do Pretório Excelso decidiu pela absolvição de João Paulo Cunha, definindo que: “a condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores”. In AP 470 Ei-sextos, Relator: Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, publicado em 21/08/2014.

fiscal, não efetivada pelo lançamento definitivo do tributo. Conforme dispõe o art. 2º, § 1º do r. diploma legal, instauração de ação penal pela prática de lavagem de dinheiro deve ser conduzida e alicerçada em suficientes indícios da efetiva existência da infração penal antecedente. *In casu*, impossível a persecução, porquanto “*sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo*” (STJ - RHC 73599 SC 2016/0191748-2, Relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em: 13/09/2016, T6 - SEXTA TURMA, publicado em 20/09/2016), como brilhantemente colocado pelo Min. Nefi Cordeiro. O caráter vinculante acaba, portanto, tornando o lançamento do tributo sonegado no crime antecedente que deu origem aos valores ilícitos *conditio sine qua non* para a persecução de indivíduo cujas condutas se amoldam na prática de Lavagem de Dinheiro, vez que, se não há crime antecedente, como poderia haver indícios de crime antecedente para dar vez a caracterização da ilicitude da conduta?³⁵ Portanto, a persecução penal que imputa ao agente lavagem de dinheiro, ilícito por crime tributário antecedente ainda não materializado – sem a constituição definitiva e regular do crédito tributário –, consiste na imposição, ao réu, de um constrangimento ilegal, que deve ser atacado por meio da via estreita do *Habeas Corpus*. Na discussão da autonomia do crime de lavagem, a despeito dos imperiosos indícios do crime antecedente, cumpre salientar que a extinção da punibilidade ou a inimputabilidade do agente comissivo não impedem a persecução pela sucedânea conduta.

Da mesma forma se encontra delimitado o crime insculpido na seção 261 do StGB pelo *Bundesgerichtshof*, que postula a exigência de crime antecedente à prática de branqueamento de capitais para devida tipicidade da conduta. A posição foi

³⁵ Na lógica do julgado relatado pelo Ministro: HC 243889 DF 2012/0109202-3, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/05/2013, Sexta Turma, publicado em 11/06/2013.

defendida pelo Tribunal Federal em julgado proferido em 15 de agosto de 2018 (BGH 5 StR 100/18):

1. Für die Feststellungen zur Vortat der Geldwäsche (§ 261 StGB) reicht es aus, wenn sich aus den festgestellten Umständen jedenfalls in groben Zügen bei rechtlich zutreffender Bewertung eine Katalogtat nach § 261 Abs. 1 StGB als Vortat ergibt. Es muss nur ohne vernünftigen Zweifel ausgeschlossen werden können, dass der Gegenstand legal erlangt wurde oder dass er aus einer Nichtkatalogtat stammt.³⁶

Ao colocar que a conduta não se amolda ao tipo quando *“Gegenstand legal erlangt wurde oder dass er aus einer Nichtkatalogtat stammt”*, o Tribunal observa o delito sob o mesmo ângulo do hermeneuta brasileiro, quando estipula a atipicidade da conduta ante a inexistência de crime antecedente (ou indícios do *suposto* crime). Na Seção 261, parágrafo primeiro, do StGB, a lavagem de dinheiro se tipifica tão somente se o agente ostenta plena cognição da origem ilícita dos valores: *“verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er dessen Herkunft zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat”*.

Entretanto, ao contrário do Código Penal brasileiro, o StGB admite a depuração de capitais ilícitos *culposa*, ao dispor no parágrafo quinto da seção 261 que *“leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen Gegenstand nach Absatz 1 handelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft”*. Esta seria, portanto, a punição da conhecida *Lavagem de Dinheiro frívola* (VOGEL, 2020, p. 280), um meio de criminalizar a prática da *willful blindness* (ou cegueira deliberada).

³⁶ “1. Para as determinações do crime antecedente de lavagem de dinheiro (§ 261 StGB), é suficiente se as circunstâncias determinadas, pelo menos em linhas gerais, com uma avaliação juridicamente correta, resultem em um crime de catálogo de acordo com § 261 (1) StGB como uma ofensa subjacente. **Só deve ser possível excluir, sem dúvida razoável, quando o objeto foi obtido legalmente ou que se origina de um ato não tipificado**”. BGH 5 StR 100/18 - Urteil vom 15. August 2018 (LG Hamburg). Rechtsprechung. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/18/5-100-18.php>.

Sinteticamente, seria a punição à conduta de *depurar ilicitudes de valores provenientes de crime antecedente com culpa consciente*³⁷. Além da Alemanha, o Reino Unido se posiciona da mesma maneira (R v G & R (2003) UKHL 50)³⁸.

O empirismo acadêmico alemão, por outro lado, tem vislumbrado a admissão de tipicidade do crime de “*Geldwäsche*” mesmo sem a comprovação da ciência inequívoca do agente sobre a ilicitude dos valores, uma vez que o descuido pressupõe uma mitigação indevida da política de transparência de empresas, o que indicaria, de pronto, uma gestão temerária. Vogel e Rigoni afirmam que “*sollten besonders gravierende Verletzungen der durch das Geldwäschegesetz geschaffenen Transparenzpflichten auch dann strafbar sein, wenn eine kriminelle Herkunft von Vermögen nicht nachweisbar ist*”(VOGEL, 2020). Admitir a punição por um crime que exige a ilicitude dos valores mesmo que a origem criminosa da propriedade não possa ser comprovada pode ser vista como medida que auxiliaria a justiça criminal no combate ao crime organizado. Tal movimentação doutrinária não deve prosperar no Brasil, porquanto a incapacidade do Estado de rastrear a origem ilícita dos valores envolvidos em esquemas de *money laundering* não deve se traduzir em reformas legislativas que desincumbem o órgão acusatório de seu ônus probatório.

Não obstante das considerações do Direito Comparado, depreende-se que o *tour de force* jurisprudencial confronta a doutrina minoritária brasileira que postula a admissão do dolo eventual, pela nova Lei de Lavagem de Dinheiro de 2012. O dolo eventual teria sido admitido por dois motivos: (i) na EM 692/MJ/1996 teria sido expressamente admitido o dolo eventual; (ii) houve a extração, do núcleo do tipo

³⁷ Falar em culpa inconsciente (*negligence*) implica na menção a uma conduta desarrazoada que gera risco. Falar em culpa consciente (*gross negligence*) implica no mais alto grau de negligência, que merece a punição criminal.

³⁸ R v G & R (2003) UKHL 50.

penal, da expressão “*que sabe*”, o que indicaria uma extensão da “*tipicidade àquele que suspeita da proveniência infracional*” (ROMANO, 2015).

Como bem pontuam Badaró e Bottini, não é possível acolher uma percepção de dolo eventual não expressa na lei, como é feito nos crimes dos artigos 130, 180, §1º e 316, §1º, todos do Código Penal, por meio da expressão “devendo saber”³⁹. As considerações doutrinárias não suprem a omissão do legislador, uma vez que a ausência da “*menção expressa ao dolo eventual aponta para a impropriedade desta modalidade*”. Seguem pontuando que “*aceitar o dolo eventual na lavagem de dinheiro não parece adequado do ponto de vista sistemático*” (BADARÓ, 2016).

A jurisprudência supramencionada, colacionada com a doutrina (maior representação do empirismo acadêmico), basta para que se entenda quão oportuna é a discussão sobre a arquitetura desenhada pela Justiça Criminal do delito de lavagem de capitais às margens deste ensaio, em especial no que tange ao dolo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dia após dia, o Brasil percebe que o positivismo jurídico (como concebido no Século XIX), sistema fechado com a lei em prejuízo da moral, acaba se desmantelando em discricionariedades abusivas que aos poucos é transformada em algo maior: um mar de arbitrariedades. A resposta oferecida pelo constitucionalismo contemporâneo é o antipositivismo – representado, neste trabalho, pelo saudoso Professor Ronald Dworkin.

Por meio da colocação de casos concretos, das Súmulas Vinculantes, do estudo conduzido por *Robert Ellickson* da *Yale Law School*, alicerçada, fundamentalmente, nas colocações coligidas de Deleuze, Posner e Ulen, constata-se

³⁹ De acordo com E. Magalhães Noronha, “*dever saber*” sintetiza a culpa em *sentido estrito*.

que os tribunais brasileiros estão repletos de experimentalismo – ao passo que a estatística permanece se esgueirando no longo caminho ao *spotlight* da hermenêutica, limitando-se a ocupar uma posição de destaque, por ora, na esfera acadêmica.

O experimentalismo é evidenciado, primordialmente, pelo art. 103-A da Constituição da República. Ao instituir as Súmulas Vinculantes, coloca um instrumento que vincula, às suas disposições, todos os órgãos da justiça da administração pública a precedentes judiciais. De igual forma, outras Súmulas também representam a relevância do método indutivo, norteando importantes movimentações judiciais e administrativas na nação. Ademais, exerce efeitos, por meio das Súmulas Vinculantes em matéria penal, no ordenamento criminal, sem qualquer ameaça ou dano ao princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*.

Coleta-se o exemplo da lavagem de dinheiro (em método indutivo): os precedentes das Cortes Superiores têm conduzido a jurisprudência em direção congruente às novas diretivas do Parlamento Europeu e do Tribunal Federal Alemão, estando comprovado o poder vinculante imanente da S.V. 24 em orientações de pronunciamentos judiciais concernentes à Lei de Lavagem de Dinheiro. Torna-se, de pronto, incontestável a forma com que a hermenêutica *formula para ser formulada*: partindo do empirismo jurídico, sumulam-se entendimentos dotados de repercussão geral e caráter repetitivo que passarão a vincular novas interpretações, operando cirurgicamente uma convergência decisória envolta por uma teia aracnídea de precedentes que garantem a plena segurança jurídica no ordenamento.

Em 1940, o Ministro Nelson Hungria afirmou que “o direito penal é escrito um pouco no dorso das areias”. Partilho de sua brilhante percepção, complementando que o direito penal é escrito nas areias de dunas no deserto jurídico. Os ventos da fenomenologia antropológica e social europeia, *nunc et semper*, movimentam as dunas do ordenamento brasileiro. Mas como toda brisa tem sua maneira única de se movimentar, as dunas brasileiras delineiam suas próprias silhuetas perante a

insaciável manifestação hermenêutica – sob os critérios de Dworkin a fim de que a prestação jurisdicional culmine em uma *right answer* ao litígio suscitado e, ao menos, providencie às partes uma solução judicial *justa*.

Em breves considerações, também se constata que o papel dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido em consonância com o papel outorgado ao Hercules por Dworkin: um verdadeiro intérprete dos valores constitucionais, guardião de uma teoria de direitos, do Estado Democrático de Direito. Representam, em última instância e análise, o hermeneuta no ápice de seu exercício interpretativo.

Conclui-se, portanto, diante das considerações empreendidas por este artigo e da evolução sóciofilosófica que permeou o constitucionalismo nas últimas décadas, que o seguinte cenário se apresenta: o decisor (hermeneuta), como um pequeno homem, é colocado à força pelo empirismo jurídico sobre os ombros dos precedentes – quando não fundamentados na lei, ao menos o são em princípios e valores morais, balizas do Civil Law –, responsáveis por elevá-lo como um gigante, por meio de sua imensa carga experimental, a uma posição muito superior, presenteando-o com uma perspectiva mais abrangente, ampla e segura da resolução dos casos concretos (*nanos gigantum humeris insidentes*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Maria Francisca dos Santos. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 134.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Randy, 2001. p. 17.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Randy, 2001. p. 17.

ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do Crime Organizado*. Florianópolis: IBRADD, 2002. p. 73.

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. II-II(a), q. 61, arts. 1º e 3º. p. 51-513.

ARENDT, H. *The Human Condition*. Chicago: Chicago University Press, 1959;
HABERMAS, J. "Neues Vorwort". *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990; AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. *Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina*. Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – vol.47 no.4 Rio de Janeiro, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p.26-28.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012* / Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 23.

BARWICK, Garfield. *Judiciary Law: Some Observations Thereon, Current Legal Problems*. Volume 33, Issue 1, 1980. p.239– p.253.

BIGNOTTO, Newton; AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa. *Dimensões políticas da justiça* / Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães e Heloísa Starling. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 37-45.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Ed. Di Comunita, 1984. p. 105-106.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In *Rivista di diritto processuale*, 1950. p. 25.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2001

DAL RI JÚNIOR, Arno. “*Humanismo Latino e Cultura Jurídica*”. In PAVIANI, Jayme; DAL RI JÚNIOR, Arno (Org.). *Globalização e Humanismo Latino*. Porto Alegre: EDIPUC/RS – Cassamarca, 2000. p. 133-134.

DEBORD, Guy. *Sociedade do espetáculo*. 3. ed., 1992. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/socespetaculo.pdf>>. Acesso em: 23 mar 2021.

DELEUZE, Gilles. *Empirismo e subjetividade: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume*. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 75.

DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the American constitution*, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. United States of America: Harvard University Press, 1978. p. 109.

ELLICKSON, Robert C. *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, Jan, 2000. p. 517-543. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.1086/468084>. Acesso em: Mar, 2021. (v.g.: SCHUCK, Peter H. “Why Don’t Law Professors Do More Empirical Research?” *Journal of Legal Education*, vol. 39, no. 3, 1989, pp. 323–336. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/42893080> Acesso em: Mar. 2021).

FUX, Luiz. *Processo civil e análise econômica* / Luiz Fux, Bruno Bodart. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GOERTZ, Stefan. Clankriminalität: *Organisierte Kriminalität als Bedrohung für die Innere Sicherheit*. Die Kriminalpolizei: Zeitschrift der Gewerkschaft der Polizei. Juni, 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal*. Palestra proferida no 15º Seminário Internacional do IBCCrim, em 25.08.09.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneos*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 65.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1979. p. 466-469.

MELO, Rúion, org. *A Teoria Crítica de Axel Honneth: Reconhecimento, Liberdade e Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *A Força Vinculante do Precedente Judicial: Situação Atual no Sistema Brasileiro*. Palestra proferida no primeiro grupo de intercâmbio formado entre magistrados brasileiros e norte-americanos, junto à Escola de Direito da Universidade de Baltimore, MD. (29 de junho a 3 de julho de 1998).

PACELLI, Eugênio. Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação. In *Direito penal contemporâneo* / Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Serie IDP).

POSNER, Richard A. *Pragmatic adjudication*. Cardozo Law Review, 18:1, 5, 1995.

R v G & R (2003) UKHL 50.

RILEY, Richard. Follow the Money: Embezzlement. Forensics Colleges: Jun, 2020.

RODRÍGUEZ, Cezar. *La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo Del Hombre, 1997, p. 32-33.

ROMANO, Rogério Tadeu. *O crime de lavagem de dinheiro e o dolo eventual*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4223, 23 jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35626>>. Acesso em: 14 maio 2021>.

RTJ 37/159. In: DOTTI, René. *Curso de Direito Penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 256 – p. 257 (v.g.: DOTTI, René. Artigos do prof. René Dotti publicados semanalmente no breviário forense (jornal o estado do paraná). Curitiba: O Estado do Paraná, caderno “Direito e Justiça”, 2007. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/sumula-vinculante-e-seguranca-juridica-ii/>>.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Veit & comp: Berlim, 1840. p.XXXVI e segs.; Vom Beruf unserer Zeit for Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

STOBBE, Emanuel Lanzini. TREVISAN, Leonardo Simchen. Immanuel Kant’s concept of law: radical positivism or super-inclusive non-positivism? Griot: Revista de Filosofia, vol. 17, núm. 1, 2018.

STRAUSS, David A. *Common Law constitutional interpretation*. University of Chicago Law Review, 63.877, 1997.

ULEN, Thomas. *A nobel prize in legal science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law*. Illinois: UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW, 2003. Vol. 2002, p. 876

VOGEL, Benjamin. MAILLART, Jean-Baptiste. *National and International Anti-Money Laundering Law*. United Kingdom: Cambridge, 2020. p. 280.

_____. RIGONI, Clara. *Neue Ideen für den Kampf gegen Geldwäsche*. Ehemals Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (MPICC). Sept, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil I* Antonio Carlos Wolkmer. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 107.

**REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO
SOCIOAFETIVA EM DIFERENTES MOMENTOS DO PROCESSO
SUCESSÓRIO**

*REFLECTIONS OF THE RECOGNITION OF SOCIO-AFFECTIVE
AFFILIATION AT DIFFERENT MOMENTS OF THE SUCCESSION
PROCESS*

Ludmilla Ludwig Aires Valenga KRINDGES¹

Sérgio Ney Cuéllar TRAMUJAS²

Amanda Sawaya NOVAK³

RESUMO

O presente trabalho aborda um tema extremamente relevante para o direito atual, qual seja, o vínculo paterno-filial pautado em relações afetivas. Após a apresentação de um panorama geral do objeto de estudo, a pesquisa volta-se para algumas

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA; Pós-graduada em Direito Societário e Novos Negócios pela FAE; Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná-UNIOESTE. E-mail: ludmillavalenga@hotmail.com.

² Advogado, pós graduação em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba, pós graduação em Direito Empresarial pela PUC/PR, Professor da Pós-graduação da Fae em planejamento sucessório. E-mail: sergiotramujas@gmail.com.

³ Mestre em Organizações e Desenvolvimento pela FAE Centro Universitário. E-mail: amanda.novak@fae.edu.

especificidades do campo do direito sucessório. Isto se justifica, considerando que o ponto central cinge na exploração dos reflexos do reconhecimento de tal modalidade de filiação em diferentes momentos da sucessão. Ademais, um aspecto importante da pesquisa é a abordagem de tais reflexos diante da perspectiva dos demais herdeiros envolvidos em casos nos quais se reconhece a maternidade ou a paternidade socioafetiva. Com tal investigação serão demonstradas as principais consequências do reconhecimento desta filiação durante o processo de sucessão. Destaca-se ainda que a depender de que fase encontra-se a referida sucessão, os reflexos e medidas a serem adotadas diferenciam-se, sendo necessária a análise dos casos concretos. Para tanto será utilizado o método dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação Socioafetiva. Reconhecimento. Sucessão. Herdeiros.

ABSTRACT

This work addresses an extremely relevant topic for current law, namely, the father-child bond based on affective relationships. After presenting an overview of the object of study, the research turns to some specifics in the field of inheritance law. This is justified considering that the main point is the exploration of the reflexes of the recognition of this kind of affiliation in different moments of the succession. Furthermore, an important aspect of the research is the approach of such reflexes from the perspective of other heirs involved in cases which socio-affective maternity or paternity is recognized. With this investigation, the main consequences of the recognition of this affiliation during the succession process will be demonstrated. It is also noteworthy that depending on what stage the referred succession is in, the reflexes and measures to be adopted differ, requiring the analysis of specific cases. The deductive method will be used, combined with bibliographical, legislative and jurisprudential research.

KEYWORDS: Socio-affective affiliation. Recognition. Succession. Heirs.

1 INTRODUÇÃO

A filiação socioafetiva vem alcançando reconhecimento nos mais diversos âmbitos sociais e do direito. Dentre tais esferas encontra-se o direito sucessório, que acaba sendo diretamente impactado nos casos em que a filiação socioafetiva se faz presente. Isto porque, com o reconhecimento de tal modalidade de filiação há uma adição nos componentes da linha sucessória. Nesta seara, deve-se ter em mente que diante do princípio da igualdade, consagrado constitucionalmente (artigo 226, §6º CF), todos os filhos serão tratados da mesma maneira. Ou seja, a partir da interpretação do dispositivo supramencionado, os filhos reconhecidos por meio do princípio da afetividade possuem os mesmos direitos (inclusive, sucessórios) que os demais.

Entretanto, o que se busca explorar na presente pesquisa é um aspecto inerente a filiação socioafetiva que afeta não apenas o filho reconhecido mas também os outros herdeiros. Isto porque entende-se que o momento em que se concretiza o reconhecimento afeta diretamente o processo sucessório. Explica-se: se o reconhecimento do filho socioafetivo ocorre antes do falecimento daquele que o reconheceu (pai ou mãe), não há maiores questionamentos, considerando a supramencionada igualdade entre os filhos. Entretanto, quando o reconhecimento se dá após a morte do pai ou da mãe, seja no curso do processo do inventário ou até mesmo em momento posterior à este, devem ser considerados os reflexos deste reconhecimento ao processo sucessório, bem como as medidas necessárias para a preservação dos direitos de cada herdeiro.

Assim, o trabalho busca, de maneira geral, elucidar os panoramas acima descritos de uma forma em que se explore não apenas a necessidade de suspensão ou até mesmo anulação do processo de inventário em razão do reconhecimento da

paternidade/maternidade socioafetiva, mas também as consequências de tais atos para aqueles que compõem a linha sucessória. Neste âmbito, têm-se como objetivos específicos: demonstrar o panorama social e jurídico no qual a filiação socioafetiva encontra-se inserida; analisar a importância da igualdade dos filhos, especialmente no que tange ao direito sucessório; investigar a respeito de algumas hipóteses envolvendo o reconhecimento da filiação socioafetiva em diferentes momentos do processo sucessório e por fim, examinar os reflexos de tais circunstâncias para os herdeiros envolvidos.

A temática mostra-se relevante uma vez que, em que pese a filiação socioafetiva seja permeada de nuances que podem ser debatidas, o momento de seu reconhecimento e os reflexos de tal ato aos envolvidos no processo sucessório, é uma questão expressiva não apenas para o âmbito do direito de família e sucessório, mas também para o direito civil como um todo. As relações sociais, e consequentemente as jurídicas, vem alterando-se de maneira considerável. Assim, abordar questões pontuais envolvendo esta modalidade de filiação, demonstra uma reflexão específica acerca de tais mudanças que permeiam nossa sociedade.

2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: CONTEXTUALIZAÇÃO E EFEITOS ACARRETADOS PELO RECONHECIMENTO EM DIFERENTES MOMENTOS DO PROCESSO SUCESSÓRIO

Diante das inúmeras transformações que ocorreram e ocorrem em nossa sociedade, é visível a mudança de perspectiva sobre os mais diversos aspectos. Dentre tais panoramas, pode-se mencionar os vínculos filiais, mais precisamente, aqueles que não possuem sua origem em lastros biológicos ou eminentemente registrais, e sim na afetividade. Nesta seara, há que se pontuar que “*Mesmo sem*

regulação expressa, a sociedade adotou o vínculo afetivo como relevante no trato relativo aos relacionamentos familiares.” (CALDERÓN, 2017, p.6).

Segundo Rolf Madaleno (2021, p.103) os vínculos consanguíneos não se sobrepõem sobre os que são pautados no afeto, sendo possível, inclusive que esses prevaleçam sobre aqueles. Um exemplo claro da possível concomitância entre tais vínculos pôde ser vislumbrada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário 898.060, tema 622, que originou a seguinte tese: *“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”*. Ou seja, se anteriormente apenas relações pautadas no caráter genético ou na adoção eram consideradas válidas, com o reconhecimento da chamado posse de estado de filho esta situação se alterou, sendo aplicável inclusive para casos específicos, como a supramencionada multiparentalidade.

Nesta seara, importa pontuar que existem três critérios para a configuração da chamada posse de estado de filho, sendo eles: o tratamento, a fama e o nome (TARTUCE, 2020, p.505). Presentes tais pressupostos, pode ser reconhecida a filiação socioafetiva. Este é o entendimento grafado no enunciado de número 519 do Conselho da Justiça Federal, que assim expressa: *“O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.”* (CJF, 2011). E é este reconhecimento que busca-se abordar a partir da ótica de diferentes contextos.

Antes de adentrar-se nestes variados contextos, é salutar mencionar que o reconhecimento da filiação socioafetiva pode ocorrer tanto pela via judicial, quanto por procedimento extrajudicial. Pela via judicial, o/os interessado/s devem ajuizar uma específica para tanto, seguindo as normas previstas no Código de Processo Civil

(2015), inclusive no que tange ao ônus probatório esculpido no artigo 373, comprovando os fatos constitutivos do seu direito (CPC, 2015).

Por outro lado, no que tange ao reconhecimento socioafetivo no âmbito extrajudicial, devem ser observadas as disposições esculpidas no Provimento nº 63/2017, de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, e que sofreu algumas alterações com a publicação do Provimento de nº 83, no ano de 2019 (CNJ, 2019).

Assim, já se pode vislumbrar que o reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva acarreta inúmeros reflexos, como pode ser o caso de afetação da cadeia sucessória, uma vez que o filho socioafetivo passará a compor a totalidade de herdeiros dos pais que o reconheceram.

2.1 Igualdade de direitos no âmbito sucessório e o reconhecimento em momento anterior ao falecimento dos ascendentes socioafetivos.

Conforme mencionado anteriormente, a Carta Magna de nosso ordenamento jurídico traz, no escopo do art.227, em seu §6º, a igualdade que deve ser atribuída aos filhos, expondo que: *“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”* (BRASIL, 1988). No que tange à tal igualdade, valiosas são as lições de Sílvio de Salvo Venosa:

A chamada *família ou paternidade socioafetiva* ganha corpo no seio de nossa sociedade, fartamente albergada pelos tribunais, com respaldo doutrinário. Lembre-se do art. 1.593 citado quando do nosso estudo de parentesco, que se refere precipuamente a *outra origem* na filiação. A família passa a ter um conteúdo marcadamente ético e cooperativo e não mais econômico, resquício este da velha família romana e, nesse contexto, não há espaço para qualquer discriminação. Sob tal prisma, a Constituição brasileira vigente coroou tendência universal. Não se discriminam os filhos em razão de sua origem,

aspecto que a sociedade, há muito, não sem alguma resistência, já se encarregara de observar.(VENOSA,2021 p.226).

Desta forma, conclui-se que não seria outro o entendimento na perspectiva sucessória. Ou seja, quando o reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva é formalizado antes que este pai ou mãe venha a falecer, não há maiores discussões quanto à sucessão: todos os filhos terão os mesmos direitos, inclusive o socioafetivo.

Nesta seara, importante lembrar que a ordem de vocação hereditária é estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002). Assim, considerando a igualdade ora ressaltada e o disposto no inciso I, do supramencionado artigo, os filhos, na condição de descendentes, independentemente da origem de sua filiação, figuram na primeira posição da ordem estabelecida para o processo sucessório.

2.2 O reconhecimento da filiação socioafetiva durante o processo sucessório e os efeitos de tal ato para os diversos herdeiros.

Conforme abordado, se este reconhecimento ocorre antes da abertura do procedimento sucessório não há maiores questionamentos, considerando a condição de herdeiros já reconhecida e inerente aos filhos.

Entretanto, o que vai se explorar neste tópico da pesquisa, são os efeitos do reconhecimento formalizado no curso do processo sucessório. Isto porque, a depender do momento em que se obtém este reconhecimento, no âmbito *post-mortem*, pode ser necessária a adoção de algumas medidas, no que tange à herança a ser partilhada entre os herdeiros.

Inicialmente, compete mencionar que existem duas perspectivas a serem analisadas nestes casos: àquela referente ao filho socioafetivo que busca este reconhecimento, e outra conexa aos demais herdeiros, que terão suas proporcionalidades da herança afetadas caso ocorra a formalização do vínculo filial.

Da leitura do artigo 628, §2º do Código de Processo Civil (2015), extrai-se a possibilidade de reserva do quinhão do herdeiro que encontra-se excluído, até que haja uma solução da lide:

Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.

§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.

§ 2º Se para solução da questão for necessária a produção de provas que não a documental, o juiz remeterá o requerente às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio. (BRASIL, 2015).

Entretanto, muitas vezes, apenas esta reserva não se revela suficiente, considerando as complexidades de cada causa envolvendo a ordem de vocação hereditária. Deve ser destacado que existem situações em que o filho que pleiteia o reconhecimento socioafetivo pode vir a concorrer com herdeiros que estejam em outras posições sucessórias, conforme a ordem estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, como por exemplo, ascendentes e colaterais. Desta sorte, este filho/a, viria a ter preferência em termos sucessórios.

Assim, entende-se que dentre as medidas que podem ser adotadas nestes casos encontra-se a suspensão do inventário, disciplinada pelo art. 313, V, a, do Código de Processo Civil, da seguinte maneira:

Art. 313. Suspende-se o processo:

(...)

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente; (...) (BRASIL, 2015).

Este foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em demanda na qual o reconhecimento daquele que aduzia ser filho socioafetivo iria alterar de maneira significativa a conclusão do inventário, em especial seu aspecto patrimonial, considerando que este filho seria o único herdeiro do falecido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO SUCESSÓRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO/PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM - RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA - VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO MORAL OU PATRIMONIAL - ASSEGURAÇÃO DOS DIREITOS HEREDITÁRIOS DECORRENTES DA EVENTUAL COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO - REGRA GERAL: RESERVA DO QUINHÃO HEREDITÁRIO - EXCEÇÃO: MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL NA FORMA DE PARTILHA DE BENS - RESPEITO À ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.

- De acordo com a legislação civil, a filiação socioafetiva constitui uma das modalidades de parentesco civil (artigo 1.583, do CC/02), sendo vedado qualquer tipo discriminação decorrente desta relação (artigo 1.582, do CC/02), sejam eles de caráter moral ou patrimonial.

- Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a paternidade engloba diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação (REsp 1618230/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017).

- **Em regra, a determinação de reserva de quinhão se mostra medida suficientemente apta a resguardar os interesses dos pretensos herdeiros até a resolução definitiva da ação na qual se discute o reconhecimento do estado de filiação (§2º, do artigo 628, do CPC/15).**

- Nas hipóteses em que, excepcionalmente, o reconhecimento da filiação socioafetiva implicar, por força da ordem de vocação hereditária (artigo 1.829, do CC/02), substancial modificação na forma da partilha dos bens, é recomendada a suspensão do inventário em curso (alínea "a", do inciso V, do artigo 313, do CPC/15).

- No caso, com o eventual acolhimento da pretensão deduzida pelo pretenso filho socioafetivo, a ordem de vocação hereditária será substancialmente alterada, irradiando efeitos sobre o desfecho patrimonial do inventário, já que o autor da herança o teria como único herdeiro (inciso I, do artigo 1.829, do CC/02), o que autoriza a suspensão do processo de inventário. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.339648-9/001, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/04/2018, publicação da súmula em 13/04/2018 - destacado)

Ainda sobre casos em que há a suspensão do inventário, note-se que esta também pode ocorrer pautando-se na necessidade de maior dilação probatória para a comprovação da filiação, sendo desta forma afetado (leia-se: suspenso) o processo de inventário:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – ALEGAÇÃO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PARA ADMISSÃO NO INVENTARIO – NÃO COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POR PROVA DOCUMENTAL – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – REMESSA ÀS VIAS ORDINÁRIAS – SUSPENSÃO DO INVENTÁRIO – CABIMENTO – PREJUDICIALIDADE EXTERNA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E ADOÇÃO POST MORTEM – REMOÇÃO DA INVENTARIANTE – QUESTÃO QUE DEMANDA INCIDENTE PROCESSUAL – PROCEDIMENTO LEGAL QUE DEVE SER

RESPEITADO – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. Discute-se no presente recurso: a) a suposta qualidade de herdeira da agravante, a justificar sua habilitação na Ação de Inventário de origem; b) a eventual prejudicialidade externa de Ação Declaratória de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva e Adoção Post Mortem, a ensejar a suspensão da Ação de Inventário e, c) o suposto cabimento da remoção da inventariante do respectivo cargo.

2. Sobre a cognição judicial no âmbito da Ação de Inventário, ressalta-se o art. 612 do CPC, o qual prevê que, em tal procedimento, "o juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas".

3. Além disso, prevê o art. 628, § 2º, do CPC, que deve ser remetida às vias ordinárias a pretensão de admissão no inventário que dependa de dilação probatória, e, nesse caso, o julgador deverá "mandar reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio".

4. Na espécie, à míngua de documento contundente (prova préconstituída) acerca da alegada adoção socioafetiva, não pode a discussão ser instaurada nos autos de origem (Ação de Inventário), devendo, por isso, ser remetida às vias ordinárias. Recurso não provido neste ponto. 5. No caso dos autos, ainda, a questão acerca da filiação socioafetiva alegada pela agravante possui uma particularidade: se a ação Ação Declaratória de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva e Adoção Post Mortem, já em tramitação, for julgada procedente, e, por conseguinte, for admitido o ingresso da recorrente no Inventário, então, aparentemente, terá ela direito à integralidade da herança deixada pelo de cujus Getúlio Pando Alvares, já que, pelo que consta dos autos, nesse contexto, aquela seria a única descendente do falecido – e, portanto, única herdeira, nos termos do art. 1.829 do CC. 6. Portanto, para a "reserva" do quinhão da agravante, em atendimento ao mencionado art. 628, § 2º, do CPC, haveria de ser resguardada a integralidade da herança, o que, a bem verdade, corresponderia à suspensão do processo – amoldando-se, assim, à hipótese do art. 313, inc. V, alínea 'a'. do CPC. Recurso provido neste ponto. 7. Nos termos do art. 623, parágrafo único, do CPC, a pretensão de remoção de inventariante deve ser veiculada através de incidente processual, o qual deve ser autuado em apenso aos autos do Inventário. 8. Na hipótese dos autos, não há de se falar em conhecimento da pretensão de remoção da inventariante do respectivo cargo, no bojo dos autos da Ação de Inventário, já que, para tanto, deve ser instaurado o incidente processual previsto em lei – o qual, inclusive, já foi instaurado. Recurso não provido neste ponto. 9.

Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte (TJMS Agravo de Instrumento1402609-29.2021.8.12.0000. Relator(a): Des. Paulo Alberto de Oliveira. 3ª Câmara Cível. Data do julgamento: 07/04/2021.Data de publicação: 13/04/2021 -destacado)

É fácil perceber que nestes casos o foco acaba voltando-se ao filho que pretende ser reconhecido como socioafetivo. Entretanto, pode-se vislumbrar que a reserva do quinhão ou até mesmo a suspensão do inventário afeta sensivelmente os demais herdeiros. Sob a perspectivas de tais herdeiros, pode-se pensar ainda que nem sempre o espólio sofrerá uma divisão cem por cento igualitária, considerando a presença de herdeiros de diferentes classes (cônjuges e filhos) e que inclusive alguns destes herdeiros podem depender deste espólio para sua própria subsistência.

Desta forma, não se olvidando do disposto no artigo 628, §2º do Código de Processo Civil, entende-se que os demais herdeiros poderiam pleitear, caso necessário, que os frutos advindos dos bens componentes do acervo hereditário sejam vertidos e geridos de maneira que atendam suas necessidades, desde que reservada a quota-parte do pretense filho socioafetivo.

Para ilustrar tal panorama, observa-se o decidido em um caso concreto no qual em que pese não se discuta a relação paterno-filial pautada em vínculos afetivos, o recurso interposto pelos agravantes (parte dos herdeiros/irmãos) foi parcialmente provido, dispensando o depósito em juízo da quota-parte referente aos herdeiros que concordavam com a utilização dos frutos (aluguéis) para a subsistência do irmão mais novo, e determinando o depósito da quota-parte cabível à viúva:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO JUDICIAL. DECISÃO QUE DETERMINOU AO INVENTARIANTE A CONSIGNAÇÃO EM JUÍZO DOS FRUTOS CIVIS PERCEBIDOS COM A LOCAÇÃO DO ÚNICO IMÓVEL A PARTILHAR. CONCORDÂNCIA DOS AGRAVANTES, IRMÃOS, QUANTO A DESTINAÇÃO DOS ALUGUÉIS À SUBSISTÊNCIA DO IRMÃO MAIS NOVO,

QUE TORNA DESPICIENDA A CONSIGNAÇÃO EM JUÍZO DE SUAS QUOTA-PARTES. NO ENTANTO, DISCORDÂNCIA DA VIÚVA, QUE CONCORRE COM OS DESCENDENTES/AGRAVANTES CONSOANTE DECISÃO NOS AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0006488-18.2021.8.16.0000, QUE LEVA À NECESSIDADE DE DEPÓSITO EM JUÍZO DE SUA QUOTA-PARTE NO QUE TANGE AOS FRUTOS CIVIS DO ÚNICO IMÓVEL A PARTILHAR, ABATIDAS AS DESPESAS COMPROVADAMENTE EFETUADAS COM A MANUTENÇÃO DO BEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 12ª C.Cível - 0007069-33.2021.8.16.0000 - Fazenda Rio Grande - Rel.: DESEMBARGADORA VILMA RÉGIA RAMOS DE REZENDE - J. 28.06.2021)

Outra alternativa que pode ser adotada pelos herdeiros que necessitam dos bens envolvidos no inventário, seja para subsistência própria ou até mesmo para a manutenção do acervo hereditário seria o pedido de alvará judicial para autorização da venda dos bens. Quanto a utilização de alvará judicial neste panorama, destaca-se:

O alvará judicial é um expediente utilizado com muita frequência no direito sucessório, tanto nas hipóteses da Lei n.6.858/80, que dispensa a abertura de inventário, quanto nas atribuições do inventariante no exercício da inventariança, ao necessitar de autorização judicial para a prática dos atos, como ocorre nas alienações de bens do espólio, transações, pagamento de dívidas e despesas para conservação e manutenção dos bens (art.619 do CPC) (CARVALHO, 2020, p.171)

Neste sentido, pertinente a observação de julgado no qual foi autorizada a expedição de alvará judicial para venda de semoventes que visava a manutenção de uma propriedade componente da herança:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – AUTORIZAÇÃO PARA VENDA DE GADO PARA FINS DE MANUTENÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL QUE COMPÕE O ACERVO HEREDITÁRIO – CABIMENTO – RECURSO PROVIDO. 1 – Admite-se a autorização da expedição de alvará para a venda de gado no intuito de custear as despesas de manutenção da propriedade rural que compõe o acervo hereditário, atendidas demais exigências estabelecidas para o caso concreto. 2 – Recurso provido (TJMS Agravo de Instrumento nº1401175-44.2017.8.12.0000. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. Ponta Porã. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Data do julgamento: 19/09/2017. Data de publicação: 28/09/2017)

Assim, percebe-se que o reconhecimento do vínculo socioafetivo no curso do processo sucessório pode vir a afetar não só o filho que está para ser reconhecido, mas também os outros herdeiros. Isto porque, além da reserva do quinhão deste filho socioafetivo, pode ser determinada a suspensão do inventário. Por outro lado, também vislumbram-se algumas medidas que podem ser adotadas pelos demais componentes da sucessão, com o intuito que seja garantida a sua subsistência e o patrimônio que compõe o acervo hereditário.

2.2 O reconhecimento da filiação socioafetiva após a conclusão do processo sucessório e os reflexos daí advindos.

Aborda-se ainda uma terceira hipótese quanto ao momento de reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva, qual seja, posteriormente à conclusão dos trâmites sucessórios. Ou seja, tratamos de hipóteses nas quais, após ter havido a partilha de bens entre os herdeiros, surge um pretenso filho/a, pleiteando o reconhecimento de seus vínculos, com base nos critérios afetivos.

Entende-se que estes casos afetam de maneira ainda mais grave os demais componentes da ordem de vocação hereditária, considerando que uma das medidas

que pode ser tomada é a efetiva anulação do inventário. Entretanto, antes de abordarmos tal situação, é necessária a observação de que pode-se estar diante de atos que venham a ser anulados, havendo a convalidação de atos do passado, ou ainda diante de nulidades absolutas. Quanto aos negócios jurídicos anuláveis, pertinentes as seguintes explicações:

De modo sintético, pode, assim, caracterizar-se o negócio jurídico anulável:

- a) a anulabilidade é sanção destinada a proteger o interesse privado, quando o negócio jurídico se pratica por agente relativamente incapaz ou com vício na formação da vontade;
- b) o negócio jurídico anulável produz os efeitos visados até ser anulado;
- c) a anulação não opera *ipso iure*, devendo ser alegada pelos interessados, isto é, as pessoas diretamente afetadas pelo negócio jurídico e em cujo benefício se anula o ato;
- d) o negócio jurídico anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo o direito de terceiros;
- e) a anulabilidade e a nulidade relativa sanam-se pelo decurso do tempo, o qual, demonstrando a inércia do interessado, equivale à confirmação tácita. O prazo é decadencial, de quatro anos;
- f) a ação de anulação termina com uma sentença constitutiva, com eficácia *ex nunc*. Respeita os fatos anteriores do ato, mas declara-o anulado, e a seus efeitos, desde que prolatada;
- g) anulado o ato, restituem-se as partes ao estado anterior. Não sendo isso possível, serão indenizados com o equivalente, observado, como para a nulidade, o disposto no art.182. (AMARAL, 2018, p.637)

Por outro lado, o artigo 166 do Código Civil estipula o seguinte a respeito do negócio jurídico nulo:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.(BRASIL, 2002).

Feitas tais considerações, parte-se para a análise de um caso concreto que reflete este contexto de reconhecimento da filiação socioafetiva após a conclusão do processo sucessório. Neste caso observa-se a anulação da Escritura Pública de Inventário e Partilha lavrada em momento anterior ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Destaca-se inclusive que aqueles que adquiriram os direitos sobre o imóvel, defendem a sua ilegitimidade passiva, entretanto, tal tese não foi acolhida considerando o disposto no artigo 462 do Código de Processo Civil, quanto a superveniência de fato modificativo do direito:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM.** INEXISTÊNCIA DE PAI REGISTRAL/BIOLÓGICO. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PATERNO-FILIAL QUE CARATERIZA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INCLUSÃO DO NOME PATERNO. **ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTARÁRIO E PARTILHA.** RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Os apelantes pretendem a modificação da r. sentença da instância a quo para que seja julgado improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva e, por consequência seja declarada a legalidade da partilha dos bens anteriormente registrada.
2. Os adquirentes dos direitos sobre o imóvel, objeto do pedido de anulação da Escritura Pública de Inventário e Partilha, alegam, em sede preliminar, a

ilegitimidade passiva, sob entendimento de não ser possível incluir o espólio no pólo passivo, mas somente os herdeiros. A preliminar não merece prosperar em virtude da superveniência de fato modificativo do direito que pode influir no julgamento da lide, conforme art. 462 do Código de Processo Civil, com a possibilidade da ocorrência da evicção.

3. A paternidade socioafetiva é construção recente na doutrina e na jurisprudência pátrias, segundo o qual, mesmo não havendo vínculo biológico alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção e liberalidade, tendo por fundamento o afeto. Encontra guarida na Constituição Federal de 1988, § 4º do art. 226 e no § 6º art. 227, referentes aos direitos de família, sendo proibidos quaisquer tipos de discriminações entre filhos.

4. A jurisprudência, mormente na Corte Superior de Justiça, já consagrou o entendimento quanto à plena possibilidade e validade do estabelecimento de paternidade/maternidade socioafetiva, devendo prevalecer a paternidade socioafetiva para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole.

5. No caso dos autos resta configurado o vínculo socioafetivo entre as partes, que se tratavam mutuamente como pai e filho, fato publicamente reconhecido por livre e espontânea vontade do falecido, razão pela qual deve prevalecer o entendimento firmado na sentença quanto à declaração do vínculo paterno-filial, resguardando-se os direitos sucessórios decorrentes deste estado de filiação, e respectiva anulação da Escritura Pública de Inventário e Partilha anteriormente lavrada.

6. Recursos conhecidos e não providos. Sentença mantida integralmente. (TJDFT Acórdão 895903, 20110210037040APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, , Revisor: TEÓFILO CAETANO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 16/9/2015, publicado no DJE: 6/10/2015. Pág.: 183, destacado)

Nesta seara, pontua-se que eventualmente pode surgir pretensão de direito de terceiro de boa-fé, como por exemplo alguém que comprou um bem que pertencia ao espólio e com a divisão foi vendido pelo herdeiro que o recebeu. Certamente, é

necessária a análise de cada caso concreto, para então se concluir quais seriam os reflexos que a anulação da partilha acarretaria. Entretanto, entende-se que, em consonância com o artigo 1.827 do Código Civil - *caput* e parágrafo único, demonstrada a boa-fé do terceiro adquirente, o negócio realizado pode ser mantido, sem olvidar a responsabilidade que recairia sobre o herdeiro que o realizou.

Naturalmente a anulação do inventário não é o único desfecho possível para casos envolvendo o reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*. Pontua-se aqui que cada caso deve ser analisado de acordo com as suas peculiaridades, para ser estipulado então se a partilha será considerada nula, se os atos serão anulados respeitando os limites dos terceiros de boa-fé, ou se existem outros aspectos que devem ser observados por influenciarem, de maneira significativa, no processo sucessório da família que agora conta com um herdeiro reconhecido por meio dos laços afetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou contextualizar a filiação socioafetiva no panorama atual, voltando-se para o direito sucessório. Após a exposição deste panorama geral, foram exibidas perspectivas considerando o reconhecimento da filiação socioafetiva durante diferentes momentos do processo sucessório.

Com base na igualdade dos filhos, concluiu-se que não há maiores indagamentos quando o reconhecimento ocorre antes do falecimento do pai ou mãe socioafetiva. Entretanto, viu-se que quando tal formalização ocorre no curso do processo sucessório ou até mesmo após a finalização deste, os demais herdeiros acabam sendo afetados de maneira mais sensível e direta. Neste contexto, buscou-se abordar algumas medidas que podem ser tomadas tanto para a proteção da quota-parte a ser herdada pelo pretense filho socioafetivo (como a reserva do quinhão, a

suspensão e a anulação do inventário), quanto outras que podem ser praticadas pelos demais herdeiros para garantir a sua subsistência e a conservação do acervo hereditário.

Entretanto, em que pese tenha sido apontado um panorama geral a respeito do assunto, sabe-se que cada caso conta com suas características únicas e deve ser analisado de acordo com estas. A filiação socioafetiva vem sendo exercendo um papel cada vez mais expressivo no Direito Brasileiro e portanto traz consigo reflexos consideráveis ao processo sucessório. Considerando a imensidão dos possíveis desdobramentos acarretados pelo reconhecimento desta modalidade de filiação, em especial *post mortem*, a presente pesquisa não esgotou as possibilidades que envolvem o tema, podendo portanto, ser foco de estudos futuros.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10 ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Recurso Eletrônico.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 25 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em 25 ago.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 21.09.2016. Data da Publicação: 24. 08. 2017 Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageS

ize=10&queryString=tema%20622%20socioafetiva%20&sort= score&sortBy=desc.
Acesso em 24 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento . 0007069-33.2021.8.16.0000**. Órgão Julgador: 12ª C.Cível. Relatora: Des. Vilma Régia Ramos de Rezende. Data do Julgamento : 28.06.2021. Data de publicação: 28/06/2021. Disponível em:
<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000016675191/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0007069-33.2021.8.16.0000#>. Acesso em 25 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 895903. **Apelação Cível 20110210037040**. Órgão julgador: 1ª Turma Cível. Relator: Romulo de Araujo Mendes. Data de julgamento: 16. 09. 2015. Data da publicação: 06.10.2015.. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=895903&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=895903&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em 25 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento 1401175-44.2017.8.12.0000**. Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva. Data do julgamento: 19.09.2017. Data de publicação: 28.09.2017 Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do>. Acesso em 25 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento 1402609-29.2021.8.12.0000**. Órgão julgador: 3ª Câmara Cível. Relator(a): Des. Paulo Alberto de Oliveira. Data do julgamento: 07.04.2021. Data de publicação: 13.04.2021. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do>. Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 1.0024.14.339648-9/001**. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta. Data do julgamento: 12.04.2018. Data da publicação: 13.04. 2018 . Disponível em;
<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?nu>

[meroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.14.339648-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](#). Acesso em 14. ago.2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Recurso Eletrônico.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Recurso Eletrônico.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 519**. In V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/588>. Acesso em 14 de ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63** de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> . Acesso em 14 de ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 83** de 14 de agosto de 2019. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Recurso Eletrônico.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** -Direito de Família - Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Recurso Eletrônico.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: família e sucessões. volume 5. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Recurso Eletrônico.

**A FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL: POR UMA FILOSOFIA DA
LIBERDADE**

*HEGEL'S PHILOSOPHY OF LAW: TOWARDS A PHILOSOPHY OF
FREEDOM*

Danielle de Carvalho Pacheco de MELO¹

Thaís SAVEDRA de Andrade²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo avaliar a concepção de esfera pública e a influência que o Estado exerce sobre esta noção. Considerando a ideia de igualdade, liberdade e Estado em Hegel, este artigo procurará demonstrar como tais conceitos, aparentemente debatidos historicamente, implicaram na concepção de sociedade civil, na dicotomia público/privado e na construção do conceito de democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Hegel. Esfera pública. Igualdade. Liberdade. Democracia.

ABSTRACT

This article aims to assess the concept of the public sphere and the influence that the State exerts on this notion. Considering the idea of equality, freedom and the State in

¹ Mestre em Direito Processual e Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal Fluminense. Advogada no Rio de Janeiro. Contato: danicpmelo@gmail.com.

² Doutoranda em Direito pela UFPR, com concentração em Direito Tributário, Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, com bolsa da Fundação CAPES, Especialista em Direito Tributário, professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica e História do Direito da FAE – Centro Universitário Franciscano. Contato: thais.savedra@fae.edu.

Hegel, this article will try to demonstrate how such concepts, apparently debated historically, have implied in the conception of civil society, in the public/private dichotomy and in the construction of the concept of democracy.

KEYWORDS: Hegel. Public sphere. Equality. Freedom. Democracy.

INTRODUÇÃO

A dicotomia público-privado é uma das questões mais desafiadoras para o direito contemporâneo e apresenta importantes reflexos sobre a concepção de igualdade e sobre o desenvolvimento da democracia.

No Brasil, o desenvolvimento da sociedade a partir do período colonial ocorreu em meio a uma forte influência do patrimonialismo que, até os dias atuais, promove uma verdadeira relação de interdependência entre o que é da ordem pública ou privada. Embora esta relação de interdependência entre as duas realidades contribua, de fato, para a má definição do que seja público e privado, as raízes históricas brasileiras não podem ser apontadas como as únicas responsáveis por esta situação.

A noção de esfera pública, suas diferenças e eventuais fronteiras em relação à esfera privada têm variado ao longo do tempo. Desde sua origem mais remota até os dias atuais, é possível se deparar com inúmeras discussões que tentam clarificar dois conceitos ainda inacabados ou em permanente transformação (BARROSO, 2013). Uma das consequências mais relevantes da indefinição dessas fronteiras repousa na repercussão sobre o que deve ou não ser discutido nos espaços públicos e nas consequências para a idéia de igualdade.

Desta forma, a partir de algumas breves referências da filosofia, o presente artigo tem por objetivo apresentar uma pequena análise sobre possíveis ações e papéis do Estado em relação à concepção de esfera pública. A partir desta análise,

apontar-se-á alguns reflexos desta noção sobre a igualdade e sobre o desenvolvimento da democracia.

Discorrendo acerca da ideia igualdade, liberdade e do Estado em Hegel, pretender-se-á demonstrar como tais conceitos, aparentemente debatidos historicamente, implicaram na concepção de sociedade civil, na dicotomia público/privado e na construção do conceito de democracia.

Mediante o uso de pesquisa bibliográfica e análise sistemática e comparativa dos textos de KERVÉGAN (2018) e HEGEL (2010), o presente escrito procurará travar um diálogo entre liberdade, democracia, e igualdade, levadas a efeito no contexto moderno, bem como suas possíveis reflexões sobre os Estados atuais.

1 O ESTADO E O VALOR SUPREMO DA LIBERDADE

HEGEL (2011) foi um filósofo destacado por propor, entre outras percepções epistemológicas, uma concepção da realidade colada ao conceito de racionalidade. Para o Filósofo a realidade é um espírito absoluto que desponta na racionalidade, através de um processo evolutivo histórico, manifesto na concatenação lógica entre o intelectual, o dialético (ou negativo racional) e o especulativo (ou positivo racional). Através da análise dos escritos do Autor Alemão, em especial no livro Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, é possível deduzir que HEGEL compreende o Estado como a manifestação, por excelência, da vida humana objetivada, o espaço da concretização das liberdades, como a totalidade da realidade e da racionalidade (2010, p. 228-231).³

³ HEGEL (2010, p. 230) ao falar do Estado, explica o seguinte: “§ 258 O Estado, enquanto efetividade da vontade substancial, que ele tem na autoconsciência particular elevada à sua universalidade, é o racional em si e para si. Essa unidade substancial é um autofim imóvel absoluto, em que a liberdade chega a seu direito supremo, assim como esse fim último tem o direito supremo frente aos singulares, cuja obrigação suprema é ser membro do Estado.”

JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN (2018, p. 221 – 224), no texto *The actual and the rational: Hegel and objective spirit*, procura traçar possíveis diferenças e aproximações epistemológicas entre os pensamentos de HEGEL e TOCQUEVILLE. Em seu incursão sobre a tese dos autores observa que ambos, ao analisarem os conceitos de igualdade e liberdade, expressos na Declaração Francesa Revolucionária, destacam o peso das expressões para os Estados modernos e o quanto tais julgamentos influenciaram o mundo. A compreensão de que todos os homens nascem livres e iguais, são valores que se buscam agregar à maioria dos Estados atuais como se fossem bens imateriais, amplamente amadurecidos nas discussões históricas. Contudo, tais temas, tão repisados e debatidos historicamente, não são tão simples como se pode supor.

Para HEGEL a mera suposição de que todos os homens são iguais não leva em conta que os sujeitos são naturalmente desiguais e que cabe a sociedade racional, ao Estado e as leis corrigirem essas desigualdades, restando a Declaração Francesa apenas como um documento de clamor social e não de cunho político (KERVÉGAN, 2018, p. 223-225). Igualdade, portanto, seria algo restrito à ficção jurídica, quando aponta que todos são iguais perante a lei. A igualdade como um slogan de cunho social é inevitavelmente cruzada por valores ideológicos (WARAT, 1979 p. 127 – 129), não tendo o condão de reparar desigualdades ou de erigir, como questão do Estado, o problema das desigualdades entre os homens e mulheres.

A igualdade perante a lei, portanto, assume para HEGEL um papel fundamental, pois, define a questão de conquista de personalidade igual, mesmo em face das desigualdades naturais. Segundo KERVÉGAN (2018, p. 222) ele se mantém

fiel à ideia de realismo, da distância entre o *sollen* (dever ser) e do *sein* (ser) e de normatividade jurídica com a realidade concreta.⁴

Se a igualdade para HEGEL toma importância diante da aquisição da personalidade em face do direito, a liberdade tem um valor supremo.⁵ HEGEL constrói a ideia de Liberdade Objetiva, da qual a liberdade política (o poder reconhecido em indivíduos que participam de assuntos públicos) é apenas uma dimensão, que será precisamente estruturada e garantida pelo Estado de Direito. Assim, as obrigações políticas não devem ser compreendidas como restrições à liberdade, mas como a faculdade que permite a sua aspiração à liberdade em bases institucionais, superando

⁴ ABBAGNANO (2015, p. 5), explica que “Hegel entende por abstrato aquilo que comumente se chama concreto — as coisas, os objetos particulares, as realidades singulares oferecidas ou testemunhadas pela experiência — enquanto chama de concreto o que o uso comum e filosófico sempre chamou de abstrato, isto é, o conceito; e chama-o de concreto porque este constitui, para ele, a substância mesma da realidade (conforme o seu princípio “Tudo o que é racional é real e tudo o que é real é racional”). De qualquer forma, essa inversão de significado permitiu que boa parte da filosofia do séc. XIX se pronunciasse a favor do concreto e contra o abstrato, ainda quando o “concreto” de que se tratava era, na realidade, uma simples abstração filosófica.”

⁵ MORRISON (2012, p. 195), explica que para Hegel “A liberdade é um processo histórico; a liberdade que o homem procura na modernidade deve consumir-se por meio de uma sociedade normativa. Uma sociedade que reconheça a autonomia e a particularidade individuais ao mesmo tempo que suas estruturas atuem como um mediador de individualidade, convertendo-se em um todo eticamente constituído. A sociedade justa combina a particularidade pessoal e a unidade substantiva dentro das formas objetivas de soberania civil.”

Nota: “Em essência para Hegel:

1. A realidade é um processo histórico.
2. O processo histórico determina fatores que lhe são intrínsecos, por exemplo, como os seres humanos se comportam. A natureza humana não é constante, acha-se implantada em estilos de vida e em sociedade.
3. Há um desenvolvimento perceptível na história, a história “progride”, e esse progresso é dialético.
4. O objetivo da humanidade é a felicidade, mas esta deve ser encontrada na liberdade; a história é um movimento em direção à concretização da liberdade humana; esse processo é reflexivo, i. e., implica nossa consciência da liberdade e do conhecimento cada vez maior de nós mesmos.
5. O perigo da liberdade e a alienação; alienação é a situação em que parte do nosso eu aparenta ser alheia a nosso verdadeiro eu – em que a humanidade entra em desacordo consigo mesma. A alienação será superada quando se entender que tanto a razão social quanto a razão pessoal são uma só coisa, e que tal coisa é verdadeiramente racional.”

uma liberdade meramente subjetiva e alcançando uma liberdade racional, ou seja, “*A liberdade deveria ser a liberdade de vir a ser; o homem deve desenvolver uma consciência de si próprio como um processo sócio-histórico que se volta para o objetivo da liberdade absoluta.*” (MORRISON, 2012, p. 195)

HEGEL parece criticar o triunfo da igualdade sobre a liberdade nos Estados revolucionários e, quando aplicada aos Estados atuais, os conceitos geram uma grande confusão. Para Autor Alemão, a liberdade objetiva, garantida pelo ordenamento jurídico e pelo Estado de direito, seria a condição da igualdade, pois, sem liberdade política, garantida por um Estado Constitucional de Direito, não é possível uma verdadeira igualdade jurídica e social entre os cidadãos. As igualdades civis, que parametrizam barreiras entre propriedades, terras e profissões, é consequência de liberdade política entendida de forma objetiva e não apenas como um direito individual à cidadania. Liberdade é igualdade, porque, somente indivíduos politicamente desiguais (governantes e governados) e socialmente desiguais, devem ser obrigatoriamente iguais perante a lei, o que só é possível se a ordem política for um veículo de liberdade (KERVÉGAN, 2018, p. 225-226).

HEGEL, aponta KERVÉGAN (2018, p. 227), é um monarquista liberal do Estado burocrático. Seus apontamentos devem servir como uma reflexão de como o mundo pode garantir liberdade e igualdade, travando uma distinção curiosa entre Estado e Sociedade Civil, afirmando que esta deve ser submissa a aquele, criando a possibilidade de se analisar o hiato entre os âmbitos do exercício do público e do privado em face das hodiernas construções democráticas.

2 A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO E SEUS REFLEXOS SOBRE A DEMOCRACIA

Em *The actual and the rational: Hegel and objective spirit*, KERVÉGAN (2018) apresenta uma análise feita por HEGEL e TOCQUEVILLE quanto ao futuro da democracia. De acordo com KERVÉGAN, TOCQUEVILLE considerava que a revolução democrática seria o fato gerador da modernidade o que, para HEGEL, seria um pensamento prematuro.

A partir das diferentes concepções de democracia apresentadas pelos filósofos, KERVÉGAN esclarece que o pensamento de HEGEL se identifica com uma concepção tradicional de democracia - a concepção grega - relacionada a uma definição política e exclusiva de vida conjunta, que rejeita a divisão entre o público e o privado praticada na modernidade. TOCQUEVILLE, por sua vez, apresenta a condição social de igualdade como uma nova definição de democracia propondo, assim, uma concepção não-política de democracia, que vai de encontro à noção utilizada na análise de HEGEL.

Atualmente, tem sido comum a defesa no sentido de que os âmbitos público e privado seriam interligados e se influenciariam reciprocamente, em uma verdadeira relação de interdependência. Essa dificuldade em compreender a divisão entre as duas esferas é explicada por HANNAH ARENDT nos seguintes termos:

O que nos interessa nesse contexto é a extraordinária dificuldade que (...) experimentamos em compreender a divisão decisiva entre as esferas pública e privada, entre a esfera da *pólis* e a esfera da família, e finalmente entre as atividades pertinentes a um mundo comum e aquelas pertinentes à manutenção da vida, divisão esta na qual se baseava todo o antigo pensamento político, que a via como axiomática e evidente por si mesma. Em nosso entendimento, a linha divisória é inteiramente difusa, porque vemos o corpo de povos e comunidades políticas como uma família cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica nacional e gigantesca. O pensamento científico que corresponde a essa nova concepção já não é a ciência política, e sim a *economia nacional* ou a

economia social ou, ainda, a *Volkswirtschaft*, todas as quais indicam uma espécie de *administração doméstica coletiva*; o que chamamos de *sociedade* é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a construírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada *nação*. Assim, nos é difícil compreender que, segundo o pensamento dos antigos neste particular, o próprio termo *economia política* teria sido, de certa forma, contraditório: pois o que fosse *econômico*, relacionado com a vida do indivíduo e à sobrevivência da espécie, não era assunto político, mas doméstico por definição. (grifos no original) (2007, pp. 37-38)

Em *Vida Precária: os poderes do luto e da violência*, logo no prefácio, JUDITH BUTLER (2019) instiga o leitor a refletir sobre o fato de que “[a] esfera pública é constituída em parte por aquilo que não se pode dizer e por aquilo que não se pode mostrar. Os limites do dizível, os limites do que pode aparecer circunscrevem o domínio no qual o discurso político opera e certos tipos de sujeitos aparecem como atores viáveis” (2019, p. 8). Nesse contexto, BUTLER observa que “[a] esfera pública é constituída em parte pelo que pode aparecer e a regulação do campo da aparência é uma forma de estabelecer o que contará como realidade e o que não contará” (2019, p. 11).

De acordo com a maneira eleita para pautar as deliberações do âmbito coletivo, não há dúvidas de que o Estado possui considerável capacidade de influenciar positiva ou negativamente as liberdades públicas e a própria noção de igualdade. Isso pode ocorrer, por exemplo, a partir da maneira como o Estado atua em relação às questões que são objeto de uma dependência estrita do mercado, da riqueza privada ou mesmo da religião, bem como a partir de diferentes formas de discursos promovidas pelo próprio Estado, tais como financiamento público das artes, o acesso aos meios de comunicação de massa e a promoção de políticas públicas.

A influência do Estado sobre o exercício das liberdades repercute na noção de igualdade. Diante disso, deve-se atentar para o fato de que a democracia não pode ser indiferente à noção de vida em comum e, para que ela seja alcançada, é necessário viabilizar o debate entre os cidadãos a respeito dos propósitos e fins perseguidos pela comunidade política. E isso não demanda plena igualdade, mas, a possibilidade de que indivíduos das mais diversas origens se encontrem nos espaços públicos, viabilizando a livre consideração e reflexão sobre as diferenças para a tomada de decisões (SANDEL, 2020).

Vale destacar que a democracia, como um regime de liberdade, não comporta solidez. Nesse sentido, em seu ensaio *Democracia Líquida*, SÉRGIO ABRANCHES (2020) observou que a democracia tem como um de seus fundamentos o princípio da incerteza e, por isso, enfrenta um constante processo de pressões e contrapressões em busca de um equilíbrio possível, dinâmico e precário, a fim de alcançar, como melhor resultado, aquele que é mais pluralista.

3 RESSIGNIFICANDO O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM HEGEL E O PODER DE SE CONSTITUIR COMO ESTADO DE DIREITO

Conforme já mencionado, HEGEL (2010, p. 260) é um monarquista liberal e na obra *Filosofia do Direito* desenvolveu, dentre outras teses, a teoria do Poder do Príncipe como um ente - ou instância -, capaz de concentrar três categorias fundamentais para a totalização do Estado: 1. “a universalidade da constituição e das leis,” 2. a *deliberação enquanto vinculação do particular com o universal* e” 3. “o momento da decisão última, enquanto autodeterminação, na qual retoma todo o resto

*e da qual tira o começo da efetividade.*⁶ Nesse contexto, é pertinente, mediante uma hermenêutica sistemática da obra do Filósofo do Direito, associar tal poder como uma faculdade de autodeterminação das gentes na construção de um Contrato Social, o qual expresse a realidade (portanto, a racionalidade) de um povo, dentro de um processo consensual.

O Estado, como instância subordinadora do privado e reflexo do acordo racional, carrega a totalidade dos momentos históricos e resulta no espírito do povo, que definirá uma constituição. Nas palavras de HEGEL (2010, p. 259):

[...] o Estado, enquanto espírito de um povo, igualmente é a lei compenetrando todas as suas relações, os costumes e a consciência de seus indivíduos, assim a **constituição de um povo determinado depende, em geral, do modo e da cultura da autoconsciência do mesmo; nessa reside sua liberdade subjetiva, e com isso a efetividade da constituição.** (grifou-se)

O Autor afirma, ainda, que impor um consenso original para um povo, ainda que seja um documento de regulamentação racional em seu teor, negligenciaria o modo do pensamento histórico daquela realidade, *“É por causa disso que cada povo possui a constituição que lhe é adequada e que lhe compete.”* (HEGEL, 2010, p. 259 – 260). Relativamente à competência para fazer a Constituição, parece claro que HEGEL outorga essa faculdade aos sujeitos históricos, envolvidos e subordinados ao Estado, que é a primeira condição de existência racional da totalidade. Nesses

⁶ “Hegel afirma que o Estado é “a realização da liberdade” ou “o ingresso de Deus no mundo”, estabelece uma coincidência entre aquela que, para ele, é a mais elevada e a realidade histórica do Estado, isto é, justifica qualquer poder de fato, segundo a máxima de sua filosofia: “Entender o que é, é tarefa da razão, porque o que é razão” (ibid., pref.). Segundo esse ponto de vista, autoridade e força coincidem: quem possui força para impor-se não pode deixar de gozar de uma autoridade válida, já que toda força é desejada por Deus ou é divina.” (ABBAGNANO, 2012, p. 114)

espaços públicos de consonância, haveria o exercício da liberdade objetiva, vertida para autodeterminação, mediante o “Poder do Príncipe” transmutado no consenso original do povo.

Na apresentação para a edição brasileira da Unisinos da obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft* (Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio), de HEGEL o professor Denis Lerrer Rosenfield aponta que “*A monarquia constitucional, segundo Hegel, seria o que hoje chamaríamos de democracia representativa, com instâncias perfeitamente instituídas, tendo em vista a harmonia do todo e, mais do que isso, a realização da Ideia da Liberdade.*” (grifou-se), de sorte que é possível apontar que há em HEGEL uma perfeita concepção de poder oriundo da racionalidade do povo, que se realiza na concretização do Estado e de sua constituição.

Embora o Autor Alemão não tenha feito associações positivas à democracia direta Jacobina, da fase do Terror Vermelho da Revolução Francesa, não quer dizer que sua obra não contemple as características fundamentais das atuais democracias constitucionais hodiernas. Todos os elementos descritos pelo filósofo como inerentes à constituição de um Estado racional de sujeitos históricos, que se autodeterminam através de um consenso contratual, parecem idênticos às ambições atuais de democracias participativas, principalmente quando o tema reside na concepção de liberdade (*Freiheit*) como a forma concreta da relação entre os homens e a construção de um espaço público de vivência.

HEGEL (2010, p. 255) chega a apontar a diversidade das individualidades para conceber a unidade do Estado racional, leia-se:

O Estado político dirime-se, com isso, nas diferenças substanciais o poder de determinar e de fixar o universal, - o poder legislativo a subsunção das esferas particulares e dos casos singulares sob o universal - o poder governamental; e) a subjetividade enquanto última decisão da vontade, o poder do príncipe, -

no qual os poderes distintos são reunidos em uma unidade individual, que é assim o ápice e o começo do todo, - a monarquia constitucional.

O que define uma democracia atualmente? ROBER A. DAHL (2005, p. 26 – 27), um dos constitucionalistas mais discutidos atualmente, afirma que democrático é um Estado, ou sistema político *“que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos. [...] considerados politicamente iguais,”* para 1. *“formular suas preferências”*; 2. *“exprimir preferências”* e 3 *“ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo.”* Conforme já demonstrado, HEGEL considera que a igualdade perante a lei é algo profundamente determinante na construção racional do Estado, pois, define a questão de conquista de personalidade igual, mesmo em face das desigualdades naturais. A concepção de DAHL de que a democracia resulta na responsividade do Estado em face de uma condição política de igualdade parece se aproximar a ideia hegeliana de igualdade perante a lei como valor político.

MARTIN LOUGHLIN (2019), *in The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy*, aponta que alguns fatores podem garantir a persistência de uma democracia, tais como uma constituição escrita com separação de poderes; compromisso com um Estado de Direitos e a liberdade. Segundo se apontou anteriormente, HEGEL (2010, p. 260 e 254) indica como manifestação da liberdade no Estado racional a autodeterminação do povo, além de definir uma necessária repartição de poderes, observe-se:

Entre as representações correntes é de mencionar, em vinculação com o § 269, a **necessária divisão dos poderes do Estado**, - uma determinação da mais elevada importância, que poderia, com razão, se fosse tomada em seu sentido verdadeiro, ser considerada como a garantia da liberdade pública, - mas uma representação da qual precisamente nada sabem e nada querem saber os que opinam falar a partir do entusiasmo e do amor; - pois é

justamente nela que reside o momento da determinidade racional. O princípio da divisão dos poderes contém, com efeito, o momento essencial da diferença, da racionalidade real [...] (grifou-se)

Por fim, é defensável que Democracia poderia ser atualmente definida como *“o Estado, enquanto liberdade que na livre autonomia da vontade particular é igualmente universal e objetiva - esse espírito efetivo e orgânico é [aquele] de um povo, através da relação dos espíritos dos povos particulares, toma-se efetivo e se manifesta na história do mundo como o espírito universal do mundo, do qual o direito é o mais elevado.”* (HEGEL, 2010, p. 77 – 78).

O Estado como o lugar público da igualdade perante a lei e, por conseguinte, da percepção de que os indivíduos são naturalmente desiguais, e do exercício da autodeterminação racional do povo, enquanto coletânea de indivíduos históricos, possibilita que HEGEL continue como uma leitura intrigante, que oferece várias reflexões e compreensões para as Democracias atuais.⁷

CONCLUSÃO

A liberdade é um valor supremo que garante a igualdade dos sujeitos em se autodeterminarem no Estado. Nesse contexto, a idéia de que a esfera pública consiste em um conceito ainda em construção deve ser encarada de maneira positiva. Avanços e retrocessos neste campo continuarão a acontecer e serão constantemente

⁷ “O Estado universal em si e para si é o lugar em que a particularidade da existência empírica e a universalidade do reconhecimento recíproco das consciências podem selar a sua reconciliação. Para tanto, é preciso que o Estado universal e concreto, seja uma totalidade organizada: sua organização exprime-se pela Constituição e pela legislação que são, na forma de um corpo de regras, no seio da *Sittlichkeit*, a realização efetiva do conceito de direito.” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 93)

provocados pelas mais diversas demandas políticas, sociais, culturais e, porque não dizer, humanas.

Uma breve análise interdisciplinar demonstra, no entanto, que a questão é mais complexa, na medida em que a noção de espaço público também é impactada por diversos discursos que, por meio da mídia ou da promoção de políticas públicas, pode ser vista por um prisma mais restrito ou de uma forma mais ampla. Essas reflexões sobre a noção de esfera pública realizadas com apoio na filosofia - ainda que em caráter de mera referência e de maneira superficial - também chamam a atenção para a necessidade de refletirmos sobre os modos de pensar e fazer política atualmente, diante de demandas envolvendo os limites daquilo que deveria ser considerado público e privado e a quem caberia determinar o que são questões públicas e questões privadas.

A leitura de HEGEL, por sua vez, demonstra que o conceito de democracia parece estar mais presente que nunca na história da filosofia, sendo perceptível que há uma concepção intuitiva e subliminar no discurso do filósofo, inerente a apreender a necessidade de garantir a liberdade de autodeterminação dos povos como condição da igualdade, sendo que o Estado, como síntese perfeita do processo racional dos sujeitos, revela-se como uma entidade capaz de garantir o exercício dos interesses públicos coletivos, em detrimento do particular. A igualdade como um slogan de cunho social é inevitavelmente cruzada por valores ideológicos, não sendo capaz reparar desigualdades ou de erigir, como questão do Estado, o problema das desigualdades entre os homens e mulheres. Por esse motivo a liberdade é um valor supremo em Hegel, por garantir a condição de expressão de preferências individuais com a perspectiva de formar o coletivo democrático.

Tendo isso em vista consideramos importante conhecer os mais diversos fatores que podem influenciar o debate sobre a concepção de esfera pública. Para tanto, precisamos encontrar espaços livres para o exercício de um olhar crítico e um

debate plural, em um ambiente que, embora não seja de plena igualdade, proporcione iguais oportunidades. Esse nos parece um caminho importante para construirmos uma noção adequada da esfera pública, valorizarmos a dignidade humana e aprimorarmos a nossa democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. rev., atual., Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2015

ABRANCHES, Sérgio. **Democracia Líquida**.
<[https://sergioabranes.com.br/politica/325-](https://sergioabranes.com.br/politica/325-democracia-liquida)

[democracia-liquida](https://sergioabranes.com.br/politica/325-democracia-liquida)>. Acesso em 9.09.2020.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUTLER, Judith. **Vida Precária: os poderes do luto e da violência**. [tradução Andreas Lieber; revisão técnica Carla Rodrigues]. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

_____. **Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?** [tradução Sergio Tadeu de Niemeyer Limarão e Arnaldo Marques da Cunha; revisão de tradução de Mariana Vargas; revisão técnica de Carla Rodrigues]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. 1. ed. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Trad. Claudia Berliner. Rev. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública.** Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito.** 9. Ed. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio.** Trad. Paulo Meneses ... [et ai.]. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2010.

KERVÉGAN, Jean-François. **The actual and the rational: Hegel and objective spirit.** University of Chicago Press, 2018.

LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. **Oxford Journal of Legal Studies**, V. 39, No. 2, 2019, p. 435–454.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo.** 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012

SANDEL, Michael. **The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?**. Farrar, Straus and Giroux, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

**RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO DE
SUPERAÇÃO DE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
EMPRESÁRIO**

*Extrajudicial Reorganization as a Mechanism to Overcome the
Entrepreneur's Economic and Financial Crisis*

Guilherme Helfenberger Galino CASSI¹

João Victor Menine MACHADO²

Matheus Roberto CANALLE³

RESUMO

O empresário, aquele que realiza a atividade empresarial, detém os riscos de mercado do negócio. Sendo assim, ele precisa de mecanismos para que, caso necessário, em períodos de dificuldades econômico-financeiras, possa enfrentá-las da melhor forma possível. Para tanto, o presente trabalho tem o escopo de apresentar o instituto da Recuperação Extrajudicial para empresários em crise, instituto que ainda é uma

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e professor universitário. E-mail: guilherme@cassi.adv.br.

² Bacharelado em Direito - Law Experience pela FAE Centro Universitário. Estagiário. E-mail: j.victormmachado@gmail.com.

³ Bacharelado em Direito pela FAE Centro Universitário. Estagiário. E-mail: matheuscanalle@hotmail.com.

ferramenta pouco usada no ordenamento jurídico pátrio. Dito isto, para descrever este procedimento, fora realizada uma análise do texto da Lei Federal nº 11.101/2005, da doutrina especializada, assim como as principais alterações trazidas pela vigência da Lei Federal nº 14.112/2020, apresentando e explicando o procedimento detalhado da Recuperação Extrajudicial. Além disso, há um compilado comentado das principais matérias discutidas sobre Recuperação Extrajudicial nos Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e do Estado de São Paulo. Por fim, conclui-se que a Recuperação Extrajudicial pode ser uma ótima forma de a sociedade empresária reerguer-se, tendo em vista ser um procedimento menos oneroso e que permite mais autonomia para as partes realizarem as novações de suas obrigações com interferência mínima do Poder Judiciário, sendo, ainda assim, igualmente eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Extrajudicial. Crise Econômico-Financeira. Empresário. Lei Federal 11.101/2005. Lei Federal 14.112/2020.

ABSTRACT

The entrepreneur, the one who carries out the business activity, holds the market risks of the business. Therefore, it needs mechanisms so that, if necessary, in periods of economic and financial difficulties, it can face them in the best possible way. Therefore, the present work has the scope of presenting the Institute of Extrajudicial Reorganization for entrepreneurs in crisis, an institute that is still a little used tool in the Brazilian legal system. That said, to describe this procedure, an analysis of the text of Federal Law nº 11.101/2005, of the specialized doctrine, was carried out, as well as the main changes brought about by the validity of Federal Law nº 14.112/2020, presenting and explaining the detailed procedure of the Extrajudicial Reorganization. In addition, there is a commented compilation of the main matters discussed about Extrajudicial Reorganization in the Courts of Justice of the State of Paraná and of the State of São Paulo. Finally, it is concluded that the Extrajudicial Reorganization can be

a great way for the business company to recover, as it is a less onerous procedure and allows more autonomy for the parties to carry out the novations of their obligations with minimal interference from the Power Judiciary, being, even so, equally effective.

KEYWORDS: Extrajudicial Reorganization. Economic and Financial Crisis. Businessperson. Federal Law 11.101/2005. Federal Law 14.112/2020.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda o instituto da Recuperação Extrajudicial previsto na Lei Federal nº 11.101/2005, além das principais mudanças ocorridas neste procedimento com o advento da recente Lei Federal nº 14.112/2020, que o tornaram ainda mais atrativo aos empresários que passam por dificuldades econômico-financeiras e buscam a sua recuperação de forma menos burocrática.

Desta maneira, o trabalho será desenvolvido em três tópicos, cada um com um propósito específico.

No primeiro item foram elucidados os conceitos da figura da empresa e do empresário, sendo posteriormente elencados os aspectos gerais dos procedimentos cerceados pela Lei Federal nº 11.101/2005, apontando as principais diferenças entre estes institutos.

Já no segundo tópico, fora desenvolvido todo o procedimento para a utilização da Recuperação Extrajudicial, dissecando todos os artigos relativos a este instituto, além das principais alterações trazidas pelo recente advento da Lei Federal nº 14.112/2020.

Posteriormente, já no terceiro e último tópico, foi realizado um levantamento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça do estado de São Paulo e do estado do Paraná, em busca dos mais recentes julgados dos respectivos tribunais sobre Recuperação Extrajudicial, utilizando o recorte temporal de 01 (um) ano, mais

especificamente entre 01 de agosto de 2020 e 10 de setembro de 2021. Frisa-se que foram realizados comentários acerca dos principais temas discutidos nesses dois tribunais, esclarecendo o teor dos julgamentos e os posicionamentos adotados.

Foram utilizados dois métodos de pesquisa para a elaboração do presente artigo, sendo eles a pesquisa bibliográfica e a pesquisa de campo.

Desta maneira, o presente artigo traz uma visão sobre um meio para que o empresário possa buscar soluções à fragilidade econômica e financeira da empresa de uma forma menos descomplicada e burocrática, utilizando, para isso, o instituto da Recuperação Extrajudicial. Posto isso, o artigo demonstra as diferenças, vantagens e peculiaridades desse procedimento, que com as recentes mudanças se tornou ainda mais atrativo aos empresários em crise.

1 EMPRESÁRIO EM CRISE E OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO

A empresa apresenta-se como um elemento abstrato fruto da ação intencional do empresário em promover o exercício da atividade econômica de forma organizada. Desta maneira, manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para exploração de uma atividade produtiva.⁴

⁴ CAMPINHO, Sergio. Curso de Direito comercial - Direito de empresa. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. p. 24.

De acordo com o artigo 966 do Código Civil⁵, empresário é a pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.⁶

Dessa forma, o empresário trata-se do sujeito da atividade empresarial, sendo o titular de Direitos e obrigações que detém a iniciativa e o risco do seu exercício. O empresário determinará os caminhos que a empresa tomará e qual será o objeto desta atividade. Além disso, cabe ao empresário suportar os prejuízos ou capitalizar os lucros de seus resultados.⁷

Posto isso, pode-se extrair que a “profissionalidade” do exercício do empresário decorre da exploração não ocasional de determinada atividade. Além disso, a profissionalidade indica também a habitualidade no exercício da empresa. A união de quatro fatores de produção: capital, mão de obra, tecnologia e insumos caracteriza a atividade econômica organizada a que o artigo 966 do Código Civil se refere, representando o aparato produtivo que coordena os meios de produção. Sem essa organização, a atividade econômica não será considerada profissional e, portanto, não será abrangida pelo Direito empresarial.⁸

Historicamente, o devedor “comerciante” insolvente já foi tratado como criminoso fraudador, ficando a critério do credor se seria escravizado, preso, morto ou banido. Posteriormente, a preocupação dos operadores do Direito voltou-se à

⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. In: BRASIL. Lei 10.406 de 2002 - Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14.09.2021.

⁶ VIDO, Elisabete. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 15.

⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. MANUAL DE DIREITO EMPRESARIAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 23.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 21.

proteção dos credores, uma vez que o castigo ao devedor não quitava as obrigações e eliminava a única forma de resgatá-las. Atualmente, tal tema é tratado sob outro aspecto: a necessidade de preservação da empresa. O interesse coletivo recai em preservar a atividade econômica que produz e faz circular bens e serviços, trazendo benefícios à coletividade.⁹

À vista disso, a Lei Federal nº 11.101/2005 apresenta alternativas ao empresário em crise, oferecendo três distintos institutos: a Recuperação Judicial de empresas; a Recuperação Extrajudicial de empresas; e a falência.¹⁰

Finalmente, o questionamento a se fazer é sobre qual instituto utilizar e em qual momento. A resposta para tal indagação vem da análise da viabilidade da empresa e a possibilidade que esta demonstra em oferecer alguma resposta positiva para a sua salvação.¹¹

1.1 Recuperação Judicial

De acordo com o artigo 47 da Lei Federal nº 11.101/2005, a Recuperação Judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Pressupõem-se, para a utilização deste instituto, que a atividade esteja acometida por uma crise econômico-financeira, todavia esse estado de crise não significa o inadimplemento já ocorrido das obrigações. Para que essa crise possa ser

⁹ CHAGAS, Edilson Enedino Das. ESQUEMATIZADO - DIREITO EMPRESARIAL. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. p. 401.

¹⁰ SANCHEZ, Alessandro. Direito Empresarial Sistematizado. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2018. p. 349.

¹¹ SANCHEZ, Alessandro. Direito Empresarial Sistematizado. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2018. p. 349.

superada coletivamente, limitaram-se os comportamentos tanto dos credores quanto dos devedores, de modo que as partes sejam incentivadas a negociar uma solução.¹²

O pedido de Recuperação Judicial só é permitido para uma empresa regularmente constituída. Não é juridicamente possível o pedido de Recuperação Judicial de atividades negociais conduzidas e titularizadas por trabalhador autônomo ou de sociedade simples, incluindo sociedade cooperativa.¹³

Desta forma, pode-se afirmar sinteticamente que a Recuperação Judicial é um conjunto de atos, cuja prática depende da concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Posto isso, podemos estabelecer os elementos essenciais da Recuperação Judicial: (a) série de atos: as crises que justificam a Recuperação Judicial dificilmente serão superadas por um ato qualquer; (b) consentimento dos credores: para que o devedor possa praticar os atos da Recuperação Judicial há a necessidade do consentimento dos credores; (c) concessão judicial: diz-se que a recuperação é judicial justamente porque só pode ser concedida judicialmente e, para tanto, pressupõe o exercício do Direito da ação; (d) superação da crise: a concessão da Recuperação Judicial permitirá a prática de uma série de atos, tais atos tem como objetivo primordial a superação da crise empresarial; (e) manutenção de empresas viáveis: apenas as empresas viáveis são capazes de justificar os sacrifícios que terão que ser realizados pelos credores na Recuperação Judicial.¹⁴

¹² SACRAMONE, Marcelo. COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. p. 122.

¹³ MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 129.

¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 30.

1.2 Recuperação Extrajudicial

Uma das grandes inovações da Lei Federal nº 11.101/2005 - e principal tema do presente artigo -, em relação ao Decreto-Lei nº 7661 de 1945, é a previsão da Recuperação Extrajudicial. A Recuperação Extrajudicial é a negociação direta entre o devedor e o credor pela via extrajudicial, tendo como escopo a busca por melhores condições de pagamento de suas dívidas para a manutenção da empresa e da atividade econômica.¹⁵

A Recuperação Extrajudicial é um procedimento alternativo à Recuperação Judicial, uma vez que depreende uma situação financeira e econômica compatível com uma renegociação parcial, envolvendo credores selecionados, aos quais o devedor propõe novas condições de pagamento. Nesse método de recuperação de empresas não é necessária a participação de todos os credores e a realização de assembleia geral para aprovar o plano.¹⁶

Destaca-se que até a entrada em vigor da Lei de Falências, o Direito brasileiro não dispunha soluções de mercado para a recuperação de empresas em estado crítico. Dessa forma, o empresário individual ou a sociedade empresária que tentasse convocar credores visando submeter um plano qualquer de recuperação podia ter a falência requerida e decretada, frustrando qualquer solução de mercado pretendida. No entanto, com o advento da Lei nº 11.101 de 2005, ao prever e disciplinar o

¹⁵ ZAFFARI, Eduardo. et al. Direito Falimentar: Recuperações Judicial e Extrajudicial. Porto Alegre. Grupo A, 2021. p. 221-222.

¹⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 502.

procedimento da Recuperação Extrajudicial, criaram-se condições para a atuação da lógica do mercado na superação de crises de empresas devedoras.¹⁷

Além disso, a possibilidade de o devedor (sociedade empresária) e credores negociarem de maneira livre com a intervenção do Poder Judiciário reduzida, permite soluções mais compatíveis e alinhadas com o mercado, trazendo para a recuperação da empresa maior segurança e eficiência, visto que os custos de transação são bem menores comparados à Recuperação Judicial. Dessa forma, os planos têm uma melhor viabilidade econômica, além de dispor de benefícios comerciais.¹⁸

O contraste entre os artigos 161¹⁹ e 163²⁰ da Lei nº 11.101/05 recomenda uma distinção entre *Recuperação Extrajudicial ordinária* e *Recuperação Extrajudicial extraordinária*. A *Recuperação Extrajudicial ordinária* é medida que traduz a adesão voluntária de todos os credores, produzindo efeito apenas aos seus signatários, sendo a sua homologação judicial facultativa. Já a *Recuperação Extrajudicial extraordinária* é medida que necessita da adesão de, no mínimo, mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial, mas vinculando a minoria que não aderiu, sendo imperiosa a sua homologação judicial.²¹

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 525-526.

¹⁸ NAHAS, Fernando William Baunemer. Recuperação Extrajudicial: Natureza Jurídica, Modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no Direito Estadunidense, Argentino, Francês e Português. Revista de Direito Empresarial, vol. 16/2016, p. 132, 133, de julho - agosto de 2016.

¹⁹ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 10.10.2021.

²⁰ Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de Recuperação Extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 10.10.2021.

²¹ MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2021. p. 249.

A homologação judicial do plano de Recuperação Extrajudicial tem por objetivo conferir uma maior segurança jurídica. Tal feito reduz a possibilidade de que a liberdade concedida na Recuperação Extrajudicial abra margem a possíveis fraudes, tanto por parte do devedor, quanto dos credores selecionados.²²

Portanto, uma das maiores falhas do DL nº 7.661/45 foi a presunção da insolvência do devedor que convocava seus credores e lhes propunha dilação, remissão ou cessão de bens. Desta feita justificasse a grande evolução da Lei nº 11.101/05, ao restabelecer que o devedor possa regular seus próprios negócios amigavelmente. Além disso, outro grande avanço da Lei ocorreu ao prever a possibilidade de que determinados acordos pudessem abranger não apenas os credores que previamente aderiram ao plano extrajudicial, mas também todos os demais credores da mesma classe ou grupo de credores. Debatido instituto é de grande valia para solucionar dificuldades momentâneas dos empresários e das sociedades empresárias sem todos os requisitos e formalidades exigidas pela Recuperação Judicial.²³

1.3 Falência

A falência é a mais forte das três medidas disciplinadas pela Lei Federal nº 11.101/2005. Diferentemente das duas espécies já mencionadas no presente artigo,

²² SILVA, PACHECO, José. D. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, 4ª edição. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2013. p. 434.

²³ SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática. - 5.ed. - Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2020. p. 536.

voltadas à preservação da empresa, a falência destina-se a extingui-la, sendo a forma extrema de proteção do mercado.²⁴

A crise econômico-financeira da empresa pode não apresentar alternativa viável de superação. Desta maneira, resta por últimas vias instaurar o procedimento de liquidação do patrimônio do empresário ou sociedade empresária insolvente, ou seja, realizar o seu patrimônio ativo e, com os valores apurados, saldar o patrimônio passivo, no que for possível.²⁵

2 ASPECTOS GERAIS DA LEI FEDERAL Nº 11.101/2005 SOBRE A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, busca, dentre outras, soluções para negociação à liquidação de ativos. Contudo há incentivos negativos para os credores, como o princípio da *par conditio creditorum*, que nada mais é do que a paridade do tratamento entre eles. Por outro lado, tem a possibilidade de *cram-down*, que é um mecanismo que leva em conta a decisão da maioria dos credores, ou seja, aqueles que não aprovam devem conformar-se.²⁶

O presente artigo, por sua vez, tem por objeto o estudo da Recuperação Extrajudicial, a qual é especialmente disciplinada entre os artigos 161 a 167 da Lei Federal nº 11.101/2005.

²⁴ DE GOUVÊA, João Bosco C. Recuperação e Falência - Lei Nº 11.101/2005 - Comentários Artigo por Artigo. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2009. p. 197.

²⁵ MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2021. p. 255.

²⁶ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Soluções Negociadas para a Insolvência Empresarial. Cadernos FGV Projetos, nº 33, ano 13, p. 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, Setembro de 2018.

A Recuperação Extrajudicial é uma solução menos onerosa para o empresário, visto os custos diretos e indiretos da Recuperação Judicial são muito elevados e se prolongam no tempo do processo, os quais trazem não só custos monetários, mas também, custos de oportunidades e custos reputacionais. Embora seja possível constatar que a Recuperação Extrajudicial não é tão utilizada quanto os demais institutos previstas na mesma lei, espera-se que após a vigência da Lei nº 14.112/2020, que altera a Lei nº 11.101/2005, venha a ser mais utilizada, na medida em que surgem mais incentivos ao empresário em crise.²⁷

Importante ressaltar que a Recuperação Extrajudicial tem um viés da mínima intervenção pública, agora com a Lei nº 14.112/2020 fica ainda mais proeminente. Assim o devedor, empresário, tem liberdade para solucionar os problemas, com os credores, de acordo com o mercado.²⁸

Ou seja, a Recuperação Extrajudicial inicia totalmente sem a intervenção do Poder Judiciário, este só terá participação para averiguar a legalidade e a homologação do plano.²⁹

2.1 Regras Gerais Sobre A Recuperação Extrajudicial

No que tange ao procedimento, é importante ressaltar que não é qualquer foro competente para apreciar questões sobre crise de empresa. É preciso analisar o princípio da unidade do juízo falimentar, presente no artigo 3º da Lei nº 11.101/2005³⁰,

²⁷ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Soluções Negociadas para a Insolvência Empresarial. Cadernos FGV Projetos, nº 33, ano 13, p. 44 - 53, Setembro de 2018.

²⁸ DI PIERO, Monica Maria Costa. Recuperação Extrajudicial. Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência. Capítulo 57, p. 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803.

²⁹ WANDERLEY, Eduardo G. et al. O Novo Sistema de Recuperação Extrajudicial. Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência. Capítulo 58, p. 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816.

³⁰ Art. 3º É competente para homologar o plano de Recuperação Extrajudicial, deferir a Recuperação Judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de

portanto no caso da Recuperação Extrajudicial, é competente para homologar o plano de Recuperação Extrajudicial o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial caso a empresa tenha sede fora do Brasil.³¹

Por seguinte, os créditos foram expandidos pela vigência na Lei nº 14.112/2020, agora, com a possibilidade da inclusão de créditos trabalhistas, salvo se for realizada negociação coletiva com o sindicato de cada categoria profissional. Ficando, apenas, excluídos os créditos de natureza tributária.³²

À vista disto, bem como a Lei nº 11.101/2005 dispõe que o uso da Recuperação Extrajudicial não implica no uso de outros mecanismos, que a iniciativa privada possui para resolução de conflitos entre devedor e credores: negociação, as próprias partes fazem a autocomposição da *lide*; mediação; conciliação e arbitragem. Estes são exemplos mais comuns para a tratativa de uma recuperação de empresa fora da esfera judiciária.³³

Portanto, a fase extrajudicial da recuperação tem o condão de uma negociação privada coletiva. Assim há cerca de 5 fases: (a) a suspensão da cobrança de créditos (*standstill*); (b) *due diligence*, ou seja, a auditoria de informações, para

empresa que tenha sede fora do Brasil. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 25.08.2021.

³¹ GONÇALVES, Jonas Rodrigo e LÚCIO, Rayane Borba da Silva. Lei nº 11.101/2005: Procedimento da Falência, Recuperação Judicial e Recuperação Extrajudicial de Empresas. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. Ano XII, vol. XII, n. 42, janeiro - junho de 2021.

³² Art. 161, §1º O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial. § 1º Estão sujeitos à Recuperação Extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 27.08.2021.

³³ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. A Aplicabilidade dos Meios Extrajudiciais na Recuperação Empresarial. Cadernos FGV Projetos, nº 33, ano 13, p. 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, Setembro de 2018.

averiguar a possibilidade da efetiva recuperação da empresa; (c) negociação entre devedor e seus credores, (d) para então, chegar à assinatura dos documentos definitivos e; (e) o fechamento da negociação.³⁴

Geralmente, na Recuperação Judicial todas estas etapas ocorrem junto com o Poder Judiciário. Já na Recuperação Extrajudicial, as etapas (a) a (d) são feitas de maneira privada entre as partes, com o sucesso destas, advém a homologação - fechamento da negociação - perante o Poder Judiciário.³⁵

2.1.1 Requisitos Subjetivos Para Homologação Da Recuperação Extrajudicial

Para que o empresário ou a sociedade empresária possa homologar o plano da Recuperação Extrajudicial, é necessário preencher os requisitos do artigo 48 da Lei nº 11.101/05³⁶, como preceitua seu artigo 161, *caput*³⁷. Entretanto, há um equívoco no texto da norma, tendo em vista que ao dizer que o devedor que preencher os requisitos citados poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial, pode passar a impressão de que a negociação de débitos com credores

³⁴ WANDERLEY, Eduardo G. et al. O Novo Sistema de Recuperação Extrajudicial. Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência. Capítulo 58, p. 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815,816.

³⁵ WANDERLEY, Eduardo G. et al O Novo Sistema de Recuperação Extrajudicial. Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência. Capítulo 58, p. 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815,816.

³⁶ Art. 48. Poderá requerer Recuperação Judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.04.2021.

³⁷ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.04.2021.

somente é lícita para os que preenchem os requisitos para o pedido recuperatório, sendo que não ocorre dessa forma. À vista disso, os devedores que não preenchem os requisitos para a recuperação ainda poderão propor e negociar com credores formas alternativas para a solução de seus débitos, como dilação, parcelamento, descontos, entre outros.³⁸

Desta maneira, quando a Lei em seu artigo 161 e outros dispositivos, estabelecem requisitos subjetivos para a Recuperação Extrajudicial, ela está se referindo somente ao devedor que pretende homologar o acordo judicialmente. Se esse não for o objetivo do devedor, porque não possui interesse em arcar com as despesas do processo, ou se não for necessária porque todos os atingidos aderiram ao plano de recuperação, é irrelevante o preenchimento ou não das condições legalmente referidas. Sendo assim, estando todos os envolvidos de acordo, assinam os instrumentos de novação ou renegociação, e assumem, por livre manifestação de vontade, obrigações, que, devidamente cumpridas, possam estabelecer o reerguimento do devedor.³⁹

2.1.2 Requisitos Objetivos Da Recuperação Extrajudicial

Conforme Marlon Tomazette, além dos requisitos estipulados à pessoa do devedor, a homologação da Recuperação Extrajudicial exige requisitos atinentes ao próprio plano de acordo. Nesta fase não são analisados os sujeitos envolvidos, mas sim o conteúdo do acordo realizado, cuja homologação é pretendida.⁴⁰

Segundo o autor, o primeiro requisito objetivo para a homologação é a

³⁸ MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 214.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 526.

⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 129

concordância dos credores que representem mais da metade dos créditos de cada classe. Tal requisito encontra-se preceituado pelo artigo 163⁴¹ da Lei de Falências, que teve sua redação alterada pela Lei nº 14.112 de 2020, trazendo uma das principais mudanças ao instituto da Recuperação Extrajudicial. Anteriormente, para o devedor ter a possibilidade de homologar o plano de Recuperação Extrajudicial, necessitava da anuência de mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, entretanto, com a nova redação, a anuência necessária passou a ser de 50% mais um, ou seja, maioria.⁴²

Ademais, outro requisito objetivo citado por Tomazette, é a ausência de previsão de pagamento antecipado de credores, evitando o benefício de alguns em detrimento de outros (artigo 161, § 2º, primeira parte⁴³). Na mesma linha de pensamento, o plano de Recuperação Extrajudicial só será homologado se não contiver tratamento desfavorável aos credores nele abrangidos (artigo 161, § 2º, segunda parte).⁴⁴

Por fim, também é requisito objetivo, a concordância dos credores para o afastamento da variação cambial que lhes era assegurada anteriormente (artigo 163,

⁴¹ Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de Recuperação Extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

⁴² TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 129

⁴³ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial. § 2º O plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 129

§ 5º⁴⁵). Ademais, na alienação de bem objeto de garantia real, a suspensão da garantia ou sua substituição serão admitidas somente mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia (artigo 163, § 4º). ⁴⁶

2.1.3 Credores Excluídos Da Recuperação Extrajudicial

De acordo com o § 1º do artigo 161⁴⁷ da LREF, o plano de Recuperação Extrajudicial não pode abarcar: (i) os créditos de natureza tributária; e (ii) as relações

⁴⁵ Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de Recuperação Extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial . § 4º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. § 5º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de Recuperação Extrajudicial . In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 129

⁴⁷ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial . § 1º Estão sujeitos à Recuperação Extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 14.04.2021.

contratuais previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 49⁴⁸ e no inciso II do artigo 86.⁴⁹

Por último, importante ressaltar, que o § 1º do artigo 161 sofreu uma alteração em sua redação. Não são mais excluídos da Recuperação Extrajudicial os créditos trabalhistas e por acidente de trabalho, desde que o devedor providencie a negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. Desta maneira, a atuação dos sindicatos supre eventual incapacidade e força de negociação dos credores trabalhistas.⁵⁰

2.1.4 Homologação Facultativa

A homologação facultativa é regulamentada pelo artigo 162⁵¹ da Lei nº 11.101/2005 e se dá quando é apresentado o plano de Recuperação Extrajudicial aos credores, e, estes em unanimidade aceitam o plano. Desta forma, torna-se desnecessário o devedor homologar o plano em juízo.⁵² Assim, possibilita-se

⁴⁸ Art. 49. Estão sujeitos à Recuperação Judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da Recuperação Judicial e prevalecerão os Direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da Recuperação Judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

⁴⁹ SCALZILLII, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: Grupo Almedina, 2018. p. 537

⁵⁰ TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 127

⁵¹ Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de Recuperação Extrajudicial , juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

⁵² CLARO, Carlos Roberto e FONSECA, Luiz Augusto Guimarães de Carvalho. DO DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR NO ÂMBITO DE ACORDOS À REALIDADE

garantias sem a necessidade de homologação:

“De fato, quando todos os credores cujos créditos são alcançados pelo plano (altera-se seu valor, vencimento, condições de pagamento, garantias etc.) aderiram a ele, a homologação judicial não é obrigatória para a sua implementação. Se o plano de Recuperação Extrajudicial ostenta a assinatura de todos os credores por ele atingidos, a homologação não é condição para obrigá-los. Eles já se encontram obrigados nos termos do plano por força da adesão resultante de sua manifestação de vontade”.⁵³

Deste modo, existem duas possibilidades para justificar o requerimento da homologação facultativa pelo devedor: a) acrescentar formalidades ao ato, para demonstrar a importância às partes; b) a possibilidade de alienação por hasta judicial de filiais ou unidades isoladas, artigo 166^{54, 55}

Em suma, esta modalidade de Recuperação Extrajudicial, onde o juízo só interfere para a homologação, torna o plano de recuperação um título executivo judicial pela sentença de homologação. Importante ressaltar, que os credores que não anuíram com o plano ficam excluídos do alcance dele, mantendo a autonomia privada das partes e a obrigatoriedade do plano entre o devedor e determinados credores,

DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, vol. 2/2016, de outubro - dezembro de 2016.

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 p. 530.

⁵⁴ Art. 166. Se o plano de Recuperação Extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado, no que couber, o disposto no art. 142 desta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 530.

sendo, ainda, permitido às partes renegociarem o que fora estipulado.⁵⁶

2.1.5 Homologação Obrigatória

Na homologação obrigatória, ou, impositiva, os efeitos do plano da Recuperação Extrajudicial não recairão somente sobre os credores aderentes, mas, também, sobre os demais credores da mesma classe ou do mesmo grupo a eles sujeito. A lei agiu dessa forma visando resguardar o interesse comum da coletividade de credores, não permitindo que interesses individuais de qualquer credor se sobreponham ao acordo. Desta forma, fixou requisitos para que a minoria fique vinculada à vontade da maioria. Esta espécie de homologação encontra-se disposta no artigo 163⁵⁷ da Lei nº 11.101/05.⁵⁸

A homologação impositiva trata-se da hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, todavia uma ínfima minoria destes resiste a suportar suas consequências. Entendamos a obtenção de parte significativa dos seus credores como sendo representantes de mais da metade (50+1) dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial. Este requisito teve mudança em seu dispositivo de lei. O artigo 163, supracitado, teve sua redação modificada pela Lei nº 14.112 de 2020, sendo que, anteriormente, exigia-se a aprovação de pelo menos $\frac{3}{5}$ dos credores para ser aplicada a homologação obrigatória. Com a reforma o quórum

⁵⁶ NAHAS, Fernando William Baunemer. Recuperação Extrajudicial: Natureza Jurídica, Modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no Direito Estadunidense, Argentino, Francês e Português. Revista de Direito Empresarial, vol. 16/2016, p. 129, 130, 131, 132, de julho - agosto de 2016.

⁵⁷ Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de Recuperação Extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial . (...) In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 04.05.2021.

⁵⁸ SACRAMONE, Marcelo. COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA - 2 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 332.

necessário passou a ser de pelo menos metade dos créditos de cada classe, ou seja, uma parcela de 50% mais um do total de credores de cada espécie.⁵⁹

Visto isso, para que a empresa obtenha tal percentual de credores, a lei estabelece algumas regras dispostas nos parágrafos e afins do artigo 163 da Lei nº 11.101/05. Primeiramente, se tem a soma de todos os credores de cada classe, sendo utilizado como base o valor e as condições originais de pagamento dos credores não aderentes ao plano e o total dos créditos por eles abrangidos. Por seguinte, o crédito em moeda estrangeira é convertido em moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano. Por fim, não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no artigo 43⁶⁰ da Lei de Falências, ou seja, não se computam os créditos titularizados por pessoas ligadas ao devedor.⁶¹

Ademais, segundo Geraldo de Barros Neto, o devedor poderá formular o pedido de homologação mesmo quando não conseguir obter a aprovação de mais da metade dos credores titulares dos créditos, todavia obtém votos favoráveis de credores titulares de mais de $\frac{1}{3}$ dos créditos, se comprometendo a atingir a aprovação mínima em até 90 dias. Também é permitido que o devedor, no mesmo prazo, requeira a conversão do pedido de homologação de Recuperação Extrajudicial em

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 532.

⁶⁰ Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia-geral de credores, sem ter Direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação. Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 05.05.2021.

⁶¹ NEGRÃO, Ricardo. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo. Editora Saraiva, 2019. p. 256.

Recuperação Judicial, desde que complemente o requerimento com a documentação exigida pelo artigo 51.

Por fim, ainda conforme o supracitado autor, é previsto no § 8º do artigo 163, providência de grande importância para que a Recuperação Extrajudicial seja adotada com mais frequência pelos empresários em crise. Esta providência se passa pela possibilidade de ficarem suspensas as execuções e as medidas executivas previstas no artigo 6º, ou seja, o *stay period*. Tal instituto anteriormente só era aplicado para a Recuperação Judicial, sendo estendido agora também para a Recuperação Extrajudicial. Para a aplicação deste benefício, o devedor deverá comprovar a adesão de pelo menos $\frac{1}{3}$ dos créditos sujeitos ao plano de Recuperação Extrajudicial.⁶²

2.1.6 Petição Inicial

Para o pedido de homologação facultativa, a lei não estabeleceu muitos requisitos, somente a justificativa e o próprio plano. Todavia, a instrução do pedido de homologação obrigatória, em razão de abranger um maior alcance em seus efeitos, demanda requisitos mais extensos. Além da justificativa e do plano, o devedor deve cumprir com os requisitos dispostos no § 6º do artigo 163⁶³, sendo eles: (a) exposição da situação patrimonial; (b) demonstrações contábeis relativas ao último exercício; (c)

⁶² BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência - Comentada e Comparada. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2021. p. 199.

⁶³ Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de Recuperação Extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de Recuperação Extrajudicial. § 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar: I – exposição da situação patrimonial do devedor; II – as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei; e III – os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 06.05.2021.

demonstrações contábeis referentes ao período desde o fim do último exercício e a data do plano; (d) documento comprobatório da outorga do poder para novar ou transigir para os subscritores do plano em nome dos credores; (e) relação nominal de todos os credores, com endereço, classificação, valor atualizado do crédito, vencimento e remissão ao seu registro contábil.⁶⁴

2.1.7 Processamento Da Homologação

Estando a instrução adequada com todos os requisitos preenchidos e um pedido, o juiz irá determinar a publicação de um edital, seja na imprensa oficial ou num jornal de grande circulação, para que os credores, num prazo de 30 dias, apresentem a impugnação à homologação do plano de Recuperação Extrajudicial, nos moldes do artigo 164 da Lei nº 11.101/2005⁶⁵. Neste prazo, cabe ao devedor comprovar que realizou o envio das cartas com aviso de recebimento de todos os credores domiciliados no país, contendo a informação da distribuição do pedido homologatório, assim, dando-lhes, conhecimento sobre o procedimento.⁶⁶

Importante ressaltar que o §3º deste artigo, limita a matéria a ser alegada pelos credores em sede de impugnação. Sendo assim, poderá ser alegado apenas:⁶⁷

“I - não preenchimento do percentual mínimo previsto no caput do art. 163

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 534.

⁶⁵ Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital eletrônico com vistas a convocar os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de Recuperação Extrajudicial, observado o disposto no § 3º deste artigo. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.05.2021.

⁶⁶ TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Empresarial Sistematizado - Ed. 8ª - São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. p. 751.

⁶⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial - Ed. 7ª - Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017. p 1206.

desta Lei; II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei; III – descumprimento de qualquer outra exigência legal”

À vista disso, a eventual impugnação deverá conter a prova da qualidade de credor e só poderá arguir o não preenchimento dos requisitos legais, a prática de atos de falência e ou a existência de fraude por parte do devedor. Ademais, poderão os credores argumentar acerca da simulação de créditos e existência de vícios quanto à representação dos credores que o subscrevem no plano. A restrição sobre as possíveis matérias levantadas na impugnação servem justamente para facilitar o êxito do pedido de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial.⁶⁸

Apresentada alguma impugnação ao plano, dispõe o artigo 164, §4º⁶⁹, que será aberto um prazo de 5 dias, para que, querendo, o autor se manifeste. Tendo ou não a manifestação do devedor, prevê o §5º⁷⁰ do mencionado artigo, que os autos estão conclusos para apreciação do juiz, que terá um prazo de 5 dias para proferir uma decisão acerca do plano de Recuperação Extrajudicial.⁷¹

⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Livro 3 Falência e Recuperação de Empresas - Ed. 5ª - São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 361.

⁶⁹ Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital eletrônico com vistas a convocar os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de Recuperação Extrajudicial, observado o disposto no § 3º deste artigo. § 4º Sendo apresentada impugnação, será aberto prazo de 5 (cinco) dias para que o devedor sobre ela se manifeste. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.05.2021.

⁷⁰ § 5º Decorrido o prazo do § 4º deste artigo, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações e decidirá, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de Recuperação Extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que não implica prática de atos previstos no art. 130 desta Lei e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.05.2021.

⁷¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial - Ed. 7ª - Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017. p 1206.

Por seguinte, o juiz poderá homologar o pedido de Recuperação Extrajudicial caso entenda que o plano não contém nenhuma das práticas previstas no artigo 130 desta Lei, assim como qualquer outra irregularidade que enseje a sua rejeição. Em suma, para que o plano seja aprovado é necessário analisar se ele não é apenas um instrumento do devedor para fraudar os seus credores.⁷²

Vencido o trâmite legal, o juiz homologa ou indefere o plano de Recuperação Extrajudicial, em ambas as situações por meio de sentença judicial. Desta r. sentença, caberá recurso de apelação (tanto para o devedores, quanto para os credores). A apelação não possui efeito suspensivo, tendo em vista que a sentença torna o plano um título executivo judicial (artigo 161, §6º)⁷³. Caso não seja homologado, o devedor poderá, também, apresentar um novo pedido de homologação (artigo 164, §8º)⁷⁴, só que desta vez cumprindo todos os requisitos legais.⁷⁵

Há uma parte doutrinária, conforme Marlon Tomazette, que diz que se o motivo da impugnação que indeferiu a homologação for a existência de atos de falência, deverá o juiz decretar de pronto a falência, visto que é um dos pressupostos da falência. Contudo, isto é apenas um apontamento doutrinário, haja vista que a Lei

⁷² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial - Ed. 7ª - Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017. p 1206.

⁷³ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial . § 6º A sentença de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III do caput, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.05.2021.

⁷⁴ Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de Recuperação Extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital eletrônico com vistas a convocar os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de Recuperação Extrajudicial , observado o disposto no § 3º deste artigo. § 8º Na hipótese de não homologação do plano o devedor poderá, cumpridas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação de plano de Recuperação Extrajudicial . In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12.05.2021.

⁷⁵ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Livro 3 Falência e Recuperação de Empresas - Ed. 5ª - São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 361.

não menciona nenhuma previsão para justificar tal ato do juiz.⁷⁶

2.1.8 Efeitos Da Homologação

Os efeitos da homologação do plano da Recuperação Extrajudicial, começam a partir da sentença, tornando, assim, o plano em um título executivo judicial. Vale destacar que a sentença não surte efeitos para suspender Direitos, ações ou execuções contra o devedor, daqueles credores que não estão incluídos no plano de recuperação.⁷⁷

Como mencionado, o plano gera efeitos após a sentença, desta forma, os efeitos não são retroativos, ou seja, não englobam fatos pretéritos. Todavia, há uma ressalva sobre a produção de efeitos anteriores quanto a modificação de valores ou na forma de pagamento dos credores signatários, visto que faz parte do plano, rever os créditos e modificá-los para que o devedor consiga a solvência destes, havendo a novação deles. Ademais, se não houver a homologação do plano de recuperação, os credores signatários poderão exigir seus créditos na forma original.⁷⁸

A alteração trazida pela Lei nº 14.112 de 2020, mudou o quorum para a aprovação do plano, que antes era 3/5 e agora passou para 1/2; posto isto, se houve a concordância de pelo menos a metade dos credores, os efeitos da homologação do plano irá atingir, inclusive, os credores que não o aceitaram. Para mais, esta vinculação de todos os credores faz surgir uma novação dos seus créditos, os quais

⁷⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Livro 3 Falência e Recuperação de Empresas - Ed. 5ª - São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 361.

⁷⁷ TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Empresarial Sistematizado - Ed. 8ª - São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. p. 752.

⁷⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial - Ed. 7ª - Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017. p 1208.

estão estipulados no plano da Recuperação Extrajudicial, mesmo que, posteriormente, seja decretada a falência preservará os novos créditos.⁷⁹

Por fim, outro efeito é da submissão da eventual alienação de estabelecimento (filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor) que esteja prevista no plano, que será feita por meio de leilão, propostas ou pregão. Ressalta-se que o adquirente do estabelecimento, ora alienado em Recuperação Extrajudicial, responderá pelas dívidas do alienante.⁸⁰

Assim, o adquirente responderá pelas dívidas: regularmente escrituradas, obrigações trabalhistas e obrigações tributárias. Nestas obrigações, a responsabilidade é subsidiária, caso o alienante tenha alguma atividade econômica, nos próximos seis meses da realização dos negócios, salvo contrário as obrigações tributárias serão integrais pelo adquirente.⁸¹

2.1.9 Desistência Da Adesão Da Recuperação Extrajudicial

Na Recuperação Extrajudicial a previsão acerca de desistência do pedido se dá em relação aos credores, no que diz respeito à sua adesão ao plano, sendo cerceada pelo artigo 161, § 5º⁸². Após a distribuição do pedido de Recuperação Extrajudicial, os credores não poderão desistir, salvo se os demais signatários

⁷⁹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Livro 3 Falência e Recuperação de Empresas - Ed. 5ª - São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 362.

⁸⁰ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Livro 3 Falência e Recuperação de Empresas - Ed. 5ª - São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 362.

⁸¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Livro 3 Falência e Recuperação de Empresas - Ed. 5ª - São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 362.

⁸² Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de Recuperação Extrajudicial. § 5º Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários. In: BRASIL. Lei 11.101 de 2005 - Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 13.04.2021.

anuírem de forma expressa.⁸³

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, a adesão de cada credor é sempre feita pelo pressuposto de que todos os signatários, na forma prevista pelo plano, darão sua parcela de contribuição para a realização do objetivo final. A desistência de qualquer um deles compromete os interesses dos demais. Dessa forma, a lei exige a concordância tanto do devedor, como dos outros credores aderentes para que um dos credores possa se liberar do previsto no plano.

Por fim, ainda conforme o autor, o credor aderente assume com o devedor obrigações que decorrem do encontro de vontades, balizados pelo que foi disposto no acordo da Recuperação Extrajudicial firmado entre eles. Uma vez de acordo com essas obrigações, o credor aderente não pode desvincular-se do plano sem anuência do devedor em crise e dos demais signatários, prevalecendo assim o acordo.⁸⁴

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À UTILIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELO EMPRESÁRIO EM CRISE

O presente artigo traz uma visão sobre um meio para que o empresário possa buscar soluções à fragilidade econômica e financeira da empresa, como a busca para novação com seus credores, alongamento do prazo, deságio das taxas de juros e etc.

Desta forma, fora feita uma análise no Tribunal de Justiça do Estado do

⁸³ COSTA, Daniel Carnio. Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba: Juruá, 2015. p. 305.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 528.

Paraná (TJPR) e no Tribunal do Estado de São Paulo (TJSP)⁸⁵. Tais órgãos foram escolhidos porque o TJPR é o tribunal responsável pelo julgamento de Homologações de Recuperações Extrajudiciais da localidade dos autores. Já a escolha pelo TJSP se dá em razão de ser o Tribunal com o maior volume de casos em Direito Empresarial no Brasil.

Ademais, o recorte temporal escolhido para fazer a pesquisa de Jurisprudência foi de 01 de agosto de 2020 a 10 de setembro de 2021. Embora a pandemia tenha começado meses antes, os efeitos financeiros causados por ela certamente demoraram alguns meses para repercutir na atividade empresarial. Por esta razão, escolheu-se este lapso temporal.

Notadamente, em uma busca perante o repositório de jurisprudência de cada um dos Tribunais mencionados, encontrou-se 13 processos em grau recursal sobre Recuperação Extrajudicial no TJPR⁸⁶ e 57 processos no TJSP⁸⁷.

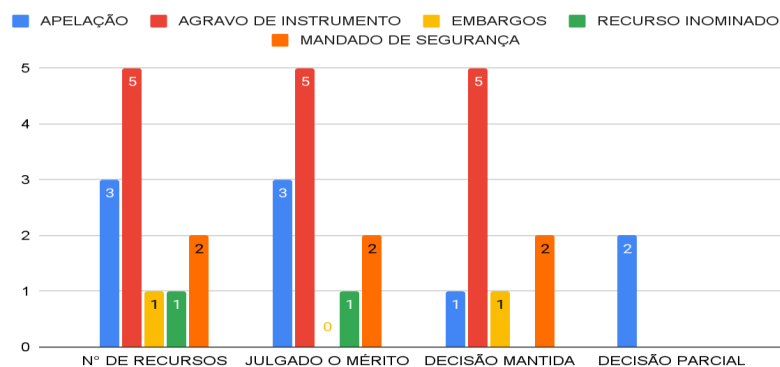
Os dados coletados nos Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e São Paulo podem ser assim categorizados⁸⁸:

⁸⁵ Observa-se que foi feita a análise em segundo grau, e não em primeiro, visto que não foram encontrados dados nas varas de Recuperação e Falência da cidade de Curitiba. Por estes motivos, os julgados foram retirados de decisões de segundo grau.

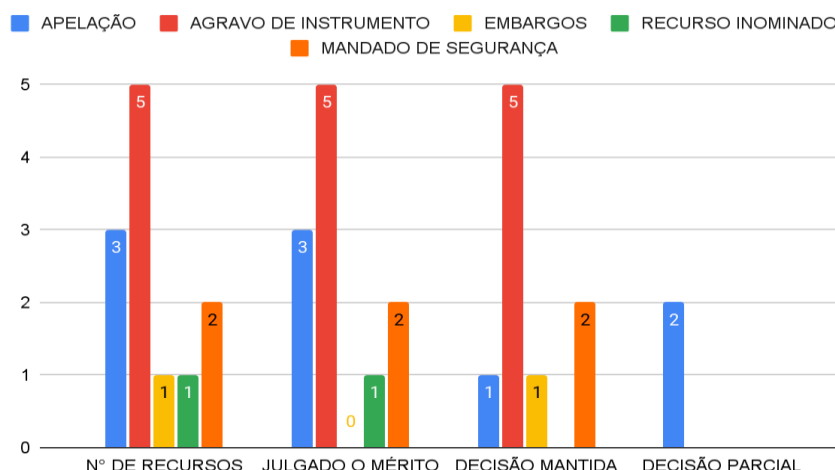
⁸⁶ Tribunal de Justiça do Paraná, com endereço eletrônico disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/>>

⁸⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, com endereço eletrônico em <<https://www.tjsp.jus.br/>>

⁸⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, com endereço eletrônico em <<https://www.tjsp.jus.br/>>



89



Portanto, por meio dos dados apresentados, infere-se que há um baixo número de processos e, destes, a maioria são agravos, tratando-se de decisões interlocutórias.

Diante disso, importante ressaltar, que quase todos os recursos foram julgados o mérito; caso contrário era porque havia erro formal ou o recurso era inapropriado.

Os principais temas abordados nas decisões se tratavam de credores que não

⁸⁹ Tribunal de Justiça do Paraná, com endereço eletrônico disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/>>

estavam abrangidos pelo plano de recuperação, período da suspensão das execuções (stay period) e sobre a interferência do juízo recuperacional em outras jurisdições. A maioria dos agravos era a tentativa do recuperando em expandir o stay period ou suspender a cobrança de créditos não abrangidos no plano. De todos os recursos, poucos reformam, em sua totalidade ou em parte, a decisão recorrida.

Por sua vez, as apelações (que são poucas) possuem decisões mais abrangentes, pois versam sobre os requisitos e efeitos da homologação: quorum de credores; a novação da dívida e seus efeitos; deliberação para interferência do juízo universal em processos paralelos e cláusulas que podem constar no plano de recuperação. Um dado interessante sobre as apelações em ambos os tribunais, é que das espécies de recursos, foi a que mais teve decisões alteradas.

Por fim, os tópicos seguintes irão abordar as principais matérias encontradas nas decisões dos tribunais ora mencionados, diante dos casos concretos e suas fundamentações.

3.1.1 Imóveis Locados Do Recuperando

É trivial que para realizar as mais diversas atividades empresariais, se faz necessário a locação de imóveis, ainda mais, quando trata-se de uma sociedade empresária com mais de uma filial. Desta sorte, em razão da dificuldade financeira que se encontra a empresa recuperanda, há grandes possibilidades de inadimplemento perante seus aluguéis.

Assim, o locador acaba por ingressar judicialmente com o pedido de despejo por falta de pagamento. Neste sentido, entende o TJPR, que o crédito constituído pela inadimplência do aluguel, mesmo que não esteja vinculado ao plano ou ocorreu antes do pedido de recuperação, ficará submetido ao juízo universal deliberar sobre eventual constrição do devedor. Mesmo que o processo inicial, despejo, trâmite em outro juízo.

Ademais, os créditos abrangidos no plano de recuperação, de verba referente a aluguel, ficam o locatário impossibilitado de perseguir estes créditos. Haja visto que, com inteligência dos artigos 161 e seguintes da Lei nº 11.101/2005, o plano atende estes requisitos, implicando na novação dos débitos nele compreendidos.⁹⁰

3.1.2 Execução De Créditos Fiscais No Stay Period

A própria Lei falimentar não sujeita os créditos de ordem tributária na suspensão das ações de cobrança desta natureza. Contudo, em decisão recente do TJPR, definiu-se como prosseguir com estas execuções no âmbito fiscal.

Como dito, o deferimento da Recuperação Extrajudicial, não tem o condão de suspender execuções fiscais, mas a pretensão constritiva que versa sobre o patrimônio da empresa, deve ser submetida à análise do juízo universal.⁹¹

Ou seja, o Poder Público não se sujeita à Lei nº 11.101/2005, contudo os créditos desta natureza, são regidos por legislação própria, a qual permite o parcelamento, conforme o Código Tributário Nacional. Outrossim, o tema 987 do Superior Tribunal de Justiça, já está sendo utilizado pelo TJPR (na decisão ora mencionada) e pacificou que a mera concessão da recuperação não acarreta na automática paralisação dos processos executivos. No entanto, a apreciação final sobre a constrição dos bens, fica para o juízo da recuperação.⁹²

⁹⁰ (TJPR - 17ª C.Cível - 0000661-61.2019.8.16.0108 - Mandaguaçu - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ANTONIO FRANCO FERREIRA DA COSTA NETO - J. 24.05.2021)

⁹¹ (TJPR - 4ª C.Cível - 0036627-84.2020.8.16.0000 - Maringá - Rel.: DESEMBARGADORA MARIA APARECIDA BLANCO DE LIMA - J. 08.03.2021)

⁹² (TJPR - 4ª C.Cível - 0037631-59.2020.8.16.0000 - Palmas - Rel.: DESEMBARGADOR ABRAHAM LINCOLN MERHEB CALIXTO - J. 10.02.2021)

3.1.3 Responsabilidade Do Co-Devedor Quando Da Homologação Extrajudicial

Segundo entendimento do TJSP, à homologação de Recuperação Extrajudicial deve ser aplicada a inteligência do artigo 163, caput, da Lei nº 11.101/2005, de modo que, ainda que novada a dívida frente ao devedor principal, a modificação da obrigação não beneficia co-devedores.

No paradigma, o TJSP analisou o pedido de extensão dos efeitos da Recuperação Extrajudicial, devidamente homologada em juízo, ao co-devedor de um contrato de locação comercial.⁹³

3.1.4 Restabelecimento Do Stay Period E Suspensão De Credores Não Abrangidos Pelo Plano

A decisão que homologou o plano de Recuperação Extrajudicial não autoriza automático restabelecimento do *stay period*. A competência para analisar eventual necessidade de suspensão da execução cabe ao Juízo recuperacional.

Como fundamentado em decisão do TJSP, não é de competência do juízo *a quo*, ou seja, aquele que não está apreciando a matéria recuperacional, decidir sobre a suspensão da execução, sendo de competência do Juízo da recuperação julgar a necessidade da manutenção do *stay period*. Além disso, a suspensão da sentença homologatória não é fato suficiente para restabelecer o decidido anteriormente.⁹⁴

No que concerne à suspensão de ações ou execuções de credores não

⁹³ (TJSP; Apelação Cível 1009581-34.2016.8.26.0625; Relator (a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/08/2020; Data de Registro: 05/08/2020)

⁹⁴ (TJSP; Agravo de Instrumento 2177751-42.2020.8.26.0000; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 39ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/02/2021; Data de Registro: 10/02/2021)

sujeitos ao plano de Recuperação Extrajudicial, entende-se que não deve ocorrer a suspensão, como previsto no §4º do artigo 161 da Lei nº 11.101/05. Todavia, os credores potencialmente submetidos ao plano de Recuperação Extrajudicial são afetados por dita suspensão.⁹⁵

Como supracitado, quando o crédito do executado for comprovadamente abrangido pelo plano é necessário a suspensão da execução, sob risco de as constrições de bens e Direitos impedirem a reestruturação e consecução do plano de recuperação apresentado pela executada, em prejuízo do próprio credor.⁹⁶

3.1.5 Formação Da Classe De Credores

Acerca da formação da classe de credores, a empresa recuperanda deve fornecer tratamento isonômico a todos os credores incluídos no plano de Recuperação Extrajudicial, sendo vedado qualquer tipo de tratamento diferenciado, visando, por exemplo, a busca da aprovação do plano para a respectiva classe de credores.

Em decisão, o TJSP preceitua que nas recuperações extrajudiciais impositivas, é necessário determinado controle à formação da classe de credores, sob pena de prejuízo dos credores dissidentes que são forçadamente submetidos ao plano. Os credores da mesma classe devem ser, necessariamente, submetidos às mesmas condições.⁹⁷

Da mesma maneira, em decisão semelhante do TJSP, a homologação do plano de Recuperação Extrajudicial foi negada em razão de que o quadro de credores

⁹⁵ (TJSP; Agravo de Instrumento 2176563-14.2020.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/09/2020; Data de Registro: 22/09/2020)

⁹⁶ (TJSP; Agravo de Instrumento 2192376-81.2020.8.26.0000; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 16/06/2021; Data de Registro: 18/06/2021)

⁹⁷ (TJSP; Agravo Interno Cível 2083698-69.2020.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 16/12/2020; Data de Registro: 18/12/2020)

apresentado pela empresa recuperanda não atendeu às exigências do artigo 163, §6º, III da Lei nº 11.101/2005, inviabilizando a análise do quórum dos credores de cada espécie.⁹⁸

3.1.6 Descumprimento Do Plano Homologado

A homologação judicial do plano de Recuperação Extrajudicial enseja, em caso de descumprimento deste título, a possibilidade da parte credora ingressar em juízo para executar diretamente a dívida sobre o ativo que a empresa possui.

Corroborando ao exposto, em decisão, o TJSP entendeu que o descumprimento de qualquer obrigação acarretará a possibilidade de execução específica da obrigação ou a convalidação da recuperação em falência, atraindo o juízo universal.⁹⁹

3.1.7 Convenção De Cláusula Arbitral No Plano De Recuperação

As lides empresariais têm se beneficiado de procedimentos arbitrais, para resolução dos conflitos mais célere e eficiente, com isso o TJPR entendeu que a convenção da cláusula arbitral é um negócio jurídico processual típico, a qual é faculdade das partes fixarem uma cláusula sobre a jurisdição arbitral. Cabível, portanto, a inclusão desta cláusula no plano de Recuperação Extrajudicial.

Ressalta-se, ainda, que não precisa da anuência individual de cada credor,

⁹⁸ (TJSP; Apelação Cível 1014127-23.2017.8.26.0068; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Barueri - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/11/2020; Data de Registro: 26/11/2020)

⁹⁹ (TJSP; Agravo de Instrumento 2002711-46.2020.8.26.0000; Relator (a): Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 04/09/2020; Data de Registro: 08/09/2020)

caso a maioria dos credores aprovem.¹⁰⁰

3.1.8 Efeitos Da Homologação Sobre Variados Créditos

Como já dito, a homologação e aprovação do plano, torna este um título executivo judicial, novando os débitos anteriores submetidos ao plano.

Diante do paradigma, considerando que os prazos de carência e deságio dos créditos, contém, também, juros moratórios, sendo matérias vinculadas ao plano. Consequentemente, não cabe ao Poder Público interferir sobre os juros moratórios.

Cabe às partes estipularem o índice da correção monetária e a supressão desta não é possível, caso ocorra sujeita-se ao controle jurisdicional.

No caso julgado pelo TJPR, houve a previsão expressa à utilização do índice IPCA, contudo esta previsão não inclui os créditos dos credores não aderentes. Assim, julgou pela extensão da aplicação do IPCA à totalidade dos créditos submetidos ao plano.¹⁰¹

Agora, sobre créditos de natureza quanto aos honorários sucumbenciais, na inteligência da Lei Falimentar, entende que o crédito de advogado é alimentar e trabalhista ou extraconcursal, não sendo possível ao plano tratar sobre.¹⁰²

CONCLUSÃO

Conforme pode-se analisar no decorrer do presente artigo o instituto da

¹⁰⁰ (TJPR - 18ª C.Cível - 0016755-47.2019.8.16.0185 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR MARCELO GOBBO DALLA DEA - J. 01.09.2021)

¹⁰¹ (TJPR - 18ª C.Cível - 0016755-47.2019.8.16.0185 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR MARCELO GOBBO DALLA DEA - J. 01.09.2021)

¹⁰² (TJPR - 18ª C.Cível - 0016755-47.2019.8.16.0185 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR MARCELO GOBBO DALLA DEA - J. 01.09.2021)

Recuperação Extrajudicial possui diversas vantagens, como menor onerosidade, celeridade, além da possibilidade de negociação com determinada classe de credores.

Desta forma, esse procedimento torna-se um dos principais meios para se buscar a recuperação da empresa em crise e a consequente manutenção dos empregos gerados por ela, assim como o consequente fomento à economia e o regular pagamento de impostos.

Assim, o instituto da Recuperação Extrajudicial trata-se de uma alternativa eficiente para que as empresas em crise tenham a possibilidade de vencer esse período de forma menos onerosa, mais célere e eficiente, permitindo às partes a realização de um acordo personalizado e menos desgastante, viabilizando a recuperação da empresa sem a necessidade de um longo processo judicial.

Aprimorando ainda mais o instituto da Recuperação Extrajudicial, a Lei Federal nº 14.112/2020 promoveu mudanças para tornar este procedimento mais atrativo aos empresários e credores.

Um dos exemplos das alterações realizadas que tornaram o procedimento ainda mais atraente é a inclusão dos passivos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho à Recuperação Extrajudicial, desde que previamente ocorra uma negociação coletiva com o sindicato representante da categoria.

Ademais, como já demonstrado no decorrer deste artigo, outra mudança essencial introduzida pela Lei Federal nº 14.112/2020 ao regime da Recuperação Extrajudicial trata-se da redução do quórum para o requerimento da homologação do plano. Anteriormente, o quórum necessário era de $\frac{3}{5}$ dos credores, atualmente, após a mudança, o devedor pode requerer a homologação do plano de Recuperação Extrajudicial se este for assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano.

Por fim, outra grande mudança que incentiva ainda mais a utilização da

Recuperação Extrajudicial é a viabilidade da ocorrência do *stay period*, além da possibilidade de sua prorrogação por uma vez pelo mesmo período temporal (180 dias). O *stay period* permite ao devedor uma tentativa de reorganização da empresa e de suas finanças. Destaca-se que a utilização do *stay period* na Recuperação Extrajudicial não era permitido antes da vigência da Lei Federal nº 14.112/2020.

A Recuperação Extrajudicial possui algumas vantagens se comparada com a Recuperação Judicial, como a celeridade e o custo mais acessível. Além disso, a menor burocracia, assim como a menor necessidade de intervenção do poder judiciário permitem uma maior comodidade na negociação das dívidas tanto a devedores quanto a credores.

Além disso, os fatores acima mencionados permitem a reabilitação da empresa em dificuldade de forma mais rápida e prática. O ponto contrário ao procedimento da Recuperação Extrajudicial encontra-se nos casos de maior complexidade, em quais, por exemplo, a empresa possui diversos credores, aumentando o grau de dificuldade das negociações. Desta forma, nesses casos a Recuperação Judicial passa a se tornar uma alternativa mais interessante para buscar o soerguimento da empresa em crise.

Agora, com base no que foi pesquisado e encontrado sobre os processos de Recuperação Extrajudicial, percebe-se um número baixo de recursos que versam a respeito da homologação do plano de recuperação. Muito, ao nosso ver, porque a homologação é a única parte em que há interferência do Poder Judiciário - análise da legalidade e requisitos -, assim, caso ocorra a falta de algum requisito do plano é muito mais eficiente modificá-lo e entrar novamente com o pedido de homologação perante o judiciário, ao invés de interpor um recurso de apelação (que não possui efeito suspensivo) para tentar aprová-lo, por exemplo.

Acerca dos outros julgados, com os temas já supramencionados no tópico 3 e demais subitens, extrai-se questões pertinentes e decisões que interferem no

decorrer das fases da Recuperação Extrajudicial, uma vez que muitas delas a Lei Federal nº 11.101/2005 não menciona ou não deixa claro (como a competência do juízo universal em apreciar os processos paralelos de despejo e fiscais).

Sendo assim, a Jurisprudência faz um polimento na Lei falimentar, mostrando a correta aplicabilidade dos dispositivos legais e preenchendo as lacunas que há no texto legal. Visto que, mesmo com as alterações da Lei Federal nº 14.112/2020, ainda existem erros, como por exemplo: a aplicabilidade do *stay period*, que antes tinha um prazo máximo de 180 dias improrrogáveis e mesmo assim ele era prorrogado em juízo. Já na nova redação, o prazo manteve-se em 180 dias, com a possibilidade de prorrogação por uma única vez. Na prática não ocorre grande variação, pois se outrora o prazo já era prorrogável quantas vezes fosse necessário (mesmo a lei, expressamente, proibindo a dilação do prazo), agora, a conjectura continua igual.

O Legislador, na tentativa de melhorar a Lei, mas sem entender quais são as verdadeiras necessidades à recuperação dos empresários, acaba, na prática, não trazendo mudanças contundentes.

Contudo, eminentemente a Recuperação Extrajudicial tem sua importância para o desenvolvimento da economia nacional, visto que os empresários têm um papel importante na sociedade: geração de empregos, movimentação de capital, desenvolvimento de produtos/serviços etc. Dito isto, quanto mais possibilidade os empresários tiverem à disposição para resolver problemas econômicos-financeiros, melhor.

Desta maneira, a Recuperação Extrajudicial é uma excelente opção, tendo em vista que os custos são bem inferiores ao da Recuperação Judicial, além de ser um instituto mais ágil, prático e menos burocrático. Ademais, grandes empresas se beneficiaram deste mecanismo, caso da Restoque e Graneles.

Assim, infere-se que a Recuperação Extrajudicial pode ser uma ótima ferramenta para os mais diversos empresários que passam por dificuldades e

precisam restabelecer o bom funcionamento de sua empresa, continuando suas atividades empresariais e suas funções socioeconômicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência - Comentada e Comparada. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2021. p. 199.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>

BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2002. Regula a Recuperação Judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresárias. diário Oficial da União: seção 1, edição Extra, Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

BRASIL. Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101/2005, 10.522/2002 e 8.929/1994, para atualizar a legislação referente à Recuperação Judicial, à Recuperação Extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, seção 1, edição 246-B, página 23, Brasília, DF, 24 de dezembro de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm>

CAMPINHO, Sergio. Curso de Direito comercial - Direito de empresa. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. p. 24.

CHAGAS, Edilson Enedino Das. ESQUEMATIZADO - DIREITO EMPRESARIAL. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. p. 401.

CLARO, Carlos Roberto e FONSECA, Luiz Augusto Guimarães de Carvalho. DO DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR NO ÂMBITO DE ACORDOS À REALIDADE DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, vol. 2/2016, de outubro - dezembro de 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. – 11 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 525-526.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. A Aplicabilidade dos Meios Extrajudiciais na Recuperação Empresarial. Cadernos FGV Projetos, nº 33, ano 13, p. 118 - 124, Setembro de 2018.

COSTA, Daniel Carnio. Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba: Juruá, 2015. p. 305.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Soluções Negociadas para a Insolvência Empresarial. Cadernos FGV Projetos, nº 33, ano 13, p. 44 - 53, Setembro de 2018.

DE GOUVÊA, João Bosco C. Recuperação e Falência - Lei Nº 11.101/2005 - Comentários Artigo por Artigo. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2009. p. 197.

DI PIERO, Monica Maria Costa. Recuperação Extrajudicial. Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência. Capítulo 57, p. 795 -803.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo e LÚCIO, Rayane Borba da Silva. Lei nº 11.101/2005: Procedimento da Falência, Recuperação Judicial e Recuperação Extrajudicial de Empresas. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. Ano XII, vol. XII, n. 42, janeiro - junho de 2021.

MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 129.

MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2021. p. 255.

NAHAS, Fernando William Baunemer. Recuperação Extrajudicial: Natureza Jurídica, Modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no Direito Estadunidense, Argentino, Francês e Português. Revista de Direito Empresarial, vol. 16/2016, p. 129-172, de julho - agosto de 2016.

NEGRÃO, Ricardo. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo. Editora Saraiva, 2019. p. 256.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial - Ed. 7ª - Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2017. p 1206.

SACRAMONE, Marcelo. COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. p. 122.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. MANUAL DE DIREITO EMPRESARIAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 23.

SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 502.

SANCHEZ, Alessandro. Direito Empresarial Sistematizado. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2018. p. 349.

SCALZILLII, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: Grupo Almedina, 2018. p. 537

SILVA, PACHECO, José. D. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, 4ª edição. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2013. p. 434.

TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Empresarial Sistematizado - Ed. 8ª - São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. p. 751.

TOMAZETTE, Marlon. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL V 3 - FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p 30.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 21.

VIDO, Elisabete. CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 15.

WANDERLEY, Eduardo G. et al. O Novo Sistema de Recuperação Extrajudicial. Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência. Capítulo 58, p. 805 - 816.

ZAFFARI, Eduardo. et al. Direito Falimentar: Recuperações Judicial e Extrajudicial. Porto Alegre. Grupo A, 2021. p. 221-222.

**A INCLUSÃO DE TRIBUTOS NA BASE DE CÁLCULO DA
OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA**

*THE INCLUSION OF TAXES IN THE CALCULATION BASIS OF THE
TAX OBLIGATION*

Ana Luiza Rolim de Moura FERREIRA¹

Mônica XIANG YU²

Gabriel PLACHA³

RESUMO

A inclusão de tributos na base de cálculo da obrigação tributária, é um fenômeno que ocorre devido a inobservância de princípios constitucionais e a ausência de elementos que definem a hipótese de incidência do tributo. Esta falta de elementos, torna a hipótese de incidência abstrata, o que dificulta o entendimento acerca daquilo que se enquadra no conceito da hipótese e, conseqüentemente, de quais valores irão compor a base de cálculo do tributo. A respeito do tema, verifica-se que inúmeras são as

¹Aluna graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da FAE Centro Universitário. Contato: ana.ferreira@mail.fae.edu.

²Aluna graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da FAE Centro Universitário. Contato: monica.yu@mail.fae.edu.

³Professor orientador. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2000). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002). Mestre em Direito Social e Econômico pela PUCPR (2007). Professor de Direito Tributário e Processo Tributário da Graduação e Pós-Graduação da FAE. Professor de Direito Tributário no Agronegócio da Pós-Graduação da PUCPR. Professor de Direito Tributário no Agronegócio da Pós-Graduação do IDCC. Professor de Contratos do Agronegócio na Pós-Graduação da UNICURITIBA. Secretário da Comissão de Direito Agrário e do Agronegócio da OAB/PR. Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Agrário e do Agronegócio do Conselho Federal da OAB. Advogado em Curitiba/PR. Sócio Administrador da Araújo & Advogados Associados.

demandas discutidas no judiciário, em que contribuintes e o fisco discutem acerca da natureza dos acréscimos patrimoniais percebidos pelo sujeito passivo, e se estes se enquadram na hipótese prevista pela legislação. Em análise às decisões emitidas pelo Judiciário, constata-se que o entendimento acerca do tema não é pacificado, e, em alguns casos, verifica-se a inaplicabilidade dos princípios manifestados pela CF/88, quais sejam o da Legalidade, Isonomia Tributária e Capacidade Contributiva. A questão da viabilidade e da constitucionalidade da sobreposição tributária ainda é uma temática cinzenta, posto que, é tratada de maneira abstrata na legislação, o que ocasiona um cenário de insegurança jurídica aos contribuintes.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação; Base de Cálculo; Sobreposição de Tributos.

ABSTRACT

The inclusion of taxes in the calculation basis of the tax obligation is a phenomenon that occurs due to the non-observance of constitutional principles and the absence of elements that define the hypothesis of incidence of the tax. This lack of elements makes the incidence hypothesis abstract, which makes it difficult to understand what fits into the concept of the hypothesis and, consequently, which values will compose the tax calculation basis. Regarding the subject, it appears that there are numerous demands discussed in the judiciary, in which taxpayers and the tax authorities discuss the nature of the property increases perceived by the taxpayer, and whether these fall into the hypothesis provided for by law. In analyzing the decisions issued by the Judiciary, it appears that the understanding on the subject is not pacified, and, in some cases, the inapplicability of the principles expressed by the CF/88, which are those of Legality, Tax Isonomy and Capacity Contributory. The issue of the feasibility and constitutionality of the tax overlap is still a gray issue, since it is treated in an abstract way in the legislation, which causes a scenario of legal uncertainty for taxpayers.

KEYWORDS: Taxation; Calculation basis; Overlapping of Taxes.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPRB – Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta
CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN – Código Tributário Nacional
FINSOCIAL – Fundo de Investimento Social
ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços
ICMS-ST – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços Substituição
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU – Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana
IRPF – Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas
IRPJ - Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas
ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITR – Imposto Territorial Rural
IVA – Imposto sobre Valor Agregado
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PIS – Programa de Integração Social
RE – Recurso Extraordinário
RE-RG – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

Selic – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região

1 INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da inclusão de tributos na base da obrigação tributária é um tema que possui estrita relação com a função primordial do Estado, qual seja a de arrecadar.

Vislumbra-se que a sociedade sempre buscou limitar o poder fiscal do Estado, a partir de instrumentos jurídicos que visassem assegurar os direitos e garantias individuais do cidadão, promovendo a arrecadação justa e igualitária⁴.

Atualmente no Brasil, a CF/88⁵ estabelece limitações ao poder de tributar do Estado visando resguardar os Princípios da Legalidade, Isonomia Tributária, Capacidade Contributiva, entre outros, com o intuito de defender o contribuinte da força arbitrária das autoridades fiscais.

⁴ Ex. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789:

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: artigos 150 a 152.

Em que pese o exposto acima, existem ocasiões em que o Sujeito Ativo (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) utiliza-se da competência tributária de maneira dissonante ao estabelecido na CF/88, o que ocasiona (somado a alta complexidade, burocracia e distorções no sistema tributário) o aumento da carga tributária.

Tal fato ocorre nos casos de sobreposição, em que a base de cálculo dos tributos segue composta pelos valores de outros tributos que incidem na operação (ou, em alguns casos, dos valores do próprio tributo), acarretando a majoração do recolhimento.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TRIBUTO, DA BASE DE CÁLCULO E DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Inicialmente, é importante conceituar alguns institutos tributários, como o tributo, a base de cálculo e a hipótese de incidência. Segundo o artigo 3º do CTN, o tributo é:

(...) toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.⁶

Segundo Ernst Blumenstein⁷, os tributos são as prestações pecuniárias que o Estado, ou um ente por ele autorizado, que em virtude de sua soberania territorial, exige dos sujeitos econômicos que lhe estão submetidos. Neste mesmo sentido,

⁶ BRASIL. Código de Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

⁷ FORTE, Milano, Sistema di Diritto Delle Imposta, trad. it. F. 1954.

Rubens Gomes de Sousa⁸, define que *“o tributo é a receita derivada que o Estado arrecada mediante o emprego da sua soberania, nos termos fixados em lei.”*

Em continuidade, uma vez entendido o que é tributo, é importante esclarecer o conceito de base de cálculo.

Paulo de Barros Carvalho elucida de uma forma inicial que, no direito brasileiro, o tipo tributário é definido por dois fatores, a base de cálculo e a hipótese de incidência, e complementa afirmando que tal binômio tem *“a propriedade de diferenciar as espécies tributárias entre si”*.⁹

Para Hugo de Brito Machado¹⁰, a base de cálculo tributária é a grandeza econômica pela qual se verifica o valor do tributo - não fixado por lei. De forma exemplificativa, se a norma tributária tem por hipótese de incidência a propriedade de um veículo automotor, a base de cálculo do tributo, conseqüentemente, será o valor do veículo.

Sobre a aplicação da base de cálculo da legislação expressa, o artigo 145 § 2º da CF/88 regula que as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos, mais adiante, o art. 154, do dispositivo supracitado, determina que:

Art. 154. A União poderá instituir:

I — mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;¹¹

⁸ SOUSA, Rubens Gomes de, *Compêndio de legislação tributária*, 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1954, p. 12.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*. 30.ed. São Paulo, Ed. Saraiva Educação 2019, p 221.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Art.154.

Constata-se que essa determinação do legislador tem como objetivo afastar a ocorrência de dupla tributação e *bis in idem*, contudo, cabe questionar se tal dispositivo também se mostra eficaz nas hipóteses de sobreposição de tributos.

Por fim, o último conceito a ser contextualizado é a hipótese de incidência que deverá ser expressa na norma jurídica e está relacionada a situação que, se e quando acontecer, provoca a constituição da relação jurídica tributária, e, conseqüentemente, a incidência da norma e a produção de efeitos jurídicos, quais sejam, a irradiação de direitos e obrigações¹².

Acerca da hipótese de incidência, esta será analisada de forma isolada mais à frente neste artigo.

3 DA REGRA MATRIZ E AS FUNÇÕES DA BASE DE CÁLCULO

Hugo de Brito Machado estabelece que a base de cálculo é “expressão econômica do fato gerador do tributo”¹³, tratando-a como elemento essencial na identificação do tributo correspondente e do montante devido.

A Regra Matriz de Incidência Tributária é uma criação doutrinária, que tem por finalidade, analisar o tributo segundo suas características básicas devendo estar presentes no texto normativo que originou o tributo. Após a análise, é definido o fato jurídico tributário - conseqüentemente delimitado à sua hipótese de incidência – e, por fim, é identificada a obrigação tributária resultante desta.

Na visão de Hugo de Brito Machado:

¹² MACHADO, Hugo de Brito, Manual de Direito Tributário. 10. ed. São Paulo, Ed. Atlas 2018.

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 135.

(...) é grande a importância da base de cálculo, porque ela nos permite identificar o tributo de que se cuida. Se a lei cria um imposto sobre a renda mas indica como sua base de cálculo a receita ou o patrimônio, está na verdade, criando imposto sobre a receita ou o patrimônio, e não sobre a renda. (...) A base de cálculo é, portanto, elemento essencial na identificação do tributo, sobre o qual se aplica a alíquota para ter-se como resultado o valor do tributo correspondente¹⁴.

Elucidado o conceito de Regra Matriz e ressaltada a importância da base de cálculo dentro dessa, convém destacar, as principais funções. Paulo de Barros Carvalho divide as referidas funções em 3 cerne distintos:

a) função mensurada, pois mede as proporções reais do fato; b) função objetiva, porque compõem a específica determinação da dívida (atribui certeza ao crédito); e por fim c) função comparativa, uma vez que posta em comparação com o critério material da hipótese, é capaz de confirmá-lo, informá-lo ou afirmar aquilo que consta no texto da lei, de modo obscuro.¹⁵

O referido autor esclarece que a Função Mensurada - de medir as proporções reais do fato - diz respeito ao atributo valorativo da norma tributária, responsável por fixar a fórmula numérica de estipulação do conteúdo econômico a ser cumprido pelo sujeito passivo. Trata-se, portanto, da medição da intensidade do comportamento trazido no antecedente da norma, ou seja, da dimensão do núcleo da hipótese de

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário. 29 ed. São Paulo, Malheiro Editores, p 154, 2008.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário. 30.ed. São Paulo, Ed. Saraiva Educação 2019, p 418.

incidência. Tal suporte valorativo deve, no entanto, ficar adstrito aos limites do fato, às suas propriedades e a sua natureza¹⁶.

Em consequente, a segunda função - de compor a específica determinação da dívida - tem, na base de cálculo, o papel de delimitar o conteúdo do objeto da relação obrigacional funcionando como integrante de uma equação matemática. Nessa operação, a alíquota é aplicada sobre a base de cálculo de tal modo que se determine o *quantum* devido a título de tributo.¹⁷

Por fim, Paulo de Barros¹⁸ aborda sobre a função comparativa, que diferentemente das duas outras, tem como objetivo confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro aspecto material da hipótese tributária.

Assim, a base de cálculo, é o instituto jurídico que permite a identificação do aspecto material da hipótese de incidência, pois exerce, de modo genuíno, a função comparativa entre o enunciado no núcleo da hipótese e o valor determinado em sua base de cálculo, devendo esta por fim representar uma grandeza inerente ao fato jurídico tributário, de forma que, em caso de disparidade, a base de cálculo se manterá sólida, em razão de sua função de infirmar o aspecto material da hipótese tributária.¹⁹

Pela análise, extrai-se que a base de cálculo tributária é atributo essencial da hipótese de incidência, tendo como principal função delimitar o seu núcleo e mensurar, mediante a auto-aplicação da alíquota, a quantia exata a ser paga a título do tributo, bem como elucidar o aspecto material da norma tributária.

¹⁶ Ibid, pp. 413 a 415.

¹⁷ Ibid, p. 415.

¹⁸ CARVALHO, op.cit.

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário. 30.ed. São Paulo, Ed. Saraiva Educação 2019, pp. 416-417.

Em suma, mais uma vez se é chegado à conclusão de que a base de cálculo é o reflexo econômico da hipótese de incidência.

3.1 Da hipótese de incidência de um tributo

Como já abordado anteriormente, a hipótese de incidência é descrita por diversos doutrinadores como uma *“formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei de um fato”*²⁰. Desse modo, acaba por tornar-se um conceito abstrato.

No presente artigo estuda-se a possibilidade - legitimada pela doutrina e legislação - de inclusão de tributos em sua própria base de cálculo e/ou de outros tributos, desta forma, cabe a análise minuciosa da hipótese de incidência tributária, para então, definir se esta norma viabiliza a problemática estudada.

Ressalta-se que o enfoque do estudo é sob a ótica da hipótese de incidência e não do fato gerador, entretanto, tendo em vista que o fato gerador é a situação que se enquadra no conceito da hipótese e que se manifesta no caso concreto, deve, também, ser analisada.

A hipótese de incidência é abstrata e, quando concretizada, resulta em uma tributação tornando-se um fato gerador. Toma-se como exemplo, o Imposto sobre Importação (previsto no artigo 19 do CTN), que tem como hipótese de incidência a entrada de produtos de origem estrangeira em território nacional. Neste caso, a incidência é a correspondência entre a previsão abstrata da norma e a situação concreta.

Desse modo, a hipótese de incidência é o princípio que rege quais devem ser as circunstâncias para que o sujeito passivo tenha que pagar o tributo ao sujeito ativo.

3.2 A sobreposição de tributos sob a ótica da hipótese de incidência

²⁰ ATALIBA, Geraldo, *Hipótese de Incidência*. 6 ed. São Paulo, Ed. Malheiros 2009, p 58.

Elucidado o conceito de hipótese de incidência, cabe entender o que de fato é a sobreposição tributária e analisar qual a real possibilidade de incidência sob a ótica abstrata deste fenômeno.

Atualmente, o sistema tributário brasileiro, à primeira vista, não permite uma sobreposição tributária, contudo, se analisado de uma forma ampla, é mais fácil notar que tal percepção é flexibilizada.

O posicionamento de maior destaque acerca da matéria é o encampado por Roque Antônio Carrazza, para ele tal mecanismo jurídico possibilita uma manipulação da base de cálculo de maneira a desvirtuá-la, resultando, como consequência, na descaracterização do tributo como um todo²¹.

Carrazza ainda aponta, que a base de cálculo tem por finalidade tanto a quantificação da prestação pecuniária do sujeito passivo tributário - a qual é definida pelo surgimento do tributo - quanto na definição (ou confirmação) da natureza jurídica da exação²².

Como esclarecido anteriormente, ainda que expresso no texto constitucional a respeito da não-cumulatividade dos tributos incidentes sobre o consumo é cotidiana a cumulatividade, seja ela incidente ao longo da cadeia produtiva, como no caso do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, seja aquele que se verifica dentro da base de cálculo tributária.

Assim, este último elemento da base de cálculo, garante que esta mantenha total congruência com a hipótese de incidência constitucionalmente pré-definida, não cabendo então, a possibilidade de que a norma instituidora do tributo traga outro elemento interpretativo, que destoe da realidade hipotética imposta por ela.

²¹ CARRAZZA, Roque Antonio, Curso de Direito Constitucional Tributário, 27 ed. São Paulo, Ed. Malheiros 2011, p 335.

²² Ibid, p 333.

A cumulatividade de tributos sob uma mesma base e/ou bases distintas, acaba por deformar a base de cálculo e, mesmo existindo, não é abordada de forma recorrente pela CF/88 ou pela doutrina.

A ausência de um consenso e um entendimento solidificado acerca da matéria, seja na legislação ou jurisprudência, denota uma opção legislativa de permitir que a cumulatividade ocorra de forma subliminar, o que leva à inércia em regulamentar o tema. Desse modo, o sujeito passivo sofre os males da sobreposição, que, por muitas vezes, não poderia ocorrer, visto que a hipótese de incidência não permitiria a duplicação do fato gerador.

Por fim, cabe então analisar o posicionamento jurisprudencial acerca da sobreposição de tributos e a possibilidade, ou não, da inclusão de tributos sob uma mesma base e/ou bases distintas. A partir das análises dos casos concretos, torna-se fácil a ilustração dos preceitos aqui apontados.

3.3 Análise dos pressupostos contidos no acórdão do julgado RE 574.706/PR – RG Tema 69, do Plenário do STF

No dia 15/03/2017, o STF decidiu, em sede de Repercussão Geral, pela inconstitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo das Contribuições Sociais PIS e COFINS, mediante julgamento do Recurso Extraordinário 574.506/PR.

Após a interposição de Embargos de Declaração, por parte da União, a respeito da metodologia de cálculo²³ da exclusão e eventual modulação dos efeitos da decisão, a discussão se estendeu até a data de 13/05/2021, dia em que o Plenário decidiu por maioria excluir o ICMS destacado nas notas fiscais e modular os efeitos a

²³ A União manifestou entendimento a respeito da metodologia para o cálculo da exclusão do ICMS, conforme Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018, em que propõe que o valor a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor de ICMS a ser recolhido no mês, e não ICMS destacado em documento fiscal.

partir da data da decisão de mérito (15/03/2017). A demanda transitou em julgado na data de 17/09/2021.

A demanda, representa um marco importante para o Direito tributário brasileiro, uma vez que a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS gera imenso impacto financeiro para os contribuintes (positivo) e também para os cofres públicos (negativo), que não mais poderão contar com a arrecadação destes valores.

Outrossim, os critérios estabelecidos na decisão promovem novas perspectivas no âmbito da inclusão de tributos na base de tributos, uma vez que promovem uma discussão aprofundada acerca da hipótese de incidência do PIS e da COFINS, de acordo com as normas tributárias vigentes.

3.3.1 Argumentos contrários à tese

Neste diapasão, temos que a discussão versa sobre qual o conceito autêntico da hipótese de incidência tributária, deve ser aplicável ao PIS e a COFINS. A controvérsia decorre da discordância quanto ao conceito de “Receita e Faturamento” (hipótese de incidência do PIS e da COFINS), especificamente se o ICMS da operação é considerado Receita ou Faturamento da empresa, para assim ser incluído na base de cálculo das contribuições.

A CF/88, em seu artigo 195, determina as hipóteses que estão sujeitas à incidência das contribuições, conforme abaixo:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

(...)

b) a receita ou o faturamento; (grifo nosso)

Neste sentido, conforme exposto acima, o legislador determinou que a base de cálculo das referidas contribuições será o valor da **receita ou faturamento** da empresa ou entidade.

Assim, alguns juristas fundamentaram seus votos de maneira desfavorável ao contribuinte, no sentido de expandir este conceito para englobar o valor do ICMS, sendo o caso do entendimento exarado pelo Min. Edson Fachin, conforme exposto abaixo:

(...) o conceito jurídico-constitucional de faturamento se traduz na somatória de receitas resultantes das atividades empresariais, e não apenas da venda de bens e serviços correspondentes a emissão de faturas.²⁴

Fachin discorre seu voto com base na doutrina de Andrei Pitten²⁵, ensejando que “o faturamento espécie do gênero receita bruta, engloba a totalidade do valor auferido com a venda de mercadorias e a prestação de serviços, inclusive o quantum de ICMS destacado na nota fiscal”. Em síntese, conclui-se que o ICMS é receita efetiva para o contribuinte, uma vez que ocasiona um aumento patrimonial.

Outra questão relevante foi trazida pelo Ministro Dias Toffoli, que questiona se a declaração da inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706/PR**. P. 8 do voto do Ministro Edson Fachin. Relatora: Mín. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

²⁵ VELLOSO, Andrei Pitten. **ICMS na base de cálculo dos tributos sobre a receita**: premissas e corolários lógicos da tese jurídica. Revista de doutrina TRF4. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao075/Andrei_Pitten_Velloso.html Acesso em: 23 mai. 2021.

COFINS não poderia opor-se ao conceito do “cálculo por dentro” de tributos, como vem sendo feito nos casos do cálculo do ICMS, PIS e COFINS, por exemplo, uma vez que o cálculo de tributos sobre tributos enseja o repasse de “preço” ao contribuinte e não de tributo resultando na inexistência de relação jurídica tributária entre adquirente e vendedor, pois o repasse se refere ao preço e não ao tributo. Ademais, afirma que se o ICMS compõe a própria base de cálculo deveria, também, compor a base das contribuições, conforme abaixo:

É preciso destacar, ademais, que o adquirente da mercadoria ou do serviço, embora possa arcar com o ônus financeiro (caso lhe tenha sido transladado) do ICMS e daqueles outros gastos, desembolsa importe que juridicamente não é tributo – até porque inexistente relação jurídica tributária relativa ao imposto entre ele e a vendedora ou a prestadora, ou entre ele e o Estado membro – nem pagamento de salário ou de tarifa de energia elétrica, mas sim preço, o qual decorre de uma relação contratual firmada com a vendedora ou com a prestadora de serviços.

(...)

Ora, se o ICMS recolhido pelo contribuinte compõe o valor das operações de vendas que serve de base de cálculo do imposto estadual, com mais razão deve integrar a receita bruta da pessoa jurídica, base de cálculo do PIS/Cofins.²⁶

Os Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes também emitiram votos contrários à exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3.3.2 Argumentos favoráveis à tese

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706/PR**. P. 2 do voto do Ministro Dias Toffoli. Relatora: Mín. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Os Ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello emitiram votos favoráveis ao entendimento de que o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, tese vencedora.

O argumento principal a respeito da hipótese de incidência das contribuições foi emitido pela Ministra Relatora Cármen Lúcia, a qual, em síntese, concluiu que o valor objeto de incidência do PIS e da COFINS é o valor do Faturamento que compreende *“apenas os valores oriundos do exercício da ‘atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços’ (venda de mercadorias e de serviços)”*²⁷, sendo que, muito embora todo o faturamento seja considerado uma modalidade de receita, nem toda a receita é faturamento²⁸

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706/PR**. P. 3 do voto da Ministra Cármen Lúcia. Relatora: Mín. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

²⁸ “(...) faturamento não pode soar o mesmo que receita, nem confundidas ou identificadas com as operações (fatos) ‘por cujas realizações se manifestam essas grandezas numéricas’

(...) Como se vê sem grande esforço, o substantivo receita designa aí o gênero, compreensivo das características ou propriedades de certa classe, abrangente de todos os valores que, recebidos da pessoa jurídica, se lhe incorporam à esfera patrimonial. Todo valor percebido pela pessoa jurídica, a qualquer título, será, nos termos da norma, receita (gênero). Mas nem toda receita será operacional, porque pode havê-la não operacional. Segundo o disposto no art. 187 da Lei nº 6.404/76, distinguem-se, pelo menos, as seguintes modalidades de receita: i) receita bruta das vendas e serviços; ii) receita líquida das vendas e serviços; iii) receitas gerais e administrativas (operacionais); iv) receitas não operacionais. Não precisa recorrer às noções elementares da Lógica Formal sobre as distinções entre gênero e espécie, para reavivar que, nesta, sempre há um excesso de conotação e um deficit de denotação em relação àquele. Nem para atinar logo em que, como já visto, faturamento também significa percepção de valores e, como tal, pertence ao gênero ou classe receita, mas com a diferença específica de que compreende apenas os valores oriundos do exercício da ‘atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços’ (venda de mercadorias e de serviços). De modo que o conceito legal de faturamento coincide com a modalidade de receita discriminada no inc. I do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, ou seja, é ‘receita bruta de vendas e de serviços’. Donde a conclusão imediata de que, no juízo da lei contemporânea ao início de vigência da atual Constituição da República, embora todo faturamento seja receita, nem toda receita é faturamento.” (Trechos dos votos do Ministro Cezar Peluso nos Recursos Extraordinários nº 346.084, nº 358.273, nº 357.950 e nº 390.840)” BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706/PR**. P. 2 do voto da Ministra Cármen Lúcia. Relatora: Mín. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Nesta perspectiva, a Min. Cármen Lúcia versou a respeito da possibilidade de enquadramento do valor do ICMS como Faturamento, tendo em vista que alguns juristas defendem que o imposto estadual compõe o preço da mercadoria ou serviço, e por isso, é considerado faturamento. Sobre isso, cita fundamentos trazidos por Roque Antonio Carrazza²⁹, que argumenta no sentido de que *“enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, eles apenas obtêm ingressos de caixa, que não lhes pertencem, isto é, não se incorporam a seus patrimônios, até porque destinados aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal.”*³⁰

Assim sendo fundamentado no exposto acima, a Relatora emitiu seu voto favorável à exclusão do ICMS, pois, os valores relativos a estes tributos configuram como meros “ingressos de caixa” que não se incorporam aos patrimônios dos contribuintes, uma vez que tais valores serão transferidos para o poder público em determinado momento, conforme trecho abaixo:

²⁹CARRAZZA, Roque Antonio, ICMS, 16ª ed., Malheiros: São Paulo, 2012, p. 666-667.

³⁰“Sem embargo de nossa opinião pessoal (...) no sentido de que nem mesmo o ICMS pode ser incluído em sua própria base de cálculo, o fato é que as colocações supra guardam, mutatis mutandis, total pertinência ao tema ora objeto de nossas atenções. O punctum saliens é que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos destes tributos ‘faturam ICMS’. A toda evidência, eles não fazem isto. **Enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, eles apenas obtêm ingressos de caixa, que não lhes pertencem, isto é, não se incorporam a seus patrimônios, até porque destinados aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal. (grifo nosso)** Reforçando a ideia, cabe, aqui, estabelecer um paralelo com os clássicos ensinamentos de Aliomar Baleeiro acerca dos ‘ingressos’ e ‘receitas’. Assim se manifestou o inolvidável jurista: ‘As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como ‘entradas’ ou ‘ingressos’. Nem todos estes ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de movimento de fundo’, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionadas à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo Governo. ‘(...)’. ‘Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.’ Portanto, há ingressos de dinheiro que são receitas, já que entram nos cofres públicos, a título definitivo. E há ingressos de dinheiro que neles apenas transitam, já que têm destinação predeterminada, nada acrescentando ao Erário.” Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706/PR**. P. P. 11 do voto do Ministra Cármen Lúcia. Relatora: Mín. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

(...) parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.³¹

Vislumbra-se, que a tese que declara inconstitucional o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é pautada principalmente, no Princípio da Capacidade Contributiva, uma vez que, reconhece a necessidade de aumento da riqueza/patrimônio para que se possa exigir o recolhimento. Tendo o ICMS característica de mero ingresso de valores, os quais serão repassados ao erário em determinado momento, é inviável submeter tais valores à tributação.

3.4 Do posicionamento do STF em outros casos de sobreposição de tributos

Da análise aprofundada a respeito das ocorrências de tributos sobre a própria base de cálculo e/ou de outros, verifica-se que a causa está enraizada no Sistema Tributário Brasileiro e diretamente relacionada aos parâmetros considerados para a definição da hipótese de incidência dos tributos.

O julgamento do RE 574.706 trouxe esperança e novas perspectivas a respeito da aplicação e interpretação das normas vigentes.

Contudo, em que pese existam decisões favoráveis a respeito da não sobreposição de tributos, verifica-se que este posicionamento ainda diverge nos Tribunais Superiores.

Abaixo, trataremos a respeito de casos concretos em que o STF declara constitucionalidade à sobreposição de tributos.

³¹ Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706/PR**. P. 14 e 15 do voto do Ministra Cármen Lúcia. Relatora: Mín. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

3.4.1 ICMS e ISS na base de cálculo da CPRB - RE 1.187.264/SP - RG Tema 1048, do Plenário do STF

Recentemente, o STF debateu a matéria em sede de Repercussão Geral. O julgamento ocorreu na data de 24/02/2021, dia em que o Plenário foi desfavorável à exclusão do ICMS e ISS da base de cálculo da CPRB. A demanda ainda não transitou em julgado. Abaixo, segue ementa do acórdão:

EMENTA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A Emenda Constitucional 42/2003 inaugurando nova ordem previdenciária, ao inserir o parágrafo 13 ao artigo 195 da Constituição da República, permitiu a instituição de contribuição previdenciária substitutiva daquela incidente sobre a folha de salários e pagamentos. 3. Diante da autorização constitucional, foi editada a Lei 12.546/2011 (objeto de conversão da Medida Provisória 540/2011), instituindo contribuição substitutiva (CPRB), com o escopo de desonerar a folha de salários/pagamentos e reduzir a carga tributária. Quando de sua instituição, era obrigatória às empresas listadas nos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/2011; todavia, após alterações promovidas pela Lei 13.161/2015, o novo regime passou a ser facultativo. 4. As empresas listadas nos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/2011 têm a faculdade de aderir ao novo sistema, caso concluam que a sistemática da CPRB é, no seu contexto, mais benéfica do que a contribuição sobre a folha de pagamentos. 5. Impossibilidade da empresa optar pelo novo regime de contribuição por livre vontade e, ao mesmo tempo, se beneficiar de regras que não lhe sejam aplicáveis. 5. Impossibilidade de a empresa aderir ao novo regime, abatendo do cálculo da CPRB o ICMS sobre ela incidente, pois ampliaria demasiadamente o benefício fiscal, pautado em amplo debate de políticas públicas tributárias, em grave violação ao artigo 155, § 6º, da CF/1988, que determina a edição de lei específica para tratar sobre redução de base de cálculo de tributo. 6. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 1.048, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a

inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB".³²

A Lei 12.546/2011 instituiu a CPRB (Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta) em faculdade à Contribuição Previdenciária Patronal (CPP), que incide em 20% sobre a folha de salários.

A hipótese de incidência da CPRB é a mesma prevista para o PIS e a COFINS (receita ou faturamento), conforme art. 195, inciso I, alínea "b", da CF/88. Apesar disso, conforme exposto no julgado acima, foi declarado constitucional a inclusão dos valores de ICMS e ISS na base de cálculo da CPRB, mesmo após o entendimento exarado no RE 574.706, que trata a respeito da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (já analisado anteriormente).

Após voto favorável emitido pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que "descabe assentar que os valores alusivos ao ICMS, considerado o destino próprio aos cofres dos Estados ou do Distrito Federal, sinaliza medida de riqueza apanhada pelas expressões contidas no inciso I, alínea "b", do artigo 195 da CF/88³³", os argumentos desfavoráveis à exclusão foram vencedores.

O principal argumento que negou provimento ao recurso pauta-se na característica do regime substitutivo da contribuição, isto é, pelo fato de configurar-se como facultativa aos contribuintes, não poderia a empresa aderir ao novo regime de contribuição por livre vontade e, ao mesmo tempo, querer se beneficiar de regras que

³² BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Especial RE 1.187.264/SP. Relatora: Relator: Min. Marco Aurélio, 24/02/2021. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446555/false>> Acesso em: 23 mai. 2021.

³³ BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Especial RE 1.187.264/SP. P. 4 do Voto do Min. Marco Aurélio. Relator: Min. Marco Aurélio, 24/02/2021. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446555/false>> Acesso em: 23 mai. 2021.

não lhe sejam aplicáveis³⁴, argumento que afronta diversos preceitos estabelecidos pela CF/88, uma vez que permite que tributos sejam instituídos sem respeitar o Princípio da Legalidade, Capacidade Contributiva.

3.4.2 Dedutibilidade da CSLL da base de cálculo do IRPJ - RE 582.525 - RG Tema 75, do Plenário do STF

Neste tópico, analisa-se os principais conceitos abordados no julgamento do RE 582.525, transitado em julgado na data de 11/03/2014, que negou provimento ao recurso para a dedutibilidade da CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido) da base de cálculo do IRPJ (Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas), vide ementa abaixo:

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA DEVIDO PELA PESSOA JURÍDICA (IRPJ). APURAÇÃO PELO REGIME DE LUCRO REAL. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PROIBIÇÃO. ALEGADAS VIOLAÇÕES DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 153, III), DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR DE NORMAS GERAIS (ART. 146, III, A), DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA (ART. 145, § 1º) E DA ANTERIORIDADE (ARTS. 150, III, A E 195, § 7º). 1. O valor pago a título de contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL não perde a característica de corresponder a parte dos lucros ou da renda do contribuinte pela circunstância de ser utilizado para solver obrigação tributária. 2. É constitucional o art. 1º e par. ún. da Lei 9.316/1996, que proíbe a dedução do valor da CSLL para fins de apuração do lucro real, base de cálculo do Imposto

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Especial RE 1.187.264/SP P. 6 e 7 do Voto do Min. Alexandre de Moraes. Relator: Min. Marco Aurélio, 24/02/2021. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446555/false>> Acesso em: 23 mai. 2021.

sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (RE 582525, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-026 DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014)

Na situação exposta, a contribuinte argumenta, em síntese, a respeito da violação de diversos preceitos dispostos na CF/88, entre eles o conceito constitucional de renda, disposto no art. 153, III da Constituição e arts. 43 e 44 do CTN.

Sobre o tema, a contribuinte alega que a CSLL deve ser deduzida da base do IRPJ por configurar como despesa necessária para as atividades da empresa, assim, neste caso, o cômputo do gasto na apuração da variação patrimonial chamada de renda seria obrigatório, sob pena de se permitir a tributação de algo que não fosse renda³⁵.

A CF/88, em seu artigo 153, inciso III, dispõe que:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

III - renda e proventos de qualquer natureza;³⁶

O CTN, em seu artigo 43, estabelece:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Especial RE 582525/SP. Relatora: Min. Joaquim Barbosa, 09/05/2013. P 2. RE 582525. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2607255>. Acesso em: 2 mai. 2021.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.³⁷

Desta maneira, sendo o IRPJ um tributo que incide sobre a renda, incluir em sua base de cálculo valores que são alheios à hipótese de incidência estabelecida pela norma se opõe aos preceitos constitucionais vigentes.

O valor relativo à CSLL configura “mero ingresso” que, posteriormente, em determinado momento, será transferido à União.

Em que pese os argumentos acima exarados, o STF emitiu entendimento desfavorável ao contribuinte, por entender que a CF/88 permite a tributação da “renda e proventos de qualquer natureza” (art. 153, III) sem estipular, expressamente, um conceito para renda ou para proventos, que são as bases de cálculo constitucionais do tributo³⁸.

4 A INSEGURANÇA JURÍDICA NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL

A alta complexidade, burocracia e distorções no sistema tributário geram um estado de insegurança jurídica para os contribuintes.

Conforme abordamos nos tópicos anteriores, a sobreposição de tributos ocorre de maneira recorrente no sistema tributário brasileiro, de modo que, suas diretrizes estão enraizadas na conduta jurisdicional. Entretanto, identifica-se que em

³⁷ BRASIL. Código de Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

³⁸BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Especial RE 582525/SP. P. 2 do voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE 582.525. Relatora: Min. Joaquim Barbosa, 09/05/2013. RE 582525. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2607255>. Acesso em: 2 mai. 2021.

mais de uma oportunidade o STF se posiciona para com a inconstitucionalidade da ocorrência de sobreposição na cobrança de tributos.

Esses pareceres favoráveis ao contribuinte - como no caso do RE 574.706 - não contam com unanimidade dos votos, dessa forma, não há o que se dizer em uma solidificação do entendimento, como demonstrado nos itens 3.4.1 e 3.4.2.

Em tempo, vale destacar que - em seu voto- o Ministro Edson Fachin apontou os reflexos que a insegurança jurídica gerada por essa decisão tem sobre o contribuinte e a ordem tributária:

Segurança jurídica corresponde a um **estado de estabilização das relações jurídicas** em que o cidadão, nomeadamente o contribuinte, espera, de forma legítima, **cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade** em relação aos atos do poder público, logo, também do Poder Judiciário³⁹ – sem grifos no original.

As decisões tomadas pelos Tribunais Superiores até o momento, tem como cerne a proteção destes princípios, contudo, como mostrado, enquanto houver brechas para conceitos não definidos e abstrações, há possibilidade de sobreposição tributária.

4.1 Novo parecer da RFB após o trânsito em julgado do RE 574.706

Após o trânsito em julgado do RE 574.706, em sede de Repercussão Geral, os contribuintes que passaram a não incluir os valores de ICMS destacados em suas notas fiscais nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, foram surpreendidos com um recente parecer emitido pela RFB, que defende a diminuição do montante de

³⁹ STF, RE 574706-ED, Tribunal Pleno, relatora ministra Cármen Lucia, j. 13/5/2021, DJ 12/8/2021, p. 89.

aproveitamento de créditos sobre as contribuições, no âmbito de apuração do regime não cumulativo.

Conforme abordado anteriormente, o STF concluiu no recurso supracitado, em suma, que o valor de ICMS não deve compor a base de cálculo das contribuições pois não se enquadra na hipótese de incidência destes tributos, qual seja, o faturamento.

Neste sentido, no dia 01/07/2021, a Coordenação Geral de Tributação (COSIT) da RFB emitiu o Parecer nº 10/2021⁴⁰ manifestando o seguinte entendimento:

EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. BASE DE CREDITAMENTO. REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO STF. Tendo em vista a decisão do RE 574.706 pelo STF e dos respectivos embargos declaratórios, tem-se que: Na apuração da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre a venda, o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal deve ser excluído da base de cálculo, visto que não compõe o preço da mercadoria; **Na apuração dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep a compensar, o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal deve ser excluído da base de cálculo, visto que não compõe o preço da mercadoria.** (Ementa do Parecer Cosit nº10/2021)

A tese levantada pela RFB no parecer, tem como principal fundamento a premissa de que se *“o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal não está sujeito ao pagamento das contribuições, consequentemente não dá direito ao crédito.”*⁴¹

Após a publicação do entendimento, um cenário de insegurança jurídica se instalou, pois os pontos levantados pelo órgão federal afrontam o disposto no julgado

⁴⁰ Parecer COSIT nº 10, emitido na data de 1 de julho de 2021.

⁴¹ Item 9.1. do Parecer COSIT nº 10/2021.

do STF. Neste mesmo sentido, a PGFN manifestou entendimento correlato em Mandado de Segurança nº 5000538-78.2017.4.03.6110, em trâmite no TRF3, favoravelmente à exclusão do ICMS da base de créditos (das aquisições que permitem creditamento, conforme disposto no artigo 3º das Leis nº 10.833/03 e 10.637/02).

Em análise aos argumentos expressos no parecer da receita, cabe salientar que estes não estão fundamentados em determinações dispostas em normas jurídicas, bem como apresentam conteúdo novo, não analisado pelo STF.

Posteriormente, em 24 de setembro de 2021, a Coordenação Geral da PGFN, emitiu Parecer SEI nº 14483/2021/ME⁴², em que versa sobre os preceitos estabelecidos no RE 574.706, e, a respeito da exclusão do ICMS da base de cálculo dos créditos das referidas contribuições, manifesta o seguinte entendimento:

(...)

b) O ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais;

c) **Não é possível, com base apenas no conteúdo do acórdão, proceder ao recálculo dos créditos apurados nas operações de entrada, seja porque a questão não foi, nem poderia ter sido, discutida nos autos;**

(grifo nosso)

(...)

Desta maneira, após um período de incerteza quanto ao real efeito do ICMS na base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS, a PGFN manifestou entendimento favorável ao contribuinte.

⁴² Item 60 do Parecer PGFN SEI nº 14483/2021/ME. Disponível em: < <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/documentos-portaria-502/parecer-sei-14483-2021.pdf> >

Em que pese a PGFN tenha se posicionado pela inclusão do ICMS nas bases de crédito, é nítida a divergência entre os órgãos públicos quanto ao tema.

Esta distorção de pareceres que versam sobre os mesmos conceitos, afrontam os Princípios tributários mais básicos, acarretando um cenário de incertezas.

5 CONCLUSÃO

Após a análise dos conceitos e o estudo da ótica da hipótese de incidência, foi observado que em diversas ocasiões a sobreposição de tributos de mesma base e/ou bases distintas é permitida devido a práticas recorrentes e cotidianas. Contudo, nota-se que somente quando existe impacto econômico relevante, é que o judiciário decide por discutir o tema.

Este é o exemplo do julgado RE 574.706/PR – RG Tema 69, trazido em análise, o qual o STF decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais PIS/Pasep e COFINS.

A partir dos argumentos analisados, vê-se que a sobreposição de bases de cálculo existe, inclusive, quando a Constituição determina que esta hipótese não deve ocorrer e este fenômeno acontece devido ao caráter abstrato da hipótese de incidência.

Observa-se que a metodologia de composição da base de cálculo dos tributos – que não é uniforme – dificulta ainda mais a identificação dos valores que devem ser abrangidos pela hipótese de incidência do tributo, tendo em vista que o valor pode ser recalculado em cada etapa da cadeia produtiva.

Em análise aos atuais Projetos de Lei e Proposta de Emenda à Constituição que visam a Reforma Tributária e que estão em trâmite no Congresso Nacional, verifica-se que a PEC nº 45/2019⁴³, proposta pelo Deputado Baleia Rossi (MDB-SP),

⁴³ Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833> >

se aproxima de uma alternativa para sanar as discrepâncias na base de cálculo dos tributos incidentes sobre bens e serviços, uma vez que propõe a instituição de um único imposto tipo IVA, o IBS – Imposto sobre bens e serviços, que irá substituir cinco tributos atuais: ISS, ICMS, PIS, COFINS e IPI⁴⁴ e incidirá sobre uma base de cálculo uniforme⁴⁵, vigente em todo o país.

Desta maneira, conclui-se que, mesmo com extensa análise do judiciário, a questão da viabilidade e da constitucionalidade da sobreposição tributária ainda é uma temática ambígua e cinzenta, posto que, é uma área abstrata na legislação.

A falta de respaldo doutrinário e jurisprudencial refletem o cenário de insegurança jurídica no qual está inserido o sujeito passivo da relação tributária corroborando para uma incidência maior de processos no judiciário.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo, **Hipótese de Incidência**. 6 ed. São Paulo, Ed. Malheiros 2009.

BRASIL. **Código de Tributário Nacional**. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>> Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.

BRASIL, Ministério da Economia, Edição 185, Seção 1, Publicado em 29/09/2021, **Parecer PGFN SEI nº 14483/2021/ME**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/documentos-portaria-502/parecer-sei-14483-2021.pdf>> Acesso em: 17 mai 2021.

⁴⁴ P. 27 da Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>>

⁴⁵ P. 32 da Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>>

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 1.187.264/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, 24/02/2021. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446555/false>> Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574706-ED**. Relatora: Min. Cármen Lucia, j. 13/5/2021, DJ 12/8/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 574.706/PR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15/03/2017. RE 574706. Paraná, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 582.525/SP**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 09/05/2013. P 2. RE 582525. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2607255>. Acesso em: 2 mai. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 27 ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio, **ICMS**, 16 ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**. 30.ed. São Paulo, Ed. Saraiva Educação 2019.

FORTE, Milano, **Sistema di Diritto Delle Imposta**, trad. it. F. 1954.

MACHADO, Hugo de Brito, **Manual de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo, Ed. Atlas 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Especial RE 1.187.264/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, 24/02/2021. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446555/false>> Acesso em: 23 mai. 2021.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45 de 2019**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>>. Acesso em: 09 no. 2021.

SOUSA, Rubens Gomes de, **Compêndio de legislação tributária**, 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1954.

VELLOSO, Andrei Pitten. **ICMS na base de cálculo dos tributos sobre a receita: premissas e corolários lógicos da tese jurídica**. Revista de doutrina TRF4. Disponível em:
https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao075/Andrei_Pitten_Velloso.html Acesso em: 23 mai. 2021.

**LIMITES ÉTICOS PARA A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL NO DIREITO PROCESSUAL**

*ETHICAL LIMITS TO THE APPLICATION OF ARTIFICIAL
INTELLIGENCE IN THE PROCEDURAL LAW*

Giovanna Santos de Freitas de OLIVEIRA¹

Gilberto ANDREASSA JR.²

RESUMO

Considerando que Inteligência Artificial (IA) é um sistema de máquina que aprende e age de maneira semelhante ao ser humano, será necessário que esse sistema siga os mesmos preceitos éticos e morais incorporados na sociedade. Nesse artigo, são trazidos os limites éticos e morais que devem ser incorporados no processo de elaboração de sistemas de inteligência artificial voltados ao uso no sistema judiciário, mais precisamente na área do direito processual brasileiro. Utilizando uma revisão bibliográfica estruturada, faz-se uma conexão entre os temas de inteligência artificial,

¹ Aluna graduada em 2021 e aluna do Curso de Direito da FAE Centro Universitário. Contato: giovanna.freitas2@outlook.com.

² Professor orientador. Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogado (OAB/ PR 50.515). Professor e coordenador no curso de Direito da FAE Centro Universitário. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Contato: gilberto.andreassa@fae.edu.

ética e direito processual, destacando e conectando as principais discussões ao redor do assunto. O texto traz contribuições para os operadores do direito conhecerem a tecnologia que está sendo incorporada, para desenvolvedores de soluções de inteligência artificial ficarem cientes dos limites éticos e sua implicação no desenvolvimento e resultados dessas tecnologias, para acadêmicos e pesquisadores que buscam se aprofundar na área e, finalmente, para o legislador que deve estar ciente ao elaborar leis que protegerão o cidadão contra a violação de princípios fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual; Ética; Inteligência Artificial; Limites.

ABSTRACT

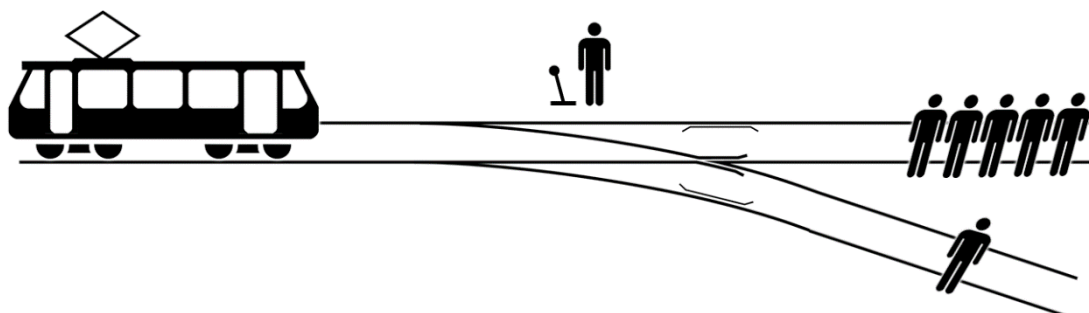
Artificial Intelligence (AI) is an automated system that learns and acts similarly to humans. To be used in the Legal System, it must follow the same ethical and moral principles incorporated into society. This article presents the most important ethical and moral limits that must be incorporated in elaborating an artificial intelligence system in the judicial system, specifically in the Brazilian procedural law environment. Based on the structured literature review, a connection is made between the theme of artificial intelligence, ethics, and procedural law, highlighting and connecting the main controversies around the subject. The article brings contributions for legal practitioners and system developers. The developers of AI need to become aware of the ethical limits and implications during the development to follow the existing legal rules. Legislators need to be aware of the results of these technologies to draft better laws that will protect the citizen against the violation of any fundamental principles and human rights.

KEYWORDS: Procedural Law; Ethics; Artificial Intelligence; Limits.

INTRODUÇÃO

Imagine que você está parado próximo ao trilho do bonde e você vê um se aproximando. Um pouco a frente, no caminho que o bonde irá passar, há cinco trabalhadores fazendo manutenção no trilho que não perceberam o perigo, você não tem como alertá-los e, caso o bonde os atinja, eles certamente morrerão. Vendo esta situação, você repara que está próximo de uma bifurcação e que há uma alavanca conectada aos trilhos que muda a direção do bonde. Se a acionar, irá salvar a vida destes cinco trabalhadores que não fazem ideia do perigo que estão correndo. Entretanto, você também repara que na nova direção do trilho há um trabalhador sentando ouvindo música que também não percebeu o perigo, até porque não é horário do bonde passar naquela rota. Esse exemplo está ilustrado na Figura 1. A pergunta neste caso é: você puxaria a alavanca para salvar a vida dos cinco trabalhadores em detrimento da vida do único trabalhador?

Figura 1: Dilema do Bonde



Fonte: Trolley Problem. (wikimidia.org)

Não há uma resposta correta para responder a este famoso Dilema do Bonde criado pelo filósofo Philippa Foot em 1967 e adaptado por Judith Jarvis Thomson em 1985. Esse dilema permite pensar no valor ético e moral de uma decisão e suas respectivas consequências. Mas qual a importância desse dilema clássico para o tema em questão? Dentro do campo da inteligência artificial, o dilema existe nas mais diversas áreas. A mais clara delas é no veículo autônomo, também conhecido como veículo sem motorista, na hora de decidir como agir para evitar um acidente. O que esse sistema deve priorizar? Talvez a proteção a vida dos passageiros, talvez a vida dos pedestres, talvez até levar em consideração o valor dos bens ou simplesmente não possuir nenhuma prioridade. Os questionamentos derivados desta situação, sob uma perspectiva legal, são quais ações devem ser permitidas legalmente, como foram definidos seus critérios e de quem é a responsabilidade final sobre o acidente (KARLIUK, 2018, p.43). Eis que soluções tecnológicas passam a ser questões delicadas da área legal.

Considerando que Inteligência Artificial (IA) é um sistema de máquina que aprende e age de maneira semelhante ao ser humano, faz-se necessário manter, na perspectiva do direito, uma previsibilidade, fator que é crucial para que se respeite os princípios da segurança jurídica e da igualdade (MANCUSO, 2010, p. 162). Esse fato é de suma importância quando pensamos em IA voltada ao sistema judiciário. Portanto, de forma a definir como esses algoritmos devem ser criados, este artigo foca nos limites éticos e morais que devem ser incorporados no processo de elaboração da inteligência artificial, mais precisamente quando voltada ao direito processual brasileiro. Para isso, seguindo a linha de diversos artigos, os termos ética e moral serão tratados como sinônimos (ETZIONI e ETZIONI, 2017).

A estrutura desse artigo segue com uma revisão literária apresentando o problema principal, a definição e uma breve explicação sobre Inteligência Artificial, a relevância do tópico para o direito processual brasileiro e as principais questões éticas

que estão sendo discutidas. Na sequência é apresentada a metodologia utilizada para a seleção desses artigos, uma discussão sobre a aplicabilidade dessas questões éticas no direito brasileiro. Por fim, são apresentadas questões que precisarão ser respondidas no futuro, assim como as contribuições para os operadores do direito, desenvolvedores de soluções de inteligência artificial, acadêmicos, pesquisadores e legislador.

1 REVISÃO DA LITERATURA

Nas discussões recentes do Conselho Nacional de Justiça (TOFFOLI, 2020) e da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (COUNCIL OF EUROPE, 2018, p.5), uma questão controversa tem sido sobre a ética aplicada à inteligência artificial, ou melhor, suas limitações dentro do uso no sistema judiciário. Por um lado, alguns pesquisadores defendem que a Inteligência Artificial irá facilitar o acesso à justiça, melhorar sua eficácia e desafogar o Judiciário. Nesta perspectiva, Fausto Martin de Sanctis (2020, p. 23) relata que o uso da inteligência artificial no direito traz uma série de benefícios para o direito processual como a *qualidade* e *eficiência* da justiça. Por exemplo, ele menciona que IA acelera a solução de controvérsias, aumenta a segurança jurídica, melhora a previsibilidade das decisões da justiça, incentiva a solução de disputas e reduz o tempo gasto em pesquisas de jurisprudência. Na mesma linha, uma pesquisa da *Université Paris I Panthéon-Sorbonne* indicou como consequência da tecnologia o aumento da produtividade, qualidade, gerenciamento dos recursos (escassos) dos tribunais (JEULAND, 2015).

Por outro lado, outros pesquisadores argumentam que é necessário criar limites éticos para a inteligência artificial atingir seus objetivos sem que impacte nos direitos universais garantidos. Nas palavras de Rónán Kennedy (2021, p.200), um dos defensores desta perspectiva, a inteligência artificial depende de um grande banco de

dados para que possa tomar uma decisão, esses dados por sua vez podem possuir tendências discriminatórias e injustas advindas de seus criadores. Um exemplo utilizado é um sistema que utilize jurisprudência desatualizadas ou de períodos em que certos comportamentos eram aceitos e depois de mudanças macroeconômicas políticas e sociais passaram a ser repreendidos. Essa visão é reforçada por Isabela Ferrari e Daniel Becker (2021) que consideram existirem três dificuldades para a implementação da IA no direito processual, sendo elas o emprego de data sets viciados, a discriminação que pode ser gerada por algoritmos de AI e a opacidade das decisões geradas pelos algoritmos.

Resumindo, a discussão é em torno de quais limites devem ser aplicados à inteligência artificial para que crie os benefícios sem que haja a violação dos direitos fundamentais.

A utilização da inteligência artificial pode ter um grande impacto em uma variada gama de áreas, desde as profissões jurídicas e o judiciário até o auxílio na tomada de decisões de órgãos públicos legislativos e administrativos (UNESCO, 2021). Por exemplo, eles podem aumentar a eficiência e a precisão dos advogados tanto no aconselhamento quanto no contencioso, beneficiando os advogados, seus clientes e a sociedade como um todo. Existem também sistemas de *software* para juízes que podem ser complementados e aprimorados por meio de ferramentas de IA para apoiá-los na elaboração de novas decisões, por exemplo, no Brasil temos o Projeto Victor no STF. Essa tendência para o uso cada vez maior de sistemas autônomos tem sido descrita como a automatização da justiça. Há também o uso da Inteligência Artificial para auxiliar os juízes nas tomadas de decisões e elaboração de sentenças, porém essa forma de utilização foge do escopo deste artigo.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Uma maneira comum de definir a Inteligência Artificial é referenciando a inteligência humana, a qual pode ser vista como o potencial bioquímico de processar informações para resolver problemas ou criar produtos de valor em uma cultura (GARDNER, 1999, p. 33-34). Em 1955, o projeto de pesquisa da Dartmouth já se referia a IA como o processo de fazer uma máquina se comportar de uma maneira que possa ser chamada de inteligente como se replicasse o comportamento humano (MCCARTHY, MINSKY, *et al.*, 1955). Já na perspectiva da ciência cognitiva, o cientista Marvin Minsky considera IA como “a ciência de fazer com que máquinas façam coisas que necessitaria de inteligência caso fossem feitas por pessoas” (MINSKY, 1968, p. V). Nesse artigo, é utilizada a definição apresentada por Andreas Kaplan e Michael Haenlein (2019, p. 21), que definem “AI como a capacidade de um sistema interpretar dados externos corretamente, de aprender desses dados e de usar esse aprendizado para atingir objetivos e tarefas específicas através de sua adaptação flexível”.

Uma das formas de IA mais utilizadas é o aprendizado de máquina (do inglês *machine learning*). Porém, antes de adentrar no método de aprendizado de máquina, faz-se necessário definir o conceito de algoritmo. Nas palavras simples de Pedro Domingos (2017, p. 24), algoritmos são uma sequência de instruções sobre o que o computador deve fazer. Os algoritmos, portanto, dividem determinada tarefa complexa de outras menores.

Os algoritmos possuem duas espécies de aprendizagem: os programados e os não programados. Os algoritmos programados seguem aquilo que foi previamente determinado pelo seu programador. Ele opera somente dentro de sua programação (FERRARI e BECKER, 2021). Este tipo de algoritmo não é tema de discussão deste artigo.

Em contrapartida, os algoritmos não programados surgiram pela primeira vez em 1950 pelo matemático Alan Turing quando escreveu o artigo “*Computing*

Machinery and Intelligence". Ele propunha que ao invés de programar todas as operações a serem realizadas por um sistema, seria mais conveniente adotar uma estratégia diversa: simular o cérebro de uma criança, com capacidade randômica de aprendizado. Esta técnica ficou conhecida como aprendizes ou "*learners*" que, posteriormente, veio a ser a base do método de aprendizagem de máquina (*machine learning*).

Portanto, pode-se concluir que o método *machine learning* é uma técnica permite que os sistemas de computador internalizem e façam previsões baseados em fatos previamente fornecidos independentemente de nova programação (ASSUNÇÃO, 2017).

3 O DIREITO PROCESSUAL

No período que antecede 2006, o processo judicial era extremamente manual. Por exemplo, o advogado necessitava ir pessoalmente até o fórum onde tramitava o processo de interesse em horário comercial para poder protocolar sua petição. Mas não era limitado a isso, cada andamento processual precisava ser anotado a mão no livro tomo e os processos acabavam como um amontoado de papéis. As Varas, por sua vez, tinham pilhas e pilhas de processos (*autos do processo*), algo inerente à rotina judiciária, fazendo com que os juízes ficassem sobrecarregados de trabalho e prejudicando a razoável duração do processo.

Diante da evidência do mal causado pela morosidade dos processos, foi inserido em nosso ordenamento jurídico o princípio da razoável duração do processo como um direito fundamental trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e inserido no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal que, segundo o qual, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo

e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2021, p.92) defende que:

[...] sem efetividade, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo justo. Não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça. Daí o porquê, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependem da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação.

Para resolver esse problema da morosidade processual, surgiu o processo eletrônico. Em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.419 que dispõe sobre a informatização do processo judicial e regulamenta o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. A lei, segundo Roberto Sousa (2018), é aplicável seja aos processos das esferas civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais - em qualquer grau de jurisdição. Foi aprimorado pelas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça 185, de 18 de dezembro de 2013 e 245, de 12 de setembro de 2016 e por diversas outras Portarias.

Em um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstrou os ganhos de eficiência que o processo eletrônico possibilitou desde sua implementação. Menos de 25% dos processos eletrônicos ultrapassaram a barreira dos 4 anos de duração, enquanto mais

de 50% dos processos físicos tramitaram por mais de 4 anos (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2017).

Outro ganho substancial apresentado no estudo foi quanto ao tempo cartorário do processo, ou seja, o tempo em que se está aguardando a realização de alguma tarefa no cartório judicial e não uma decisão. Processos físicos passam em média 144 dias no cartório enquanto processos eletrônicos passam somente 97 dias, ou seja, um trâmite 33% mais rápido. Pelo estudo constatou-se também uma diminuição no tempo para tomada de decisão do juiz quando comparado os processos judiciais físicos com os eletrônicos. Na última versão do estudo do CNJ sobre o desempenho do sistema judiciário, revelou uma diminuição nos últimos 10 anos de 86,8% para 3,1% no número de processos de demandas e conflitos ingressados para análise da Justiça. Ao todo, foram recebidos 21,8 milhões de processos eletronicamente. O aumento foi de 6,6 pontos percentuais em relação a 2019, com tramitação eletrônica em 96,9% dos processos novos de 2020. Em 65 dos 90 tribunais, 100% dos processos já ingressam eletronicamente (BANDEIRA, 2021). Porém, uma consequência do processo eletrônico foi um acesso mais fácil à justiça e com isso um aumento na abertura de novos processos judiciais. Logo, somente a migração para a forma eletrônica não mais garante, se é que um dia garantiu, uma celeridade processual.

4 QUESTÕES ÉTICAS FUNDAMENTAIS

Na perspectiva do direito processual brasileiro, é essencial levar em consideração as questões éticas envolvidas quando falamos do uso de inteligência artificial. Essas questões vêm sendo levantadas por diferentes organizações que estão preocupadas com a problemática da aplicação de novas tecnologias no processo judicial. Segundo o pesquisador Lorenzo Vadell (2020, p.171), isto confirma

a magnitude dos riscos que temos que enfrentar para tentar balancear a inteligência artificial: tirar vantagem das virtudes dos avanços tecnológicos no sistema processual brasileiro cuidando para não cair em violações drásticas das garantias constitucionais consagradas em nosso ordenamento jurídico.

Nesta sessão será explicado os princípios éticos relevantes para serem considerados na implementação da inteligência artificial no direito processual. São eles: Princípio do Respeito aos Direitos Fundamentais, Princípio da Não Discriminação, Princípio da Qualidade e Segurança, Princípio da Transparência, Imparcialidade e Justiça, Princípio do “Sob Controle do Usuário”. Estes princípios foram retirados do texto da carta europeia sobre o uso da inteligência artificial no sistema judiciário e no ordenamento jurídico brasileiro (COUNCIL OF EUROPE, 2018, p.7).

5 PRINCÍPIO DO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Princípio do Respeito aos Direitos Fundamentais assegura que o projeto e a implementação de ferramentas de inteligência artificial e serviços estejam compatíveis com os direitos fundamentais.

Conceitua o professor Rodrigo Padilha que direito fundamental “*são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.*” (PADILHA, 2020, p. 235). Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais estão descritos entre os artigos 5º e 17. Há de se levar em consideração que a Constituição faz menção à direitos e a garantias fundamentais. Estes direitos fundamentais, descritos na CRFB/88, art. 1º, III, existem para a dignidade da pessoa humana possa ser exercida em sua plenitude ao passo que as garantias fundamentais são ferramentas designadas para resguardar e assegurar o livre exercício destes

direitos. Ocorre que em nosso ordenamento jurídico, é pacificado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) que não há nenhum direito ou garantia fundamental que seja absoluto, por conta do relevante interesse público/social e exigências de convivência das liberdades. Porém, disse o Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 23.452/RJ que *“nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, os quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica.”*

Os direitos fundamentais são de extrema importância para a população, portanto, o processamento de decisões e dados judiciais deve servir a propósitos claros, em total conformidade com os direitos fundamentais garantidos tanto pelo ordenamento jurídico interna de um determinado país quanto àqueles previstos em tratados internacionais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção de Proteção de Dados Pessoais e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Quando ferramentas de inteligência artificial são usadas para resolver uma disputa, como uma ferramenta para auxiliar na tomada de decisões judiciais ou para orientar o público, é essencial garantir que elas não comprometam as garantias do direito de acesso ao juiz e o direito a um julgamento justo (princípios constitucionais da isonomia, contraditório e ampla defesa). Também devem ser usadas com o devido respeito aos princípios do Estado de Democrático de Direito e a independência dos juízes no processo de tomada de decisão (princípio do juiz natural).

Inclusive, houve uma preocupação por parte do Conselho Nacional de Justiça de assegurar o respeito aos direitos fundamentais quando elaborou a Resolução nº 332 de 2020 que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Em seu artigo 4º menciona que no desenvolvimento, na implantação e no uso da inteligência artificial, os tribunais observarão sua compatibilidade com os Direitos Fundamentais, especialmente

aqueles previstos na Constituição ou em tratados de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Portanto, desde o início do projeto e aprendizado das máquinas que irão operar no sistema judiciário, os direitos fundamentais devem ser totalmente integrados de forma que as regras que proíbem violações diretas ou indiretas dos valores fundamentais protegidos pelas convenções e ordenamentos jurídicos internos serão totalmente respeitados.

6 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Prevenir especificamente o desenvolvimento ou a intensificação de qualquer tipo de discriminação entre indivíduos ou grupos de indivíduos.

Dada a capacidade desses métodos de processamento de revelar discriminação existente, por meio do agrupamento ou classificação de dados relativos a indivíduos ou grupos de indivíduos, as partes interessadas - públicas e privadas – devem garantir que os métodos não reproduzam ou agravem essa discriminação e que não levem a análises ou usos determinísticos.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da não discriminação é tido como um direito fundamental e elencado como princípio da igualdade. Para que se tenha uma completa compreensão do que se trata o princípio da igualdade, deve ser dividida em duas espécies: formal³ e material⁴ (PADILHA, 2020, p. 259). A Constituição

3 Igualdade formal – É prevista friamente no texto normativo, sem analisar as particularidades do ser humano. Esta espécie não se preocupa com as características individuais da pessoa, tal qual estabelecida no art. 5º, caput e I, da CRFB;

4 Igualdade material – Teoria criada por Aristóteles em 325 a.C., na qual pessoas diferentes devem receber diferentes tratamentos.

Federal Brasileira resguarda o direito que todo ser humano em deve ter respeitado suas características individuais e que a igualdade pode ser relativizada de acordo com proporcionalidade de cada situação. Há de se mencionar que o respeito ao princípio da igualdade está espalhado por todo corpo constitucional, sendo encontrado, *e.g.*, no preâmbulo, nos artigos 3.º, IV, 5.º, *caput*, I, 7.º, XXX, e assim por diante.

A grande preocupação no uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário é se a máquina irá reproduzir ou intensificar qualquer tipo de discriminação, uma vez que ela será programada por um humano que possui tendências discriminatórias implícitas, muitas vezes.

Para as máquinas é difícil ser incorporadas todas as variantes de filosofias éticas e morais visto que há uma série de divergências e crenças que os humanos carregam através de contato com novas experiências do mundo exterior que mudaram a sua forma de pensar. Trazendo o contexto do Dilema do Bonde, para uma máquina, um corpo é um corpo, conseqüentemente, matar cinco pessoas é obviamente pior do que matar uma pessoa, já que a máquina, a princípio, está despida de sentimentos. Se trazermos este contexto para um humano responder, se as cinco pessoas de um lado do trilho forem pessoas desconhecidas suas e a única pessoa do trilho ao lado for um ente querido seu, certo é que, com base nos ensinamentos que lhe foram passados no decorrer de sua vida, matar aquela única pessoa seria obviamente pior do que matar os cinco estranhos (ETZIONI e ETZIONI, 2017).

Cuidados especiais devem ser tomados nas fases de desenvolvimento e implantação, especialmente quando o processamento é direto ou indiretamente baseado em dados "sensíveis". Isso pode incluir suposta origem racial ou étnica, formação socioeconômica, opiniões políticas, crenças religiosas ou filosóficas, associação sindical, dados genéticos, dados biométricos, dados relacionados à saúde, entre outros. Quando essa discriminação é identificada, é preciso considerar

medidas corretivas para limitar ou, se possível, neutralizar esses riscos e para conscientizar as partes interessadas.

Com base nisto, a Resolução 332/2020 do CNJ trouxe em seu capítulo III o resguardo da não discriminação. Diz o artigo 7º que as decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos. Continua o parágrafo 3º deste mesmo artigo que a impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão.

Para que a inteligência artificial seja o mais livre possível de tendências discriminatórias, doutrinadores como Fernanda Lage defendem que os algoritmos de aprendizagem devem ser revistos e treinados várias e várias vezes por diversos conjuntos de dados e construídos com base em valores éticos, níveis de transparência, justiça, prestação de contas e responsabilidade (LAGE, 2021, p. 122).

7 PRINCÍPIO DA QUALIDADE E SEGURANÇA

Em relação ao processamento das decisões judiciais e seus dados, é necessário o uso de fontes certificadas e dados intangíveis com modelos desenvolvidos de maneira multidisciplinar, em um ambiente tecnologicamente seguro.

No Brasil, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação instituiu a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial pela Portaria MCTI nº 4.617, de 6 de abril de 2021, alterada pela Portaria MCTI nº 4.979, de 13 de julho de 2021 que tem como um dos objetivos nortear as ações do Estado brasileiro em prol do desenvolvimento das ações,

em suas várias vertentes, que estimulem a pesquisa, inovação e desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial, bem como, seu uso consciente, ético e em prol de um futuro melhor. É preciso entender a conexão da Inteligência Artificial com várias tecnologias e deixar claro os limites e pontos de conexão e de conceitos como: *machine learning*, *big data*, *analytics*, sistemas especialistas, automação, reconhecimento de voz e imagens etc.

De acordo com a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, tendo em vista que a base para a operacionalização de tecnologias de Inteligência Artificial envolve o tratamento massivo de dados (*big data*) é fundamental que os princípios da IA estejam alinhados com os da LGPD (Lei nº 13.709/2018, que institui a Lei Geral de Proteção de Dados) e que os valores da proteção de dados sejam considerados tanto na aquisição quanto no desenvolvimento e uso dessas tecnologias.

A Resolução 322/2020 do CNJ também abordou o tema em seu texto. Diz o seu artigo 9º que:

Qualquer modelo de Inteligência Artificial que venha a ser adotado pelos órgãos do Poder Judiciário deverá observar as regras de governança de dados aplicáveis aos seus próprios sistemas computacionais, as Resoluções e as Recomendações do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13.709/2018, e o segredo de justiça.

Continua nos artigos 13 e 15 que:

Os dados utilizados no processo de treinamento de modelos de Inteligência Artificial deverão ser provenientes de fontes seguras, preferencialmente governamentais e ainda estes dados devem ser eficazmente protegidos contra os riscos de destruição, modificação, extravio ou acessos e transmissões não autorizados.

A formação de equipes de projeto mistas em ciclos curtos de design para produzir modelos funcionais é um dos métodos organizacionais que permite desenvolver a abordagem multidisciplinar acima descrita. As salvaguardas éticas existentes devem ser constantemente compartilhadas por essas equipes do projeto e aprimoradas usando feedback.

Os dados baseados em decisões judiciais inseridas em um software que implementa um algoritmo de aprendizado de máquina devem vir de fontes certificadas e não devem ser modificados até que tenham sido realmente usados pelo mecanismo de aprendizado. Portanto, todo o processo deve ser rastreável para garantir que nenhuma modificação ocorreu para alterar o conteúdo ou o significado da decisão que está sendo processada.

Os modelos e algoritmos criados também devem ser armazenados e executados em ambientes seguros, para garantir a integridade e a intangibilidade do sistema.

8 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA, IMPARCIALIDADE E JUSTIÇA

Permitir que os dados originados de processos judiciais sejam acessíveis e entendíveis para qualquer processo de auditoria externa.

Um equilíbrio deve ser alcançado entre a propriedade intelectual de certos métodos de processamento e a necessidade de transparência (acesso a processo de design), imparcialidade (ausência de tendências discriminatórias), igualdade e integridade intelectual (priorizando os interesses da justiça) quando são utilizadas ferramentas que pode ter consequências jurídicas ou afetar significativamente a vida das pessoas. Deve ficar claro que essas medidas se aplicam a todo o design e cadeia operacional, pois o processo de seleção e a qualidade e organização dos dados influenciam diretamente a fase de aprendizado.

De acordo com a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, as organizações e indivíduos que desempenham um papel ativo no ciclo de vida de IA devem se comprometer com a transparência e com a divulgação responsável em relação a sistemas de IA, fornecendo informações relevantes e condizentes com o estado da arte que permitam: (i) promover a compreensão geral sobre sistemas de IA; (ii) tornar as pessoas cientes quanto as suas interações com sistemas de IA; (iii) permitir que aqueles afetados por um sistema de IA compreendam os resultados produzidos; e (iv) permitir que aqueles adversamente afetados por um sistema de IA possam contestar seu resultado.

A Resolução 322/2020 do CNJ trás em seu artigo 8º um rol do que seria a transparência quando implementado a inteligência artificial no Poder Judiciário. São eles: (i) divulgação responsável, considerando a sensibilidade própria dos dados judiciais; (ii) indicação dos objetivos e resultados pretendidos pelo uso do modelo de Inteligência Artificial; (iii) documentação dos riscos identificados e indicação dos instrumentos de segurança da informação e controle para seu enfrentamento; (iv) possibilidade de identificação do motivo em caso de dano causado pela ferramenta de Inteligência Artificial; (v) apresentação dos mecanismos de auditoria e certificação de boas práticas; (vi) fornecimento de explicação satisfatória e passível de auditoria por autoridade humana quanto a qualquer proposta de decisão apresentada pelo modelo de Inteligência Artificial, especialmente quando essa for de natureza judicial.

O sistema também pode ser explicado em linguagem clara e familiar (para descrever como os resultados são produzidos) comunicando, por exemplo, a natureza dos serviços oferecidos, as ferramentas desenvolvidas, o desempenho e os riscos de erro. Autoridades ou especialistas independentes podem ser encarregados de certificar e auditar os métodos de processamento ou fornecer conselhos com antecedência. As autoridades públicas poderiam conceder certificação, a ser regularmente revisada.

9 PRINCÍPIO DO “SOB CONTROLE DO USUÁRIO”

Assegurar que os usuários são informados que estão em controle das decisões que fizeram.

O uso de ferramentas e serviços de inteligência artificial deve permitir o aumento da autonomia do usuário, e não a sua restrição, conforme artigo 17, I da Resolução 322/2020 do CNJ.

Já o inciso II do artigo 17 da resolução do CNJ, relata que os profissionais do sistema judiciário devem, a qualquer momento, ser capazes de poder revisar as decisões judiciais e os dados utilizados para produzir um resultado.

Já os artigos 18 e 19 da Resolução 322/2020 do CNJ diz que o usuário deve ser informado em linguagem clara e compreensível sobre se as soluções oferecidas pelas ferramentas de inteligência artificial são vinculativas, sobre as diferentes opções disponíveis, e se tem o direito a aconselhamento jurídico e o direito de acessar um tribunal. Também deve ser claramente informado de qualquer processamento prévio de um caso por inteligência artificial antes ou durante um processo judicial e ter o direito de objetar fundamentadamente, de modo que seu caso possa ser ouvido diretamente por um tribunal.

10 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia indicada para o presente trabalho é pesquisa bibliográfica. Ela foi realizada seguindo as recomendações levantadas por Eva Maria Lakatos e Marina Marconi (2021, p.183). Neste formato, a autora buscou examinar o tema sob uma nova perspectiva, ou seja, pela ótica do direito processual. O procedimento proposto iniciou pela busca de artigos científicos na plataforma do Google Scholars, livros relacionados

ao tema na Biblioteca Digital da FAE, livros publicados nas principais editoras nacionais e páginas dos órgãos regulamentadores do direito. Os termos de busca utilizados foram “ética inteligência artificial direito processual” e sua versão em inglês⁵, o que resultou em 807 artigos. Desses, foram analisados somente os publicados nos últimos 5 anos, publicados no Brasil, Estados Unidos e na União Europeia e relevantes para o tema em questão, reduzindo esse número para 16 artigos, 6 livros e dois sites.

11 DESENVOLVIMENTO: *DISCUSSÃO DOS RESULTADOS*

Na perspectiva do direito processual brasileiro, é essencial levar em consideração as questões éticas envolvidas quando falamos do uso de inteligência artificial. Essas questões vêm sendo levantadas por diferentes organizações que estão preocupadas com a problemática da aplicação de novas tecnologias no processo judicial. Segundo o pesquisador Lorenzo Vadell (2020, p. 171), isto confirma a magnitude dos riscos que temos que enfrentar para tentar balancear a inteligência artificial: tirar vantagem das virtudes dos avanços tecnológicos no sistema processual brasileiro cuidando para não cair em violações drásticas das garantias constitucionais consagradas em nosso ordenamento jurídico.

É necessário então colocar uma série de regras éticas que deverão ser respeitadas para prevenir que os problemas anteriormente citados saiam fora do controle. Portanto, a dimensão ética da inteligência artificial não é um luxo ou um acessório na utilização da inteligência artificial, ela é a parte essencial para que o desenvolvimento de novas tecnologias possa adentrar no ordenamento jurídico (VADELL, 2020, p. 174).

⁵ “*Ethics artificial intelligence procedural law*”, também foi utilizado o termo “*civil law*”.

Para acompanhar os avanços tecnológicos, viu-se a necessidade de inovação no Sistema Judiciário, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que acrescentou o princípio da razoável duração do processo e consignou, para a sua concretização, que sejam assegurados os meios que garantam a celeridade na tramitação do processo.

Foi então que em 2006 foi promulgada a Lei 11.419, de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Houve a instituição do uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos e na tramitação de peças processuais.

Para seguir alinhado com os avanços tecnológicos e aplicar a Lei 11.419/06, em 2011 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com os tribunais e com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil consolidou a implementação do Processo Judicial Eletrônico (PJE), cujo objetivo é atender às necessidades dos diversos segmentos do Poder Judiciário brasileiro.

Em 2018, o CNJ disponibilizou um relatório informando que houve a abertura de 20,6 milhões processos inicializados por meio eletrônico. Tal número representa 83,8% de todos os processos iniciados naquele ano. Neste período, os processos físicos ficaram reduzidos a 16,2% do total. Quando se considera os 10 anos cobertos pela série histórica do Relatório Justiça em Números 2019 (BANDEIRA, 2021).

Viu-se então que com a utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário, a morosidade processual seria reduzida e o princípio constitucional da razoável duração do processo seria ampliado. Com isso, a Justiça Federal em conjunto com o CNJ criou uma iniciativa chamada o Projeto Justiça 4.0 que tem como objetivo promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial. Essa nova tecnologia não vem sem problemas. De um lado, alguns argumentam que a inteligência artificial poderia ajudar a criar um sistema judicial mais justo, no qual as

máquinas pudessem avaliar e pesar fatores relevantes melhor do que os humanos, aproveitando sua velocidade e grande ingestão de dados (DE SANCTIS, 2020, p. 23). A inteligência artificial, portanto, tomaria decisões desprovidas de qualquer preconceito e subjetividade. Por um outro lado, há quem argumenta que existem muitos desafios éticos, como, por exemplo, a inteligência artificial não ser neutra (decisões baseadas em inteligência artificial são suscetíveis a imprecisões, resultados discriminatórios através de um viés incorporado ou inserido), falta de transparência das ferramentas de IA (decisões de IA nem sempre são inteligíveis para humanos), práticas de vigilância para coleta de dados e privacidade de usuários de tribunais, e novas preocupações com justiça e risco para os direitos humanos e outros direitos fundamentais (ETZIONI e ETZIONI, 2017).

Na perspectiva do professor Lorenzo Mateo Bujosa Vadell (2020, p.171), ao limitar o foco da observação no campo do Direito, intuitivamente pode-se listar diversas vantagens interessantes na aplicação de tecnologias digitais que esclarecerem o trabalho do operador do direito, agilizam suas atividades e aumentam a precisão dos resultados no âmbito judiciário. Porém, o uso da tecnologia também levanta uma preocupação com a "desumanização" do trabalho dos juristas, que podem distanciá-los da equidade quando forem tratar de um determinado processo ou ainda a grande probabilidade de discriminação nos algoritmos. Isto confirma a grande complexidade quando tratamos do uso da inteligência artificial no direito processual brasileiro.

Portanto, a normatização do uso da inteligência artificial no direito processual brasileiro é algo que não deve ser postergado, embora, como bem observa o doutrinador Alexandre Rodrigues Atheniense (2018, p. 158), tenhamos que *"admitir que sequer atingimos de fato experiências maduras para apurar com isenção os riscos, benefícios e limites de conformidade ética e legal dessa nova cultura digital"*. A elaboração de arcabouços legais e de regulação ética sobre a matéria faz-se

urgente, pois são inegáveis, no mundo atual, os impactos sociais e culturais do desenvolvimento tecnológico centrado em dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma grande discussão acerca dos limites éticos que devem ser incorporados pela inteligência artificial para que ela possa ser utilizada no sistema judiciário. Foram identificados neste artigo alguns princípios que são os pilares mais relevantes que a máquina deve respeitar. Entre eles, é destacado o Princípio do Respeito aos Direitos Fundamentais, Princípio da Não Discriminação, Princípio da Qualidade e Segurança, Princípio da Transparência, Imparcialidade e Justiça, Princípio do “Sob Controle do Usuário”.

Pode-se concluir que os dois primeiros princípios, o do respeito aos direitos fundamentais e o da não discriminação estão mais relacionados ao desenvolvimento da inteligência artificial, quanto que os demais são diretrizes de funcionamento e responsabilidade sobre a inteligência artificial (DE ANDRADE MARTINS, 2021, p. 936).

Fato é que a inteligência artificial não poderá violar direitos e garantias fundamentais que são garantidores de uma vida humana digna e, também, não poderá permitir ou intensificar a ocorrência uma discriminação em um caso concreto, porém, quando trazemos estas regras para a utilização efetiva da inteligência artificial o dilema que se levanta é o exercício da hermenêutica a ser realizado pela máquina.

Nesta ótica, o professor doutor José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2021, p. 934) levanta uma crítica sobre como a inteligência artificial deverá agir em frente a uma interpretação sobre os direitos e garantias fundamentais. Relata que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, não possuem a mesma interpretação sobre os direitos e garantias fundamentais, conforme se observa nos

inúmeros julgados pela Corte ao decorrer dos anos os quais há divergência entre os próprios Ministros. Portanto, o dilema aqui seria como programar a inteligência artificial de modo que ela respeite os direitos e garantias fundamentais e não opere com discriminação se o humano que a está programando pode ter uma compreensão divergente dos demais?

Uma possível solução para este dilema seria que o banco de dados utilizados para desenvolver a máquina contenha apenas orientações jurisprudencial já sedimentadas. Porém, de acordo ainda com José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2021, p. 935), esta solução traria mais dois problemas. O primeiro seria que o próprio tribunal poderá modificar sua jurisprudência. O julgamento não encerra o exercício hermenêutico, ele apenas delimita os sentidos jurídicos possíveis dentro das possíveis interpretações. O segundo problema é que a base de dados utilizada contenha somente casos de direitos fundamentais que já tiveram uma intervenção jurídica, e quando ocorrer um caso que envolva algum direito fundamental sem uma interpretação prévia, a máquina poderá agir de forma desigual e totalmente contrária a uma interpretação humana.

O resultado que se chega é que o a utilização da inteligência artificial dentro do sistema judiciário apresenta muitos desafios. Mas não se pode negar as novas tecnologias poderão auxiliar no exercício da atividade jurisdicional e dos demais setores vinculados ao Poder Judiciário. Não há dúvidas que a tecnologia poderá otimizar o tempo empreendido com certas atividades que passarão a ser automatizadas, entretanto, o centro de todo o desenvolvimento da máquina deve ser os limites éticos apresentados neste trabalho, mas, não limitados aos cinco elencados anteriormente.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, L. MACHINE LEARNING, BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: QUAL O BENEFÍCIO PARA EMPRESAS E APLICAÇÕES NO DIREITO? **AB2L**, 2017. Disponível em: <<https://ab2l.org.br/machine-learning-big-data-e-inteligencia-artificial-qual-o-beneficio-para-empresas-e-aplicacoes-no-direito/>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

ATHENIENSE, A. R. As premissas para alavancar os projetos de inteligência artificial na justiça brasileira. In: FERNANDES, R. V. D. C.; CARVALHO, A. G. P. D. **Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BANDEIRA, R. Justiça em Números 2021: Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia. **Conselho Nacional de Justiça**, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/>>. Acesso em: 25 out. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. **European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment**. EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE. Strasbourg. 2018.

DE ANDRADE MARTINS, J. E. F. Dilemas Éticos E Jurídicos do Uso da Inteligência Artificial na Prática Jurídica. **Centro de Investigação de Direito Privado**. Ano 7 (2021), nº 4, 919-952. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0919_0952.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

DE SANCTIS, F. M. **Inteligência artificial e direito**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

DOMINGOS, P. **O Algoritmo Mestre: Como a Busca Pelo Algoritmo de Machine Learning Definitivo Recriará Nosso Mundo**. 1. ed. São Paulo: Novatec Editora, 2017.

ETZIONI, A.; ETZIONI, O. Incorporating Ethics into Artificial Intelligence. **The Journal of Ethics**, n. 21, 2017.

FERRARI, I.; BECKER, D. DIREITO À EXPLICAÇÃO E DECISÕES AUTOMATIZADAS: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. In: WOLKART, E. N.; NUNES, D.; LUCON, P. H. D. S. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL: OS IMPACTOS DA VIRADA TECNOLÓGICA NO DIREITO PROCESSUAL** (2021). 2ª. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Justiça Pesquisa Políticas Públicas do Poder Judiciário Uma Análise quantitativa e qualitativa do Impacto da implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na produtividade dos Tribunais.** CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Rio de Janeiro. 2017.

GARDNER, H. **Intelligence reframed: Multiple intelligences for the 21st century.** Nova York: Basic Books, 1999.

JEULAND, E. **La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire.** Institut de Recherche juridique de la Sorbonne. Paris. 2015.

KAPLAN, A.; HAENLEIN, M. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. **Business Horizons**, v. 62, n. 1, January–February 2019.

KARLIUK, M. Ethical and Legal Issues in Artificial Intelligence. **International and Social Impacts of Artificial Intelligence Technologies**, v. 44, abr. 2018.

KENNEDY, R. **The Ethical Implications of Lawtech.** I3E 2021. [S.l.]: Springer. 2021.

LAGE, F. D. C. **Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro.** Salvador: JusPodivm, 2021.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 9ª ed. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MANCUSO, R. D. C. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.** 4. ed. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2010.

MCCARTHY, J. et al. A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence. **Dartmouth**, 1955. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MINSKY, M. L. **Semantic information processing.** Cambridge, MA: MIT Press, 1968.

PADILHA, R. **Direito Constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUSA, R. R. D. O impacto da implantação do Processo Judicial Eletrônico nas Unidades Judiciais Cíveis e de Família do Distrito Federal e o reflexo no ritmo da

tramitação processual. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, 2018. Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/o-impacto-da-implantacao-do-processo-judicial-eletronico-nas-unidades-judiciais-civeis-e-de-familia-do-distrito-federal-e-o-reflexo-no-ritmo->](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/o-impacto-da-implantacao-do-processo-judicial-eletronico-nas-unidades-judiciais-civeis-e-de-familia-do-distrito-federal-e-o-reflexo-no-ritmo-). Acesso em: 4 nov. 2021.

THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1**. 62. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, v. 1, 2021.

TOFFOLI, D. Resolução Nº 332. **CNJ**, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

UNESCO. Artificial Intelligence: examples of ethical dilemmas. **UNESCO**, 2021. Disponível em: <<https://en.unesco.org/artificial-intelligence/ethics/cases>>. Acesso em: 2 nov. 2021.

VADELL, L. M. B. Artificial intelligence and law: procedural dilemmas and ethical issues. **Forensic Research & Criminology International Journal**, v. 8, n. 5, 2020.